

DIRITTO
della
SICUREZZA sul LAVORO

Rivista dell'Osservatorio Olympus



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

DIRITTO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

Rivista dell'Osservatorio Olympus

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 1 del 28 gennaio 2016

“Diritto della Sicurezza sul lavoro” è una rivista scientifica semestrale, pubblicata *on line*, che consta di due fascicoli all'anno e che raccoglie contributi scientifici originali dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro. La rivista si colloca fra le iniziative dell'Osservatorio “Olympus” dell'Università di Urbino Carlo Bo (<http://olympus.uniurb.it>) mirando ad approfondire l'attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall'Osservatorio. I saggi inseriti in “Diritto della Sicurezza sul lavoro” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Periodicità

La rivista pubblica fascicoli semestrali ad incremento. I contributi pronti per la pubblicazione saranno inseriti via via nella sezione del sito di ateneo dedicata alla Rivista. Al termine di ogni semestre sarà disponibile il fascicolo completo.

Suddivisione

Prima parte: Saggi (sottoposti a referaggio e/o commissionati).

Seconda parte: Note e dibattiti.

Previsione di supplementi/numeri speciali.

Copyright

Licenza Common Creative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci.

Comitato Scientifico e dei Referee

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Loralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Luca Nogler, Roberta Nunin, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

Comitato di Direzione

Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Gaetano Natullo, Paolo Polidori.

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Alberto Andreani, Stefano Costantini, Angelo Delogu, Lucia Isolani, Maria Morello, Natalia Paci, Martina Vincieri.

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli.

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

Oggetto

I saggi destinati alla pubblicazione su “Diritto della Sicurezza sul lavoro” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto. Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell'organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

Trasmissione

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Formato

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note a piè di pagina. Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve abstract in italiano

e in inglese, dall'indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dalla qualifica accademica o professionale dell'autore e dal suo indirizzo di posta elettronica.

Apparato bibliografico

Gli apparati di note dovranno essere redatti come segue: tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. Non è previsto un elenco bibliografico finale.

Esempio di citazione di monografia:

C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015.

Esempio di citazione di antologia:

M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Milano, Giuffrè, 2011.

Esempio di citazione di contributo in volume:

L. ZOPPOLI, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 84 ss.

Esempio di citazione di saggio pubblicato in rivista:

L. IEVA, *Sicurezza: responsabilità del datore di lavoro pubblico*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2009, p. 1182.

Esempio di ulteriore citazione di saggio già citato:

L. IEVA, *Sicurezza*, cit., p. 1182.

Esempio di citazione di voce enciclopedica:

G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1073 ss.

Esempi di citazione di sentenza:

Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>.

Cass. pen. sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in "Rivista penale", 2003, p. 203.

Vaglio preventivo

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti ad una preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico.

Referaggio per i saggi proposti dagli autori

La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al referaggio di due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. Dei saggi sottoposti a referaggio sarà data indicazione in sede di pubblicazione. I referee dovranno esprimere il proprio giudizio compilando la scheda di referaggio allegata. La procedura di referaggio è gratuita. Il sistema permette di mantenere nei suoi archivi i referaggi effettuati tramite procedura interna alla piattaforma.

Saggi in lingua straniera

Le regole relative alla valutazione preventiva ed al referaggio valgono anche per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d'origine.

Esclusività e gratuità della pubblicazione

Tutti i saggi destinati alla pubblicazione su "Diritto della Sicurezza sul lavoro" non potranno essere né preventivamente né successivamente pubblicati altrove. La pubblicazione su "Diritto della Sicurezza sul lavoro" è gratuita.

Sommarario

Prima parte: Saggi

PAOLO PASCUCCI <i>Un seminario italo-spagnolo su: “Revisando el Derecho del Trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral” (Rivisitando il Diritto del lavoro con l’ottica della salute e sicurezza sul lavoro). Presentazione: un abbraccio scientifico, e non solo, tra Italia e Spagna</i>	1
ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU <i>Revisitando el derecho del trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral. Una introducción</i>	3
PAOLO PASCUCCI <i>Derecho de la salud y de la seguridad laboral y derecho del trabajo general. Algunas breves consideraciones metodológicas</i>	16
JOAQUÍN APARICIO TOVAR <i>La dimensión constitucional de la seguridad y salud en el trabajo</i>	23
CHIARA LAZZARI <i>L’individuazione del datore di lavoro per la sicurezza e i suoi riflessi sul piano sistematico</i>	35
FRANCISCO TRILLO PÁRRAGA <i>Apuntes para la reconstrucción de un derecho del trabajo insolente y sensible. A propósito del concepto de trabajador subordinado</i>	49
ANGELO DELOGU <i>La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall’universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela</i>	61
AMPARO MERINO SEGOVIA <i>Promoción de la seguridad y salud en los lugares de trabajo. Medidas de participación e intervención colectiva</i>	79
LUCIANO ANGELINI <i>Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia</i>	96
PAOLO PASCUCCI <i>Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020</i>	117
CHIARA LAZZARI <i>Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall’emergenza da Covid-19</i>	136
EUGENIO ERARIO BOCCAFURNI, MICHELE FATIGATO <i>Covid-19 e infortuni sul lavoro: l’equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell’accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. “Cura Italia”</i>	150

Seconda parte: Note e dibattiti

LUIGI LA PECCERELLA <i>Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali</i>	1
CHIARA LAZZARI <i>Sicurezza sul lavoro e Covid-19. Appunti per una prospettiva di genere</i>	6

Prima parte: Saggi



Un seminario italo-spagnolo su:

“Revisando el Derecho del Trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral” (*Rivisitando il Diritto del lavoro con l’ottica della salute e sicurezza sul lavoro*)

Presentazione: un abbraccio scientifico, e non solo, tra Italia e Spagna

Il 13 febbraio 2020, presso la Sala de juicios della Facultad de Derecho y Ciencias Sociales di Ciudad Real della Università di Castilla-La Mancha (UCLM), si è svolto un Seminario italo-spagnolo dal titolo “Revisando el Derecho del Trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral”.

Il Seminario, che rinverdisce la tradizione dei colloqui italo-spagnoli di Diritto del lavoro, è nato grazie ad una comune iniziativa di Antonio P. Baylos Grau, Paolo Pascucci e Lorenzo Gaeta ed è stato organizzato dal Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social, sotto la direzione di Antonio P. Baylos Grau ed il coordinamento di Francisco Trillo Párraga, con la partecipazione di studiosi della Università di Castilla-La Mancha e della Università di Urbino Carlo Bo.

Nonostante alcune forzate defezioni dell’ultima ora, i lavori del Seminario¹ si sono protratti per l’intera giornata fino a sera e sono stati caratterizzati da un intenso dibattito dopo ogni relazione con interventi di tutti i partecipanti.

Come emerge dal titolo, il Seminario ha avuto ad oggetto la rivisitazione di alcuni aspetti centrali del Diritto “generale” del lavoro nell’ottica del Diritto “speciale” della salute e sicurezza sul lavoro. Dopo un indirizzo di saluto di Juan José Rubio Guerrero, Decano della Facoltà ospitante, un’introduzione di Joaquín Aparicio Tovar sulla rilevanza costituzionale della sicurezza sul lavoro e una presentazione metodologica di Paolo Pascucci, sono stati presi in esame alcuni nodi teorici del Diritto del lavoro che oggi, di fronte alle profonde trasformazioni dell’economia ed alla diffusione delle innovazioni tecnologiche, sono sottoposti a

¹ V. il resoconto in <https://baylos.blogspot.com/2020/02/revisitando-el-derecho-del-trabajo-la.html?m=1>.

continue tensioni e che potrebbero essere ripensati alla luce della prospettiva nella quale emergono nel Diritto della sicurezza sul lavoro in considerazione dei diritti fondamentali che quest'ultimo mira a tutelare.

A Chiara Lazzari è spettato concentrare l'attenzione sulla nozione di "datore di lavoro", mentre a quella di "lavoratore" sono stati dedicati i contributi di Francisco Trillo Párraga e di Angelo Delogu. Infine, Amparo Merino Segovia e Luciano Angelini hanno affrontato le complesse questioni della "rappresentanza collettiva".

D'intesa tra le due Università, "Diritto della Sicurezza sul Lavoro" inizia oggi la pubblicazione degli interventi presentati al Seminario che si completerà nei prossimi giorni.

Nella rielaborazione di alcuni di tali interventi si avverte già l'eco della drammatica emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19, la quale, in Europa, sta colpendo soprattutto Italia e Spagna.

L'augurio è che anche queste riflessioni italo-spagnole sull'importanza della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro possano offrire un contributo per affrontare con più forza un'emergenza che riguarda tutti, ma che espone a rischi di contagio ancora maggiori coloro che continuano a prestare il proprio lavoro per tutelare la salute della popolazione e per scongiurare la paralisi dei nostri paesi.

Pesaro-Urbino, 27 marzo 2020

Paolo Pascucci

Revisitando el derecho del trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral. Una introducción

Antonio Pedro Baylos Grau*

1. La relación fraternal entre las Universidades de Urbino, Siena y Castilla La Mancha viene de lejos y se expresa en una amistad entre la *leadership* del Derecho del Trabajo de las tres universidades que se remonta al siglo pasado (dejando piadosamente en suspenso la datación respecto de cuál de las décadas del mismo). Es una relación que se ha encarnado en frecuentes intercambios personales de estudiosos en una doble dirección, pero fundamentalmente en la organización de seminarios y *convegni* multilaterales que han enriquecido el tratamiento comparado de la materia en ambos países en una perspectiva netamente europeísta. Por eso cuando en noviembre del 2019 Paolo Pascucci, Lorenzo Gaeta y Antonio Baylos, que intervenían en una sesión académica organizada en el Aula Magna del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Urbino dedicada al pasado, futuro...y presente del Derecho del Trabajo, planearon la realización de un seminario en el segundo cuatrimestre del curso en la UCLM, estaban continuando una tradición de encuentros y de debates entre las vigorosas culturas de los juristas del trabajo de Italia y España de las que estos profesores han formado parte activa desde hace mucho tiempo.

El seminario se fijó para el 13 de febrero del 2020, y entonces no podíamos imaginar la importancia que tendría el virus denominado Covid-19 que había aparecido y se desarrollaba en lo que parecía la lejana China. Ese día sin embargo se suspendió el *Mobile Congress* de Barcelona por las deserciones de las empresas, fundamentalmente norteamericanas, ocasionadas ante la posibilidad de ser contagiados por los expositores asiáticos todo ello en el contexto de la gresca monumental entre el gobierno de Trump y la empresa china Huawei, y a la vez el gobierno chino destituyó a los dirigentes políticos del Partido en Wuhan y en la provincia de Huabei lo que parecía indicar que la epidemia tenía mucha más gravedad de lo previsto. Pero ninguno de los allí convocados podríamos imaginar que tan solo un mes después en Italia y en España el Covid-19 desataría una crisis profunda en la

* Profesor Catedrático de Derecho del trabajo, Director del Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), Universidad de Castilla-La Mancha. Antonio.Baylos@uclm.es

que la capacidad del sistema sanitario público de ambos países habría de ponerse a prueba ante la enfermedad como amenaza social grave, que la relación entre el derecho a la salud y la organización de la prestación que lo garantice revestiría una relevancia excepcional, (al punto de desencadenar en España la declaración de una situación de excepcionalidad política y social, el estado de alarma justo un mes después, el 14 de marzo), para intentar preservarla de manera eficaz, y que la formación cívica de nuestros pueblos y de su ciudadanía serían decisivos en la tarea de contener y no propagar el virus asumiendo colectiva y voluntariamente importantes restricciones de sus libertades y de sus hábitos de vida.

Pese a que de los tres promotores del seminario, dos de ellos no pudimos asistir – ni Lorenzo Gaeta ni yo mismo, en mi caso con internamiento hospitalario incluido – y que el tercero, Paolo Pascucci, estuvo a punto de no hacerlo al tener un accidente la mañana misma del viaje mientras conducía, responsablemente, su bicicleta en Pesaro, el seminario resultó un encuentro excelente en su contenido y muy ameno en su desarrollo, generando un amplio debate entre los asistentes. Francisco Trillo, que era el coordinador del acto, ha tenido oportunidad de ofrecer un interesante resumen del mismo publicado tanto en el blog que dirijo como luego reproducido en la página de Olympus. Como acostumbra a suceder en estos encuentros, la importante carga formativa del seminario se acompañó de vivas y sugerentes discusiones para, finalmente, converger en un espacio de camaradería y confraternidad al término de las sesiones científicas. Ello supone la constatación, en fin, del acierto y de la oportunidad de este tipo de intercambios científicos y personales entre grupos académicos competentes y dedicados a investigar temas siempre atractivos en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social, de su conformación histórica y de su significado político-democrático.

2. La regulación de la seguridad y la salud laboral en España cuenta con un poderoso fundamento constitucional que se apoya en los artículos 15 y 40.2 de la Constitución, es decir, en el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas, derecho fundamental que goza de las máximas garantías de tutela jurisdiccional y legal, y el compromiso de los poderes públicos en “velar por la seguridad e higiene en el trabajo”, un principio rector de las políticas sociales y económicas que se reconduce sin demasiada dificultad a la cláusula del Estado Social y de Derecho del art. 1.1 CE y al objetivo de garantizar la igualdad real y efectiva a la que obliga el art. 9.2 CE. Una conexión constitucional que se ve confirmada actualmente por el art. 31.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea según el cual “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”.

En el plano de los tratados internacionales, es también potente la ratificación del Convenio 155 (1981) de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, que instaura una política que “tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad

laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”, y el Convenio 187 (2006) de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, según el cual el Estado español “deberá promover e impulsar, en todos los niveles pertinentes, el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable”.

Pero el desarrollo articulado de la regulación legal proviene del impulso europeo a esta cuestión a partir de la Directiva marco 89/391/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contiene el marco jurídico general al que ajustar la legislación interna, lo que hace que España tenga en este aspecto concreto unos rasgos comunes con los restantes ordenamientos jurídicos de los estados que forman parte de la Unión Europea. La ley que traspone esta Directiva se hizo esperar, por razones muy diversas, y pudo así adjuntar a este cuerpo normativo las Directivas 94/33/CE y 91/383/CE relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y del tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal. Se trata de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que es el texto fundamental en la determinación de la protección de los derechos a la salud y seguridad en el trabajo.

Fueron muchas las críticas efectuadas a la orientación y contenidos de la LPRL como norma excesivamente encaminada a una concepción “burocrática” de la prevención, en la que no sólo se resalta la organización y acción administrativa pública, sino también la organización privada que surge de la prevención y que se configura como una actividad económica lucrativa, así como su “imperfección técnica” y la tendencia a incurrir en declaraciones programáticas sin eficacia real¹.

En cualquier caso, sigue siendo hoy el texto básico a partir del cual se puede comprender y explicar el sentido y el alcance de la tutela del derecho a la salud de las personas trabajadoras, acompañado de una amplia gama de reglamentos en los que también se proyecta la regulación comunitaria, tanto en lo referente a lo que podrían denominarse normas técnicas de carácter general, como las regulaciones de riesgos específicos, las que atienden al tipo de relación laboral o a los sujetos protegidos, y las normas sobre servicios de prevención y de coordinación empresarial, además de las que se refieren estrictamente a la acción administrativa y competencial.

Un aspecto importante por tanto en la delimitación de este conjunto normativo lo siguen desempeñando las normas europeas que siguen desarrollando

¹ Un resumen del largo proceso de trasposición de la Directiva, el fracaso del texto pactado entre los sindicatos y el gobierno en el marco del proceso de concertación social bilateral tras la huelga general de 14 de diciembre de 1988, la progresiva reducción del alcance e intensidad del nuevo texto y la perspectiva doctrinal crítica tras la promulgación de la LPRL, en A. BAYLOS, *En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en “Cuadernos de Relaciones Laborales”, n° 7, 1995, pp. 155-162.

el modelo básico preventivo del derecho social comunitario, y que aún en el siglo presente continúan alimentando su incorporación al ordenamiento interno². Sin embargo, es conocida también la ralentización de la actividad normativa de la Unión Europea en el contexto del “adelgazamiento” de su legislación en aras de su “simplificación y flexibilización”, que también se ha aplicado a esta materia, como se ha puesto de manifiesto críticamente en el llamado “Marco estratégico” de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020, aprobado en junio de 2014, en medio de los cambios marcados por la nueva *governance* económica ante la crisis³. Parece mejor orientado el Pilar Europeo de Derechos Sociales que recoge, con la genericidad que le caracteriza, el principio básico de protección plena de la salud y seguridad en el trabajo en su declaración 10ª, al afirmar que “los trabajadores tienen derecho a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo”.

Pese a la irrupción de un punto de vista de política del derecho que introduce la racionalidad económica como elemento regulativo de la protección de la salud y de la prevención del riesgo, las consideraciones que pudieran proceder del coste de las medidas preventivas son incompatibles con el estándar técnico más elevado y eficiente en el logro de la seguridad en el trabajo, sin perjuicio de poder actuar sobre la simplificación de los procedimientos preventivos o sobre la organización de los servicios de prevención. La “defensa de la productividad” que recoge el art. 38 CE no puede alterar este principio fundamental, contraponiéndolo, en una operación de contrapesos, con el coste económico de las medidas, ni tampoco rebajando la imperatividad de estas normas sobre la base de su aceptación voluntaria o de “observancia flexible”. Este es un punto sobre el que sería interesante verificar el grado de incidencia no solo en los discursos de los actores sociales y de la Administración, sino en la propia cultura jurídica y en la praxis judicial.

Por último, la conformación de lo que podríamos llamar el derecho de la prevención de riesgos laborales tiene una estrecha dependencia tanto con las técnicas de prevención como con el cambio de la organización del trabajo y de las condiciones en las que éste se despliega. Ello hace que se trate de un grupo normativo dinámico y en donde el nivel de seguridad en las relaciones técnicas de protección tiene que ser constantemente sometidas al escrutinio del mejor nivel de protección posible como estándar de medida de la garantía del derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo. En este sentido, las grandes transformaciones de los modos de trabajar y de los nuevos modelos de negocio que impone la digitalización que ha constituido un tema extremadamente debatido en relación con la

² Respecto de las Directivas sobre riesgos específicos, cfr. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Las Directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo*, en Mª E. CASAS BAAMONDE, y R. GIL DE ALBURQUERQUE (dirs), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª ed., Madrid, 2019, pp. 923-924.

³ Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ y Mª N. MORENO VIDA, *La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales*, en Mª E. CASAS BAAMONDE y R. GIL DE ALBURQUERQUE (dirs), *Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pp. 907-908.

calificación de la relación laboral, tiene también que ser reconducido al tema de la salud y seguridad de las personas trabajadoras, una cuestión que ya ha aparecido al ligar el problema de la introducción de nuevas tecnologías con la problemática de la salud laboral o la emergencia de nuevos riesgos en el contexto del control digital por parte del empresario.

3. El “grupo normativo” de la prevención de riesgos laborales⁴ es concebido por los iuslaboralistas en España como un subsector del ordenamiento muy marcado por la intervención pública, que efectúa escasas incursiones en la vertiente contractual de la prevención e incide directamente en la materia penal y civil a partir precisamente de la noción de responsabilidad⁵, tal como señala el art. 41.1 de la LPRL que es la norma básica en esta materia, acompañada como se ha dicho de un importante desarrollo reglamentario que es el lugar donde se encuentra la mayoría de las normas técnicas de prevención. Su peculiaridad más llamativa respecto del grueso de los contenidos del Derecho del Trabajo viene a cifrarse en el estrecho margen que se deja a la negociación colectiva y al poder normativo propio que esta encarna en la determinación de las materias que son susceptibles de regulación por este medio.

Es importante resaltar este dato porque en el ordenamiento jurídico español, el convenio colectivo realizado conforme a los requisitos de legitimación y representatividad que prescribe el Estatuto de los Trabajadores tiene la “fuerza vinculante” que declara el art. 37 CE y que se concreta en el reconocimiento de la eficacia normativa y *erga omnes* de los convenios colectivos. Reviste por tanto el carácter de norma jurídica que se aplica a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación, con independencia de que unos y otros estén afiliados o asociados a las partes firmantes del convenio. En ese sentido constituirían una forma de *hard law* idónea para la reglamentación de los derechos y deberes derivados de la materia de prevención de riesgos.

No ha sido así sin embargo en la experiencia española. Fundamentalmente por la paradoja de que, pese a constituir una forma de producción del derecho plenamente segura y de eficacia plena, el convenio colectivo es un instrumento muy limitado para regular la materia de la prevención de riesgos laborales, puesto que es la ley y el desarrollo reglamentario quienes suministran los elementos

⁴ La noción de “grupo normativo” entendido como un conjunto de normas “que contempla un mismo supuesto abstracto bajo una misma *ratio*”, sin que esto suponga una mera configuración jerárquica formal entre ley y reglamentos de desarrollo, puesto que estos textos pueden pertenecer a varios grupos normativos, la aplicó Desdentado Bonete a la prevención de riesgos laborales en un artículo muy crítico sobre la relación de esta materia con la negociación colectiva. Cfr. A. DESDENTADO BONETE y P. MENÉNDEZ SEBASTIAN, *Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales: una aproximación crítica*, en “Alcor de MGO: Revista Científico-Técnica Seguridad y Salud Laborales”, nº 8, 2007, pp. 10 ss.

⁵ Cfr. el penetrante estudio de J. APARICIO TOVAR, *Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo*, en “Revista Española de Derecho del Trabajo”, nº 49, 1991, pp. 707-748.

fundamentales de la misma, sin que el convenio pueda funcionar en el espacio de la suplementariedad como norma más favorable que mejora la regulación estatal en su conjunto. En efecto, esta relación no funciona en lo que respecta a la protección de la salud y seguridad en el trabajo, que nunca será un “mínimo” para la norma estatal. Por el contrario, ésta tiene que prestar toda la protección posible y suficiente de acuerdo con el nivel que alcance la técnica en un momento histórico determinado, de manera que “no hay suplementariedad posible”⁶, y la “acción de cierre” de la regulación estatal como derecho imperativo es muy amplia e impide la presencia de la autonomía colectiva en espacios muy determinantes de la validez y eficacia de los derechos a la salud y seguridad en el trabajo⁷.

Los estudios sobre la negociación colectiva subrayaban, entre diez y doce años después de la promulgación de la LPRL, los “déficits” de la negociación colectiva en la regulación de esta materia, entre otras cosas porque apenas introduce mejoras relevantes respecto de los preceptos legales, aunque simultáneamente señalaban cuáles eran las áreas en las que se utilizaba el convenio colectivo como fórmula para desarrollar los contenidos normativos marcados en la norma legal. Al margen de las revisiones médicas periódicas, la protección específica para colectivos vulnerables y cláusulas sobre coordinación de actividades en los supuestos de subcontratación y cesión de trabajadores temporales través de una ETT, o la precisión a nivel disciplinario de los incumplimientos del trabajador de las normas y reglas de protección, la preferencia clara de los convenios colectivos se ha manifestado en la regulación de las facultades y derechos de los representantes de los trabajadores y de los órganos de participación, como el Comité de Salud y Seguridad o la creación de nuevos sujetos representativos focalizados en la defensa de la salud y seguridad de las y los trabajadores⁸. Estas conclusiones se siguen manteniendo, con los matices que se dirán a continuación respecto del acoso y la violencia en el trabajo, en los estudios de los que se dispone

⁶ Esta inidoneidad de la negociación colectiva fue teorizada en un muy sugerente trabajo efectuado poco después de la promulgación de la LPRL por Joaquín Aparicio, sobre la base de los argumentos señalados respecto del papel predominante de la ley y el carácter no negociable de los estándares de protección de la salud laboral. Cfr. J. APARICIO TOVAR, *El papel de la negociación colectiva en materia de salud y seguridad laboral*, en AA.VV., *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo: X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, 4 y 5 de junio de 1997, MTAS, Madrid, 1998, pp. 101-112, En el mismo sentido, A. DESDENTADO BONETE, y P. MENÉNDEZ SEBASTIAN, *Negociación colectiva y prevención de riesgos*, cit., pp. 14-17.

⁷ A. DESDENTADO BONETE, y P. MENÉNDEZ SEBASTIAN, *Negociación colectiva y prevención de riesgos*, cit., p.15

⁸ Cfr. F. LOZANO ARES, *Prevención de riesgos laborales*, en R. ESCUDERO RODRIGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica. Observatorio de la negociación colectiva*, CCOO / Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 513-640; A. DESDENTADO BONETE y P. MENÉNDEZ SEBASTIAN, *Negociación colectiva y prevención de riesgos*, cit., pp. 17-35. A la misma conclusión se puede llegar en el estudio monográfico de N. MENDOZA NAVAS y A. MORENO MÁRQUEZ, *La salud laboral y el medio ambiente en la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2009, en el análisis que efectúan sobre nueve convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal.

efectuados después de la crisis, aunque en éstos se centran en sectores concretos y no pretenden efectuar una panorámica general sobre la materia⁹.

Sin embargo, a partir de la importancia que ha ido adquiriendo la proyección de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres tras la ley del 2007, se han desarrollado de manera significativa en la negociación colectiva protocolos de actuación frente al acoso sexual y moral y procedimientos de prevención de este tipo de acciones, o códigos de conducta al respecto, elementos que se encuadran en una tendencia hasta ese momento muy restringida a incluir en la pactación colectiva planes específicos de prevención y seguimiento de algunas patologías, como la alcoholemia y la drogodependencia.

Un repunte de la utilización del instrumento negocial para abordar materias relativas a la salud y seguridad de los trabajadores viene precisamente de la Unión Europea, que ha encontrado en este tema un espacio de convergencia entre las representaciones empresariales y sindicales supranacionales. En este sentido es especialmente relevante la producción de reglas que se han producido en los Comités de Diálogo Social sectorial, que han generado una serie de acuerdos sectoriales europeos, como el Acuerdo Marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario (2009), o el Acuerdo sobre salud y seguridad en el sector de peluquerías (2012 y 2016), todos ellos reforzados mediante la decisión del Consejo a través de una Directiva. Sin embargo, la vía predominante para canalizar estas expresiones de la autonomía colectiva a nivel europeo ha sido la de los Acuerdos Autónomos, que requieren para su eficacia la recepción en los ordenamientos internos a través del sistema de negociación colectiva de éstos. Así ha sucedido con los Acuerdos Autónomos Interprofesionales sobre el estrés en el trabajo (2004) y sobre el acoso y violencia en el trabajo (2007), y, a nivel sectorial, el Acuerdo para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y de los productos que la contienen (2006)¹⁰. En el caso español, la incorporación de estos acuerdos autónomos al ordenamiento interno no se ha realizado a través de la vía posible de su recepción mediante las figuras que garantizan la eficacia normativa y general de la regulación colectiva europea¹¹, sino mediante su acogida en un Acuerdo entre las asociaciones

⁹ Así, el estudio coordinado por Jesús Cruz Villalón sobre la negociación colectiva en las empresas multiservicios. Cfr. J. CRUZ VILLALÓN (coord.), *Derechos sindicales, facultades disciplinarias y prevención de riesgos laborales en las empresas multiservicios*, en AA.VV., *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1 de Mayo / Ed. Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pp. 494-503.

¹⁰ Cfr. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *Diálogo social europeo y negociación colectiva*, en M^a E. CASAS BAAMONDE y R. GIL DE ALBURQUERQUE (dirs), *Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pp 1190-1193.

¹¹ Es decir, la vía del art. 83.3 ET negociando un Acuerdo o convenio interprofesional que gozara de eficacia normativa y general “cumpliéndose así el objetivo establecido en el Acuerdo Europeo de combatir el estrés laboral y extender sus previsiones y objetivos a todos los trabajadores con independencia de su empres y sector de producción”. Cfr. M^a R. GARCÍA ALVAREZ, *Los acuerdos derivados de la negociación colectiva europea*, en M^o L. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ (dir), *La negociación colectiva europea*, CGPJ, Madrid, 2006, p. 208; M^a J. ROMERO RODENAS, *El estrés laboral como factor*

empresariales y los sindicatos más representativos en el que ambas partes se comprometen a integrar estos contenidos en la negociación de los convenios colectivos de rama o de sector. El impacto real de estos Acuerdos sobre la negociación colectiva y en general sobre la regulación del derecho a la salud y seguridad es por tanto desigual y por lo demás poco estudiado.

4. El derecho de la prevención de riesgos laborales ofrece también una aproximación muy productiva al derecho del trabajo, o mejor, a la configuración de los elementos básicos que lo sostienen desde su estructura contractual. Este es el abordaje que se quería priorizar en este seminario, permitiendo arrojar otra mirada sobre ambos objetos de investigación y ofrecer por tanto un punto de vista diferente a aquel con el que tradicionalmente se presenta esta conexión.

La primera cuestión que se puede abordar es el de la complejidad de la figura empresarial resultante de la crisis de la bilateralidad del contrato de trabajo a partir de la difuminación de los contornos de la “personificación” del empresario laboral¹² en la medida en que se producen fenómenos de descentralización y concentración de la organización de la empresa que disocian la imputación de la capacidad de actuar y dirigir el proyecto empresarial desde la perspectiva económica y las formas de imputación de la responsabilidad jurídica. Se genera por consiguiente una escisión entre la organización de la empresa y su personificación. La forma organizativa que asume el proceso concreto de “transformación de todas las cosas en mercancías” se desgaja del mecanismo de imputación jurídica de las posiciones que asignan derechos y deberes en función de la posición de quien se obliga por contrato. Las manipulaciones y omisiones del concepto de personalidad como base del sujeto que actúa en las relaciones económicas han producido una verdadera “deconstrucción” del empresario como figura contractual sujeto de responsabilidad respecto de los trabajadores en el marco de un contrato laboral.

La revisión teórica de la “casi inconsciente identificación” entre la bilateralidad del contrato de trabajo y la idea de un único sujeto en la posición del empresario, insertando en este discurso como un elemento relevante la organización que el empresario se dé, tiene un importante apoyo en el modelo legal previsto en la LPRL que establece las reglas de cooperación entre empresarios “que superan claramente las fronteras del pretendido empresario formal”¹³. En efecto, las reglas que están previstas para la cesión temporal de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal (ETT), aunque toman como punto de referencia un principio de igualdad de trato entre los trabajadores temporales y los

desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral, en “Justicia Laboral”, n.º 22, 2005, pp. 13-31.

¹² Cfr. E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.

¹³ M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Introducción a M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ*, (coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004, p. 18.

demás trabajadores de la empresa para la que prestan sus servicios, construye un modelo de doble responsabilidad entre la ETT y los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la Empresa usuaria y la propia Empresa usuaria respecto de éstos sobre la base del dominio que ésta tiene sobre el medio y el espacio en el que prestan sus servicios. Este reparto de responsabilidades¹⁴ no implica una sucesión de obligaciones, como sucedería si se desplegara su eficacia en función de la fase de ejecución del contrato, sino que busca garantizar la plena efectividad de los derechos a la salud y seguridad de los trabajadores sobre la base de un principio de realidad que construye así la figura de un empresario plural a partir de lo preceptuado en los arts. 24 y 28 LPRL¹⁵.

De esta forma la figura de un “empleador complejo” tiene una base normativa muy seria en el derecho de la prevención de riesgos laborales y se refuerza con las normas reglamentarias que establecen las obligaciones de salud y seguridad en las obras de construcción¹⁶, con la presencia de sujetos no habituales en la cadena de la descentralización productiva y subcontratación como el promotor de la obra¹⁷, de manera que la posición del empleador se enriquece con el concurso de una pluralidad de sujetos como polo de referencia en materia de obligaciones de prevención. Estas “formas de conexión” de distintos sujetos en un mismo polo subjetivo se consolida a su vez con otro importante reglamento que desarrolla las formas de cooperación interempresarial contempladas en el art. 24 LPRL¹⁸, y que extiende el esquema de encadenamiento de obligaciones mutuas de información, de preparación y formación de trabajadores, de seguimiento médico, etc., sobre la base “de la mera coexistencia de los empresarios en un mismo lugar de trabajo”, conectando sus obligaciones por encima de “la formal separación de vínculos jurídicos”, ampliando en definitiva la posición jurídica del deudor de seguridad¹⁹.

Esta es la estela sobre la que se ha edificado un debate sobre el empleador complejo o el empleador plural que se prolongará en una larga serie de aportaciones doctrinales en España en los últimos quince años que reflexionan sobre la colaboración interempresarial tanto en los fenómenos de concentración

¹⁴ Cfr. J. APARICIO TOVAR, *Sobre las responsabilidades del empresario según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en “Cuadernos de Relaciones Laborales”, nº 17, 1995, pp. 81-94.

¹⁵ M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar*, en M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, (coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresa*, cit., pp. 50-51.

¹⁶ RD 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

¹⁷ “A través de la prevención de riesgos, el legislador ha marcado una pauta integradora de la aparente desintegración de la empresa que debe ser valorada como algo más que una excepcional fórmula generada por el interés de proteger a los trabajadores” M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar*, cit., p. 90.

¹⁸ RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

¹⁹ M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar*, cit., p. 91-92.

empresarial en las empresas de grupo y en las redes empresariales, como en la descentralización productiva y las sucesivas subcontrataciones²⁰. Hay que valorizar sin embargo que en el derecho de la prevención de riesgos laborales, la reconstrucción de la figura del empleador complejo se origina como forma necesaria de hacer posible el derecho fundamental de los trabajadores reconocido en el art. 14 LPRL a una “protección eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo”. Es decir que es la exigencia de garantizar este derecho la que condiciona explícitamente la transformación de los esquemas sobre los que se fundamenta el polo subjetivo que está obligado legalmente – y ya no solo contractualmente – a asegurar la salud de los trabajadores, garantizando así la tutela efectiva de tales derechos.

5. En el derecho de la prevención de riesgos laborales hay disposiciones que merecen una mayor atención que la que se ha prestado tradicionalmente. Se trata del “principio general” de adecuación del trabajo a la persona, que proviene del art. 13 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En el ordenamiento interno español se ha plasmado en el art. 36.5 ET como una observación a la facultad empresarial de organizar el trabajo conforme a un cierto “ritmo” de forma que se atenúe el trabajo monótono y repetitivo “en función del tipo de actividad” y “las exigencias en materia de salud y seguridad de los trabajadores”, que se refieren expresamente a la determinación de los períodos de descanso durante la jornada de trabajo. Mayor alcance sin embargo reviste su reconocimiento en el art. 15.1. d) LPRL, que los incluye entre los principios de la acción preventiva, y lo refiere a la concepción de los puestos de trabajo, la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, conectando este tema no sólo con la conocida “atenuación” del trabajo monótono y repetitivo, sino con la finalidad explícita de “reducir los efectos del mismo en la salud”.

Tradicionalmente este principio en lo que se refiere a la materia de ritmos de trabajo se desplazaba a la negociación colectiva en su capacidad de concretar los períodos de descanso durante la jornada laboral²¹, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia han reducido cualquier posibilidad de utilización de este precepto como límite a las facultades de dirección y de organizar el trabajo que lleva a cabo el empresario. Al contrario, en la legislación laboral tiene más relevancia la

²⁰ Una contribución en la que se sintetiza este debate doctrinal y sus manifestaciones más relevantes, en W. SANGUINETI RAYMOND, *El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales*, en W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO, *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 115-149.

²¹ Una cuestión que va también unida, en la experiencia de la negociación colectiva española, a la flexibilidad horaria y en general a ciertos patrones de regulación de la jornada continuada o partida. Un análisis reciente de estas experiencias en A. MERINO SEGOVIA (coord), O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, P. ESPEJO MEGÍAS y F.J. TRILLO PÁRRAGA, *Ordenación convencional y tendencias de la negociación colectiva en la fijación de los horarios de trabajo*, en AA.VV., *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, CCOO, Fundación 1 de Mayo y Lefebvre El Derecho, Madrid, 2020, pp. 187-236.

inadaptación del trabajador al puesto de trabajo que el referido principio inverso. El trabajador o trabajadora que no se adapte al puesto de trabajo es susceptible de incurrir en la causa de despido por motivos objetivos que señala el art. 52 b) ET.

La enunciación del principio en el derecho de la prevención de riesgos laborales tiene mayor potencialidad. Gravita sobre la obligación de resultado que tiene el empresario de garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores, y le compele a tener en cuenta las circunstancias personales del trabajador o trabajadora, como la discapacidad, el conocimiento o desconocimiento del idioma, la edad, y en general sus condiciones subjetivas, para la asignación de tareas y en la evaluación de los riesgos. Tiene una mayor virtualidad limitativa de las facultades empresariales de organizar el trabajo puesto que se proyecta sobre la restricción de las decisiones que, a través de la disposición concreta de la forma de prestar el trabajo en el establecimiento, cause efectos negativos sobre la salud. Pero en líneas generales, su aplicación concreta vendrá dada por las disposiciones sobre el plan de prevención, la evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad productiva.

Es posible sin embargo potenciar la incidencia de este principio afianzando su relación directa con la garantía del derecho a la salud y a la seguridad de los trabajadores desvinculándolo de su consideración de criterio o canon de conducta dirigido a mediar el poder de dirección y organización empresarial, es decir, de su caracterización como elemento interno al proceso de formación de decisiones unilaterales por parte del titular de la empresa. No sólo porque el principio de adaptación del trabajo a la persona puede adquirir una dimensión colectiva que integre el programa de tutela de la salud y seguridad del personal de una empresa y por consiguiente se plasme no solo en propuestas de la representación sindical o unitaria de los trabajadores al empresario sino en acuerdos colectivos de empresa o de centro de trabajo, sino porque este principio debe revalorizarse en su contemplación conjunta con otro tipo de elementos condicionantes de la tutela en materia de seguridad en el trabajo.

En efecto, el principio de adaptación del trabajo a la persona incide de manera especial en la consideración y protección del trabajador frente a riesgos psicosociales, no solo en lo que expresamente señala la norma sobre la repetición y monotonía de los ritmos de trabajo o del método de producción, sino frente a su contrario, los supuestos de estrés y la presión en el trabajo. Asimismo, interviene de forma clara en una materia cada vez más susceptible de examen desde el prisma de la salud laboral, como es el tiempo de trabajo²². El dominio sobre el tiempo, la capacidad de conciliar tiempo de vida personal y tiempo de trabajo subordinado, tiene un componente personal muy relevante que se relaciona con la dimensión colectiva e individual de la tutela de la salud de las personas trabajadoras. Y, en esta

²² Cfr. F.J. TRILLO PÁRRAGA, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 239-260.

dimensión doble, la conexión con los problemas derivados del trato discriminatorio por género es también evidente.

Sería también posible interrogarse sobre la idoneidad de activar el principio de adecuación del trabajo a la persona como criterio que se ponga en juego en los procesos de modificación de los puestos de trabajo sobre la base de procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previsto en el art. 41 ET, tanto en lo que se refiere a la propuesta empresarial sobre modificación del horario y distribución del tiempo de trabajo, del trabajo a turnos o del sistema de trabajo y rendimiento, como un condicionante al resultado motivado por las razones económicas, técnicas y organizativo-productivas. Y también podría matizar sensiblemente la exigencia de “razonabilidad” de las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo que habilita al despido objetivo del art. 52 b) ET y que consagra el principio opuesto de adaptación del trabajador a un puesto de trabajo modificado por la irrupción de una nueva técnica tras un período de formación a cargo de la empresa.

6. Nadie podría pensar, como se ha dicho, que un mes después de celebrar el seminario de ciudad Real nuestros dos países estuvieran pasando un tiempo convulso amenazados por una pandemia que ha llevado a restringir de manera muy incisiva libertades públicas y derechos ciudadanos, comenzando por la libertad de movimientos. Esta situación plantea nuevos problemas y ha generado una extensa generación de normas dirigidas a una finalidad común, la de asegurar la salud de la población, prevenir el contagio y, en todo caso, garantizar el acceso a los servicios públicos de salud.

Hay sin embargo en esta etapa nuevos perfiles respecto de cómo garantizar la salud y la seguridad en el trabajo, qué medidas de seguridad frente a los riesgos derivados de la pandemia del Covid-19, qué tipo de consideración debe tener el contagio de los trabajadores como accidente laboral, la consideración de personas infectadas en la empresa como una exposición a un riesgo grave e inminente “con ocasión” del trabajo que permite “interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo” (art. 21 LPRL), la posibilidad de modificar el horario de entrada y salida del trabajo de forma escalonada para lograr una utilización más adecuada de los servicios públicos y una mejor compatibilización entre la prevención al riesgo sanitario y la necesidad de mantener la producción y en fin, toda una serie de supuestos en los que cabe apreciar ciertas zonas oscuras para la tutela de la salud laboral, como sucede específicamente con los trabajadores del nuevo precariado como los *riders* o *ciclofattorini*, que han incrementado su carga de trabajo ante el confinamiento de una buena parte de la población y de cuya calificación como trabajadores se duda – y se combate judicialmente –, con consecuencias desastrosas en orden a su protección de la salud y de su seguridad. Todo un conjunto de asuntos a los que necesariamente deberemos prestar atención en los próximos tiempos los juristas del trabajo hispano-italianos (y viceversa).

La reflexión conjunta desde ambos ordenamientos es en definitiva creativa, útil y consecuente con una cierta idea de cómo se debe estudiar la regulación jurídica desde el comparatismo y el compromiso con los valores democráticos del Estado social. Pasará este *estado de sitio*, pero la colaboración y el intercambio entre los juristas del trabajo permanecerá siempre constante y productivo. Los escritos que contiene este número especial de *Olympus*, primorosamente cuidado por Paolo Pascucci y su grupo de investigadores de Urbino, en el que se integran los textos de los autores de la UCLM así lo atestiguan y dan fe.

Abstract

Pese la irrupción de un punto de vista de política del derecho que introduce la racionalidad económica como elemento regulativo de la protección de la salud y de la prevención del riesgo, las consideraciones que pudieran proceder del coste de las medidas preventivas son incompatibles con el estándar técnico más elevado y eficiente en el logro de la seguridad en el trabajo, sin perjuicio de poder actuar sobre la simplificación de los procedimientos preventivos o sobre la organización de los servicios de prevención. la “defensa de la productividad” que recoge el art. 38 ce no puede alterar este principio fundamental, contraponiéndolo, en una operación de contrapesos, con el coste económico de las medidas, ni tampoco rebajando la imperatividad de estas normas sobre la base de su aceptación voluntaria o de “observancia flexible”.

Despite the emergence of a policy point of view of law that introduces economic rationality as a regulative element of health protection and risk prevention, considerations that may arise from the cost of preventive measures are incompatible with the highest and most efficient technical standard in the achievement of safety at work, without prejudice to being able to act on the simplification of preventive procedures or on the organization of prevention services. The “productivity defence” in Article 38 CE cannot alter this fundamental principle by contrasting it, in a counterweight operation, with the economic cost of the measures, nor by reducing the imperativeness of these rules on the basis of their voluntary acceptance or “flexible enforcement”.

Palabras clave

Protección de la salud, prevención del riesgo, trabajo seguro, costes de la protección de la salud, defensa de la productividad, aplicación flexible.

Keywords

Health protection, risk prevention, safety work, health protection costs, productivity defence, flexible enforcement.



Derecho de la salud y de la seguridad laboral y derecho del trabajo general. Algunas breves consideraciones metodológicas

Paolo Pascucci*

1. Se sabe que el derecho del trabajo ha considerado hasta ahora el tema de la salud y la seguridad en el trabajo como una especie de rama o apéndice: para situarlo en términos de geografía política, una especie de “territorio de ultramar”.

Esto se demuestra, en primer lugar, por la atención no muy amplia de la doctrina laboral que, a excepción de algunas voces particularmente sensibles al tema de la prevención, a menudo la ha descuidado, concentrándose más bien en los perfiles del daño y de las protecciones compensatorias, en este fuertemente condicionado de la matriz civil original del derecho del trabajo.

Con esto, sin embargo, se configuró la paradoja según la cual el tema de la seguridad en el trabajo estaba esencialmente relacionado con la vertiente, ciertamente importante en sí misma, de la reparación *ex post*, mientras que debería haberse considerado principalmente en su dimensión vinculada a la prevención *ex ante*.

Por otro lado, el derecho de la salud y seguridad laboral ha sido de alguna manera la “Guadalupe” o la “Martinica” del derecho del trabajo, también se entiende por el hecho de que, debido a la importancia de los valores en juego, el aparato de las reglas de prevención siempre han sido supervisadas por sanciones penales, fueron esencialmente los estudiosos de derecho penal quienes se ocuparon de la interpretación de estas reglas¹. Tanto es así que la seguridad en el trabajo siempre ha sido una de las partes más relevantes de la parte especial del derecho penal y, sin duda, el componente más coherente del derecho penal laboral².

* Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it

¹ P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in “Diritto della sicurezza sul lavoro”, 2016, 1, p. 64 ss.

² G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, Edizioni ETS, 2015; D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, *Diritto penale della sicurezza del lavoro*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

Sin perjuicio, por supuesto, de la plena legitimidad de todo esto a nivel científico, la excesiva falta de interés de los estudiosos laborales en el asunto resalta un vacío que debe llenarse rápidamente. De hecho, los estudiosos laborales son responsables de lidiar científicamente con los efectos que la seguridad en el trabajo produce en la estructura de las relaciones (individuales y colectivas) internas de la empresa y en que estos informes repercuten en la misma seguridad en el trabajo y en su gestión.

Resumiendo la comparación geopolítica, no se trata de recuperar la posesión del territorio de ultramar en el que otros pueblos (los penalistas) se han asentado mientras tanto. Debido a las especificidades que se han mencionado, los penalistas siempre han tenido, tienen y tendrán pleno derecho a estar plenamente en ese territorio.

Más bien, somos nosotros laboristas los que tenemos que convencernos de que allí, junto a ellos, hay un espacio no indiferente para nosotros también, un espacio que tenemos el derecho y el deber de cubrir para proporcionar la contribución necesaria para comprender y resolver problemas complejos que emanan de la seguridad en el trabajo.

2. En verdad, alguien comenzó a hacerlo hace muchos años. Pienso en el trabajo fundamental de Luigi Montuschi sobre la relación entre seguridad y organización del trabajo¹.

El hecho es que, mientras tanto, el legislador italiano, en el Decreto Legislativo de dos mil ocho, parece haberlo entendido cuando, redefiniendo el marco de las reglas de prevención y, en particular, las principales figuras subjetivas y sus responsabilidades, en primer lugar, mejoró los conceptos y teorías típicas de la ciencia del derecho laboral.

Pienso, en particular, en la definición universalista de “trabajador” y la relevancia de su inserción funcional en la organización, tomada del artículo 2094 del código civil que se extendió más allá de los límites de la subordinación.

Pero también pienso en el principio de “efectividad” que subyace en la definición de “empleador”, que no constituye el patrimonio exclusivo de la ciencia criminal, sino también de la ciencia laboral, como surgió hace más de medio siglo en la ley italiana ahora mítica sobre la interposición ilícita del trabajo, lo que en España se llama cesión ilegal de trabajadores.

Si todo esto es particularmente evidente, sin embargo, debe destacarse que el legislador de dos mil ocho ha hecho aún más en esa dirección. Me refiero a la mejora segura de la trama de las relaciones en la organización empresarial y los roles adecuados para fortalecer el sistema de prevención empresarial. En otras palabras, confiando en los mecanismos en los que se basa el marco regulador de

¹ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1989, 3ª ed.

los diversos temas que operan en la empresa, el legislador de dos mil ocho emitió señales claras sobre cómo proceder para cumplir con los preceptos preventivos.

Pienso en particular, pero volveré sobre esto más adelante, en el artículo 28 del decreto de dos mil ocho, que, con respecto al contenido del documento de evaluación de riesgos², no se limita a exigir una indicación de las medidas de prevención y protección, sino que también requiere “que se identifiquen los procedimientos para la implementación de las medidas a adoptar, así como a las personas de la empresa que deben proporcionarlos, teniendo en cuenta que solo deben asignarse a sujetos que posean habilidades y capacidades adecuados (“*chién hace qué*”).

Lo cual, recuerda, no es solo una indicación metodológica importante, porque las decisiones relacionadas con la evaluación de riesgos (*si y qué riesgos evaluar*) y la identificación de medidas para eliminarlos o reducirlos (*lo que hago y cómo actúo*), emerge del documento de evaluación, tener un impacto preceptivo en la organización de la empresa de acuerdo con el principio de “*autonormazione*” aceptado por el Decreto de dos mil ocho, especificando el contenido de las obligaciones de prevención con la consecuente relevancia de las infracciones relativas al plan de sanción especial mencionado en el citado Decreto.

Déjenme ser más claro. No se trata de postular a toda costa la autonomía epistemológica del derecho de la seguridad en el trabajo, y mucho menos pedirle al Ministerio de la Universidad que introduzca un nuevo sector científico-disciplinario reservado para el derecho de la salud y seguridad laboral.

Más bien, se trata de dedicar toda la atención que merece a esta disciplina, captar y mejorar su transversalidad e interdisciplinariedad “ontológica”. Es una disciplina que necesariamente se alimenta de otras disciplinas, tanto en el campo jurídico (que involucra el derecho laboral, civil, penal, constitucional, internacional y de la UE, administrativo, procesal civil y penal), y fuera de este (medicina del trabajo, psicología, ingeniería, etc.).

Quizás, más que una disciplina, el derecho de la seguridad en el trabajo es una “meta-disciplina”, una oportunidad extraordinaria para la discusión entre diferentes ciencias, una especie de laboratorio científico y cultural que merece ser más valorado y difundido.

Sin embargo, es cierto que el derecho del trabajo debe volver rápidamente a desempeñar su papel, sin ninguna pretensión hegemónica, pero siempre junto a las otras materias, ofreciendo esa contribución decisiva que todos esperan de él.

Después de todo, precisamente por la perspectiva necesaria del diálogo interdisciplinar, así como por la perspectiva de protección que trasciende la subordinación, el derecho de la seguridad en el trabajo indica el camino metodológico para el futuro, ya sin embargo actual, de las ciencias jurídicas. Porque, si lo contemplamos más de cerca, ninguna rama del derecho ahora puede

² L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 81 ss.

vivir sin una confrontación constante e intensa con las demás. Lo que también debería inducir a algunos de nosotros a reflexionar sobre la forma en que enseñamos e investigamos.

3. Sin embargo, me gustaría dedicar unas pocas palabras más a la importancia de la relación entre el derecho del trabajo general y el derecho de la salud y seguridad en el trabajo. Es más que evidente que, en un momento como este, en el que el derecho del trabajo está experimentando profundas transformaciones, hasta el punto de que alguien incluso asume que el mismo paradigma en el que siempre se ha basado nuestra ciencia está cambiando³, el papel de la seguridad en el trabajo se convierte en una verdadera piedra angular.

Cuando los estándares de protección cambian profundamente y a veces incluso se derrumban, la seguridad en el trabajo se destaca como un baluarte para proteger los derechos fundamentales de la persona que trabaja.

A medida que se reducen las protecciones “posteriores” del contrato de trabajo, especialmente en lo que respecta a la fase de despido, la protección “preventiva”, que puede hacer uso de instrumentos de derecho civil o penal, se vuelve cada vez más importante.

Un maravilloso ejemplo de esto es la obligación de evaluación de riesgos.

Hoy la ley permite hacer cosas que antes no eran posibles, como la posibilidad de largas horas durante ciertos períodos, cuya protección consiste solo en un descanso compensatorio adecuado⁴.

Sin embargo, esto no significa que no se deban evaluar los riesgos para la salud y la seguridad que conlleva este método de organización. Y, si esos riesgos no se evalúan, esto constituye un ilícito penal digno de sanción.

Por otro lado, la ley italiana establece que si el empleador no ha llevado a cabo la evaluación de riesgos, no puede contratar a un trabajador de duración determinada, temporal o intermitente. Y esa evaluación también debe considerar los riesgos asociados con el tipo de contrato de trabajo. Por lo tanto, si no hay una evaluación de riesgos, el contrato de duración determinada, temporal o intermitente será nulo y se transformará en un contrato por tiempo indefinido⁵.

Por lo tanto, a menudo el derecho de la seguridad en el trabajo, con sus sanciones penales o civiles, viene al rescate cuando el derecho laboral general es débil.

³ A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in “Lavoro e diritto”, 2016, p. 17 ss.

⁴ V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 40/2006, p. 24 ss.

⁵ A. PASCUCCI, *Il rebus dell'effettività delle cosiddette “sanzioni civili indirette” in tema di sicurezza sul lavoro*, in ID. (a cura di), *Il Testo unico sulla sicurezza del lavoro. Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007)*, Roma, Ministero della salute-ISPEL, 2007, p. 131 ss.

4. Sin embargo, sería miope y de alguna manera antihistórico creer que el derecho de la seguridad en el trabajo constituye el “último de los mohicanos” o el “último japonés de la selva”.

De hecho, y ya desde la directiva marco del año mil novecientos ochenta y nueve, el derecho de la seguridad del trabajo actúa como un modelo de regulación participativa y no conflictiva⁶.

Las pruebas de esto son numerosas y no puedo mencionarlas todas aquí. Baste mencionar al menos la configuración de la representación de los trabajadores para la seguridad que, yendo más allá de la dimensión conflictiva de tendencia que antes era perceptible en el Estatuto de los trabajadores, se está moviendo cada vez más hacia el plan participativo⁷.

Sin mencionar el papel cada vez más central asignado a los órganos conjuntos y sus funciones⁸. Tampoco deben descuidarse todas las reglas, también externas al decreto de dos mil ocho, que al mejorar y proteger la dimensión del “bienestar organizacional”, especialmente en las administraciones públicas⁹, tiende a enfatizar las “convergencias” entre los intereses de la administración y los trabajadores, más allá de sus diferencias obvias y persistentes¹⁰.

En resumen, una señal adicional que confirma que, en un escenario profundamente cambiado, es probable que también se requieran innovaciones para prefigurar estándares de protección nuevos y creíbles con respecto a los métodos de regulación.

Creo que este seminario debería sobre todo tratar de entender cómo el derecho de la salud y de la seguridad en el trabajo puede ofrecer nuevos modelos de protección en una era en la que los modelos de protección tradicionales están desmoronándose.

Déjenme ser más claro. El problema no es solo hacer que la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores sea cada vez más efectiva. Ciertamente, este es un punto muy importante porque es escandaloso que en el año dos mil veinte muchas personas todavía pierdan la salud o la vida con ocasión o por consecuencia del trabajo.

La cuestión por la que debemos preguntarnos es si el derecho de la salud y seguridad en el trabajo, debido a su conexión íntima con los derechos fundamentales de la persona, puede ayudar a esbozar un nuevo escenario de

⁶ L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 29/2013, <https://olympus.uniurb.it>.

⁷ P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs 81/08*, in “Diritti lavori mercati”, 2010, p. 663 ss.

⁸ C. LAZZARI, *Gli organismi paritetici nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 21/2013”, <https://olympus.uniurb.it>.

⁹ L. CORAZZA, *Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche*, in L. NOGLER, M. MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alle disposizioni della l. n. 183/2010*, Torino, Utet, 2012, p. 143 ss.

¹⁰ P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in “Prisma”, 2016, 1, p. 21 ss.

protección que vaya más allá de los límites rígidos del tipo de los contratos de trabajo.

Creo que se habrá entendido lo que quiero decir: pienso en una protección universal para todos los trabajadores, sin distinción entre los tipos o modalidades de su contrato de trabajo.

Pero también pienso en nuevos modelos de protección que puedan responder a las necesidades de los trabajadores teniendo en cuenta las nuevas necesidades de las empresas en el contexto de la globalización y de la innovación tecnológica.

En pocas palabras, pienso en una protección “no fordista” que tiene en cuenta que el lugar de trabajo ya no es lo que era, y que el trabajador de hoy ya no realiza su actividad siempre en el mismo lugar y frente al mismo empleador¹¹.

Pienso en el hecho de que hoy los trabajadores a menudo trabajan codo con codo sin tener el mismo convenio colectivo ni el mismo tipo de contrato individual.

Pues bien, ante esta fragmentación, estas diferencias, estas transformaciones no cabe las mismas respuestas que en el pasado. Necesitamos pensar en algo nuevo, tanto en lo que respecta a la protección individual como a la protección colectiva.

Creo que el derecho de la salud y de la seguridad laboral, debido a su íntima conexión con los derechos fundamentales, puede ofrecer respuestas interesantes y ayudar al derecho laboral general a recuperar su vocación esencial.

Pero también creo que el derecho de la salud y de la seguridad laboral puede mostrarnos nuevas formas de concebir la empresa y su organización.

Este es el punto fundamental: recuperar el tamaño correcto de la organización de la empresa. Si se observa detenidamente, el derecho a la salud y la seguridad en el trabajo tiende hacia una organización de calidad.

Pero esto también lanza un gran desafío, ya que plantea la cuestión de la importancia de los métodos de participación de los trabajadores. Una participación que no significa negar el conflicto, sino que indica un método para manejar el conflicto.

Abstract

Questo breve scritto si sofferma sulla “relazione” tra il diritto del lavoro generale e quella sua parte che può essere denominata diritto speciale della sicurezza sul lavoro. Senza rivendicare una vera e propria autonomia del diritto della sicurezza sul lavoro, lo scritto cerca di evidenziare il contributo che quest’ultimo può offrire al diritto del lavoro generale specialmente in una fase come questa in cui esso è sottoposto a continue sfide e tensioni.

¹¹ P. PASCUCCI, *Nuevas formas de organización del trabajo y salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras, o por una concepción no fordista de la prevención*, in “Documentación laboral”, 2019, vol. II, n. 117, p. 107 ss.

This short essay focuses on the “relationship” between general labor law and that part of it which can be called special occupational safety law. Without claiming a real autonomy of the occupational safety law, the paper tries to highlight the contribution that the latter can offer to general labor law especially in a phase like this in which it is subjected to continuous challenges and tensions.

Palabras clave

Derecho salud seguridad trabajo consideraciones metodológicas

Keywords

Law health safety work methodological considerations

DSL

1-2020

La dimensión constitucional de la seguridad y salud en el trabajo

Joaquín Aparicio Tovar*

ÍNDICE: 1. Salud y vida como valores constitucionales protegidos por derechos. – 2. La protección de la salud y seguridad en el trabajo ¿Principio rector de la política social y económica o derecho? – 3. Proyección de la Constitución en la legalidad infraconstitucional. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. – 3.1. El empresario principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. – 3.2. Breve referencia a las responsabilidades de los trabajadores.

1. *Salud y vida como valores constitucionales protegidos por derechos*

Las medidas que garantizan la seguridad y la salud en los ambientes de trabajo están íntimamente relacionadas con los valores superiores del ordenamiento jurídico de la dignidad humana y la vida. Un ordenamiento jurídico orientado a valores, como el español, plasma con la fórmula de derecho subjetivo la protección de la vida y la salud, estando esta última ligada a la primera.

La definición de la OMS de la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no consiste solamente en una ausencia de enfermedad”, nos lleva a que, como la enfermedad, no puede ser entendida sin relación a un contexto socio-cultural. Pero no podemos entender la salud sin tener en cuenta, no solo la enfermedad, sino otras agresiones de que puede ser objeto, muy en concreto las que se puedan producir en el trabajo, de ahí que haya que dar entrada a la idea de seguridad. Para superar la amplia indeterminación de aquel concepto de salud es necesario referirlo a la capacidad de las personas para desarrollar sus propias potencialidades como seres humanos y miembros activos de la comunidad en la que viven, lo que no es posible si no gozan de los atributos vitales, porque la salud es la “polaridad dinámica de la vida” que implica que el ser humano sea capaz de ser normativo en relación al medio. Ser normativo en relación al medio implica superar las “normas” biológicas, lo que conlleva asumir los riesgos que implica la imposición de nuevas reglas, es decir, el posible abuso de la salud forma parte de la salud, porque es la salud “un sentimiento de aseguramiento con respecto a la vida que no se asigna por sí mismo ningún límite”¹, pero para ello es necesario que

* Ya Profesor Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Universidad de Castilla-La Mancha. Joaquin.Aparicio@uclm.es

¹ C. CANGHUILHEM, *Lo normal y lo patológico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971, pp. 137 y ss.

cuando una persona se integra en un proceso productivo en el mismo no se produzcan agresiones que hagan de ella un ser limitado.

Al desarrollarse la vida humana en un medio social, el sentimiento de aseguramiento de la vida empuja a conseguir la conjuración de las situaciones de catástrofe mediante el más alto disfrute de los medios a los que se atribuye la recuperación del equilibrio perdido por la alteración de la salud y evitar que ese equilibrio se altere. Pero la salud no es solo recuperar ese equilibrio que el propio sujeto se ha atribuido perdido, sino, como se ha dicho, desarrollar los atributos vitales que permiten el desarrollo de la capacidad para sumir riesgos. Aquí entran todos los aspectos preventivos de la salud, así como en su momento los rehabilitadores, lo que es una clara muestra de la fragilidad de la distinción clásica entre salud pública e individual, cosa que tiene que ver mucho con la salud laboral porque la sociabilidad de la salud y la vida se hace más evidente cuando nos referimos a las agresiones que pueden sufrir con ocasión del trabajo que los seres humanos se ven en la necesidad llevar a cabo para su subsistencia. El trabajo puede ser peligroso y frente a ellos se alzan los valores y derechos constitucionales a que se acaba de hacer referencia.

Salud y vida son un binomio indisoluble y por ello no hay más remedio que conectar el derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida, lo que lleva, dada la esencial sociabilidad del ser humano, a que esa vida sea tal que conlleve el pleno goce de los bienes de la existencia en común que permiten el desarrollo de las potencialidades de la persona, que es lo que se busca con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales a todos reconocidos pues tratan de garantizar, en nuestro nivel de civilización, la condición de los seres humanos como racionales, sociales, libres e iguales, sin que el trabajo pueda ser un instrumento de merma de tales aspiraciones. Es por ello que resultan claras las conexiones que con facilidad se encuentran en la Constitución española entre el art. 43.1 (derecho a la protección de la salud), el art. 40.2 (seguridad e higiene en el trabajo), el art. 15 (derecho a la vida e integridad física y moral), el art. 10 (dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad) y el art. 1.1 (Estado Social y Democrático de Derecho), el cual nos conduce al art. 9.2 (obligación de los poderes públicos de remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad y libertad reales).

Estas normas de la Constitución española se enmarcan dentro de una legislación internacional de la que hay que destacar el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el cual declara que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. La declaración del 1948 se ha “codificado” en dos textos con mayor fuerza vinculante como son el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966 que están ratificados por España desde 1977. El art. 6 del PIDCP reconoce el derecho a la vida como

inherente a la persona humana, mientras que los arts. 7, 9, 10 y 12 del PIDESC reconocen el derecho a la seguridad social, protección y asistencia a madres y niños y la protección de la salud que incluye la obligación de los Estados de poner en práctica medidas para reducir la mortandad y favorecer el sano desarrollo de los niños, el mejoramiento de la higiene en el trabajo y del medio ambiente, la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales y, en fin, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art.12). La Organización Internacional del Trabajo ha generado importantes convenios en esta materia, como el convenio 155, de salud y seguridad en el trabajo, o el 187, Convenio Marco de promoción de la salud y seguridad en el trabajo. Los arts. 3, 8 y 11 de la Carta Social Europea vienen también a reforzar la protección en la materia. Por su parte la Unión Europea, a partir la base jurídica que ofrece el art. 153.1 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha tenido un gran activismo legislativo en la protección de la salud y seguridad en el trabajo a partir del Acta Única que tiene su norma estrella en la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, o Directiva-Marco, y tras ella un número muy importante de directivas particulares de tal manera que, si bien se renunció a una armonización por arriba, se ha establecido un suelo mínimo de protección común en los Estados Miembros que ofrece un alto nivel de garantía. Ciertamente es que ese activismo tuvo mucho que ver con la necesidad de organizar un mercado interior sin distorsiones de la competencia.

Toda esta normativa internacional es importante porque el art. 10.2 de la Constitución establece que “las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

2. La protección de la salud y seguridad en el trabajo ¿Principio rector de la política social y económica o derecho?

El Título I de la Constitución española se intitula *De los Derechos y Deberes Fundamentales*, y dentro de él hay un Capítulo segundo en el que se reconocen los derechos fundamentales más “clásicos”, incluidos algunos de claro contenido social como la libertad sindical y de huelga, y un Capítulo tercero intitulado *De los principios rectores de la política social y económica*, en el que se incluyen la mayoría de los derechos claramente de contenido social. La misma Constitución establece que estos últimos solo podrán alegarse ante los tribunales de acuerdo con las leyes que los desarrollen, algo que ha sido duramente criticado y que llena de confusión, como más adelante se indicará. El art. 43. 1 CE, por ejemplo, limita a determinados medios que protegen la salud la construcción de la garantía que supone el título jurídico de derecho, sin pretender establecer un derecho a la salud misma. Reconoce, al menos nominalmente, un derecho pero, como no podría ser de otra

forma, no enumera los medios o servicios sobre los que recae ese derecho, esto queda diferido a la legislación ordinaria.

Es necesario dejar ya claro que el hecho de que sea precisa una legislación infraconstitucional en este caso nada dice sobre la naturaleza del denominado derecho a la protección de la salud. No hay duda que en el texto constitucional se reconocen algunos auténticos derechos fundamentales que no dejan de serlo porque precisen para su eficacia leyes de soporte. Ya se ha dicho que el binomio salud-vida conduce a que encontremos en la Constitución conexiones entre distintos preceptos. Así, en el art. 15 hay un reconocimiento del derecho a la vida, de la que la salud, según lo dicho, es un sentimiento de aseguramiento. Puede verse como algo previo, y por ello el art. 15 CE está prohibiendo las agresiones más groseras y evidentes contra la vida. Es la protección más elemental, si se quiere. Pero esa protección, que tiene un efecto directo en la prohibición de determinadas prácticas aberrantes, como la tortura o la pena de muerte, sería insuficiente si en la legislación infraconstitucional el Código Penal no estableciese las sanciones correspondientes a los que atentan contra la vida y contra la salud tomada esta como un bien jurídico protegido, de acuerdo con la muy específica técnica penal, no aplicable a otras ramas del derecho. Se observa así que el derecho fundamental a la vida del art. 15 CE, en importante medida, precisa de una protección legal para ser efectivo, y que esa protección legal, en este caso, se lleva a cabo del modo específico de tratar el problema que tiene la técnica penal, una técnica, no lo olvidemos, que parte de la presunción de inocencia y ha de ser garantista para el imputado pero eso no quita para que tenga un amplio espectro en el que proyectarse cuando se descubran graves atentados contra la salud, como la puesta en peligro de la vida e integridad de los trabajadores, contaminaciones del medio ambiente con productos tóxicos, etc...

Por otra parte, aunque aparentemente en el art. 40.2 CE no se formule ningún derecho, se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de velar por *la seguridad e higiene en el trabajo* y garantizar el descanso necesario para los trabajadores, lo que quiere decir que el derecho es el resultado de tal obligación, que toma cuerpo en una legislación infraconstitucional dirigida a proteger la salud de los trabajadores contra las específicas agresiones de que puede ser objeto en el medio de trabajo. La protección de la salud resultará, desde esta óptica, de lo eficaz que resulte para alcanzar aquel objetivo la norma laboral sobre jornadas, descansos, vacaciones y seguridad y salubridad en el medio de trabajo. Que lo perseguirá, de nuevo, mediante la técnica que le es propia, muy diversa a la penal, aunque también haya normas penales para proteger este bien jurídico. El Tribunal Constitucional en STC 160/2007, siguiendo una doctrina ya sentada en otras, ha establecido que hay una clara relación entre el art. 15 CE y el art. 43 CE, y con la normativa en desarrollo del art. 40.2 CE, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo (FJ 4º y 5º), como más adelante se explicará.

El punto de unión del art. 43.1 CE y el 40.2 CE es que están orientados a hacer real el valor dignidad humana de un modo particularmente intenso, pues en

realidad todo el ordenamiento debe estar orientado hacia ese valor que con el respeto de los derechos inherentes a la persona y el libre desarrollo de la personalidad es el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). El sentido de la cláusula del Estado Social (art. 1.1 CE) no es otro que establecer una vinculación de los poderes públicos en el desarrollo del principio de igualdad y la efectividad de los derechos sociales lo que les obliga a remover los obstáculos que impidan o dificulten el goce en su plenitud de la igualdad y la libertad (art. 9.2 CE) . Parece que podemos concluir por el momento en que para la protección de la salud, y por ende de la vida, los poderes públicos están obligados a poner en práctica un soporte institucional que haga efectivo el derecho reconocido en el art. 43.1 CE y dar cumplimiento a la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo impuesta por el art. 40.2 CE.

Pero hay más, los *principios rectores de la política social y económica* incluidos en el Capítulo III, Título I de la Constitución siguen suscitando no pocas dudas y polémicas. Una corriente de opinión ha mantenido que no reconocen clase alguna de derechos, ni fundamentales ni de otro tipo por la sencilla razón de que como tales principios carecen de la consecuencia jurídica que precisa toda norma jurídica para que sea susceptible de aplicación en la resolución de una controvertida pretensión de los individuos. Pero esto, con ser importante, precisa de alguna aclaración adicional, pues hay auténticos derechos fundamentales reconocidos directamente por la Constitución que reclaman una configuración legal para ser efectivos (algo ya se ha visto anteriormente referido derecho a la vida).

Hay que advertir que no puede aceptarse que los preceptos contenidos en el Capítulo III, Título I, no sean normativos. Tempranamente el Tribunal Constitucional en su STC 80/1982, de 20 de diciembre, señaló que toda la Constitución lo es, pero tal carácter normativo “necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3”. Esta última norma, que con razón ha sido criticada por no ser un dechado de perfección técnica, es la que establece que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. El último inciso es en el que se apoya la argumentación para mantener la inexistencia del derecho, pues para que un individuo pueda alegar ser titular de un derecho sobre un determinado bien de la vida, en este caso a la protección de la salud en el medio de trabajo, necesita de una ley en la que se le reconozca en su favor, de tal modo que si esa ley no existe, tal derecho no habrá nacido. Los contenidos y el alcance de ese derecho dependerán de aquella ley, con lo que se está reconociendo una importante libertad de configuración al legislador, en coherencia con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE).

Todo lo anterior traería como consecuencia que la expresión *derecho* contenida en el art. 43.1 CE ligado al 40.2 CE no permitiría deducir que a partir de estos preceptos los ciudadanos puedan compeler a los poderes públicos

(cualesquiera) a una determinada conducta que implique la provisión de medios que garanticen un medio de trabajo seguro y saludable.

Pero, aunque no se estuviera en presencia de un derecho, el valor normativo derivado de la naturaleza de principio constitucional impone en todo caso notables consecuencias. No se trata de un precepto programático. Para empezar, conviene señalar que los principios contenidos en los arts 40.2 CE y 43. 1 CE están orientados hacia el valor dignidad humana y en importante medida determinan la actuación de los poderes públicos en tanto en cuanto indican la dirección que han de seguir. Existe ya una predecisión constitucionalmente tomada que vincula al legislador y al tiempo es el criterio de justificación² de la medida legislativa que configure un derecho a la protección de la salud. Es una legitimación del legislativo para intervenir en las relaciones sociales, lo que normalmente significará la afectación de importantes recursos económicos. No se trataría pues de un derecho de los individuos, ni exclusivamente un deber que pesa sobre lo poderes públicos sino una función necesaria de los poderes públicos por cuanto responde a la necesidad de poner en práctica la cláusula de Estado Social.

Pero no solamente vinculan al legislador, sino a todos los poderes públicos, tanto Administración Pública como Poder Judicial, que son quienes tienen encomendada la tarea de aplicar las normas para resolver pretensiones y dar satisfacción a las necesidades de los ciudadanos. En la aplicación de las normas tanto la Administración como los Tribunales de Justicia están obligados a una interpretación de las mismas de acuerdo con un juicio de razonabilidad, que no es otra cosa que la búsqueda de aquella interpretación que mejor satisfaga la realización de los valores constitucionales, expresados también en los principios rectores de la política social y económica, y en concreto, en lo que aquí conviene a la protección de la salud y seguridad en el trabajo, en cuanto expresión de la dignidad de seres humanos. Esto ha sido reconocido claramente en la STC 95/2000, de 10 de abril, que tratando sobre el art. 43 CE, afirma: “la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal y como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994 de 25 de abril.” El Tribunal Constitucional no está deduciendo un derecho subjetivo a favor de un particular, en este caso

² K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, p. 34.

desde el art. 43 CE, sino manda aplicar la legalidad infraconstitucional de la manera mejor posible para la satisfacción del principio de protección de la salud a favor de los individuos.

Aunque se conviniese que en los arts. 40.2 CE y 43.1 CE no existe un derecho a la protección de la salud, sino un principio que expresa una función necesaria del proceso democrático, tenemos también que convenir que algún sentido ha de tener que el precepto utilice la palabra *derecho* en el art. 43.1 e imponga a los poderes públicos un deber de velar por la salud e higiene en el trabajo. Conviene insistir en que la elección de esas palabras (*derecho* y la imposición de un deber) no es algo neutro, pues implica, como primera providencia, que el mandato dirigido al legislador impone la obligación de dar luz a derechos subjetivos. Es decir, no cualquier modo de proteger la salud y seguridad vale, sino que han de protegerse mediante la atribución de derechos subjetivos a favor de aquellos a quienes se quiere proteger. Derechos subjetivos que nacerían con la legislación que los establezca. Todo lleva a considerar que el ámbito material al que se refieren el art. 40.2 CE y el 43.1 CE, frente a las otras medidas de protección de la salud que se encuentran en diversas ramas del ordenamiento a las que antes se ha hecho referencia, está constituido por medidas específicas dirigidas a prevenir, preservar, mantener o recuperar la salud (en los casos de su menoscabo) de los individuos, como claramente ha declarado el Tribunal Constitucional en el Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012 al establecer que “la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico” (FJ 5º).

El problema quizá estriba en la idea de la garantía. Una nueva visión de la misma puede resolver bastantes problemas de ineficacia en el Estado constitucional, que es el talón de Aquiles de los derechos sociales. Si las garantías son consideradas como “técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”, resulta entonces que la eficacia de los derechos sociales será siempre una cuestión de “grado” en función de las “técnicas de coerción y/o sanción contra la omisión de medidas obligatorias que las satisfacen”³ y sería plausible entender que en los arts. 40.2 y 43.1 hay un auténtico derecho cuyo nivel de garantías se hace a través de un entramado de normas.

Esta visión lleva a la apertura de nuevas vías para la justiciabilidad de los derechos sociales a través del principio de igualdad, la tutea judicial o con su conexión con otros derechos civiles y políticos. Pero sobretodo abre una vía fecunda si se evita la tentación de reducir la exigibilidad a la justiciabilidad. El derecho a la protección de la salud ofrece el campo idóneo para la puesta en

³ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

práctica de una “defensa del carácter *multi-institucional* de la tutela de los derechos sociales”, que llevaría a un “sistema *multinivel* de garantías que involucraría “a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos”. Esas garantías serían tanto *institucionales* como *extra-institucionales*. Entre las primeras estarían las *garantías políticas* que son las encomendadas a los órganos legislativos y ejecutivos y *semi-políticas*, provistas por órganos externos pero de control político y por último *garantías jurisdiccionales* y *semi-jurisdiccionales*. Los mecanismos de solución de controversias extrajudiciales entrarían en esta categoría. Por último no puede pasarse por alto que en esta materia tienen importante papel las *garantías supraestatales, estatales e infraestatales*, que serían las dispensadas por Comunidades Autónomas y Municipios⁴. Este sistema de garantías multinivel contribuye sin duda a profundizar el principio democrático en tanto sirve para rellenar el hueco entre la validez y la eficacia de las normas constitucionales que, de no colmarse, deslegitima y erosiona la democracia misma.

3. *Proyección de la Constitución en la legalidad infraconstitucional. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*

Hay, según se ha visto, una estrecha vinculación entre la norma constitucional y la infraconstitucional como ha dejado meridianamente claro el Tribunal Constitucional. En efecto, en su STC 62/2007, después de afirmar que la inviolabilidad de la persona está constitucionalmente protegida, declara que “en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos el consagrado en el art. 15 CE”, y en la STC 160/2007 establece que el art. 14 de la LPRL “dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores”.

⁴ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 112 y 113.

3.1. *El empresario principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable*

La Ley de Prevención de Riesgos Labores fue el instrumento de ejecución de la Directiva-Marco al derecho interno, aunque hay algunos aspectos que, haciendo uso de la libertad que esta última concede a los Estados Miembros, son muy característicos del ordenamiento español, como el régimen de responsabilidades empresariales en los casos de incumplimiento de sus obligaciones.

La obligación “esencial”⁵ del empresario es garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. Esta obligación, ante todo, se deriva de su posición en el contrato de trabajo, ya que el empresario, en el uso de su poder de dirección organiza y dirige el proceso productivo, como establece el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando el empresario celebra un contrato de trabajo contrae una deuda de seguridad con cada uno de los singulares trabajadores a su servicio que, en consecuencia, les hace acreedores de seguridad. Ese mismo papel del empresario como principal obligado a garantizar la seguridad en el medio de trabajo está impuesto en el art. 14 LPRL, que no hace otra cosa que incorporar al derecho español lo previsto en los arts. 5 y 6 de la Directiva-Marco. La obligación empresarial de seguridad tiene como reverso el correspondiente derecho de los trabajadores. Sobre el empresario pesan una serie de obligaciones. En primer lugar una obligación general de seguridad y, en segundo lugar, una serie de obligaciones específicas, algunas de las cuales tienen una naturaleza instrumental en relación con la obligación general. Estas obligaciones instrumentales fueron una de las novedades más importantes de la LPRL y contribuyen a integrar la prevención en la gestión de la empresa. La obligación general implica que el empresario debe “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, para lo cual debe de adoptar “cuantas medidas sean necesarias” a ese objetivo, desarrollando “una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes” (art. 14.2 LPRL). Esta obligación está construida con la técnica de un estándar de conducta cuyo cumplimiento dará lugar a conseguir una auténtica “protección eficaz” considerada como un derecho de los trabajadores (art. 14.1 LPRL). Dicho estándar se expresa mediante el paradigma del empresario prudente, que es objetivo y al que debe adaptar su conducta el empresario individual⁶. De acuerdo con dicho estándar, el empresario debe de actuar, por una parte, según el elemento intelectual doble de conocer cuáles son los riesgos que genera el proceso productivo que dirige, y cuáles son los medios para evitarlos y, por otra, según el elemento volitivo de aplicar efectivamente esos medios. Como todos los estándares, el del empresario prudente es abierto y sólo puede satisfacerse de acuerdo con las circunstancias de lugar y de

⁵ M. ALONSO OLEA, y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed, Madrid, Civitas, 2009, p. 345.

⁶ J. APARICIO TOVAR, *Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo*, en “Revista Española de Derecho del Trabajo”, n. 49, p. 723.

tiempo⁷. El elemento intelectual es evolutivo porque el conocimiento de los riesgos y los medios para evitarlos van cambiando con el desarrollo de la ciencia y de la técnica. Por ello la obligación general del empresario implica llevar a cabo “una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva [...] y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención” (art. 14.2 LPRL).

Por lo general las obligaciones específicas son instrumentales para el adecuado cumplimiento de la obligación general. Muchas de estas obligaciones tienen un alto contenido técnico y en la mayoría de los casos están establecidas en normas de carácter reglamentario que son trasposiciones de las Directivas específicas (pantallas de visualización, ruido, amianto, equipos de trabajo, etc...). Muchas de estas obligaciones están establecidas de modo absoluto, es decir, su cumplimiento ha de hacerse en los exactos términos previstos por las normas sin que dejen espacio a la interpretación de acuerdo con las circunstancias de tiempo y de lugar. Las obligaciones de alto contenido técnico son de aplicación a determinadas actividades productivas o al uso de identificados procedimientos de trabajo o de concretos productos. Sin embargo, otras obligaciones específicas e instrumentales son de general aplicación y están establecidas en la LPRL incorporando las previsiones de la Directiva-Marco, como son la elaboración de un plan de prevención de riesgos, evaluación de riesgos, información, consulta, participación y formación de los trabajadores, tener previsiones de actuación en los casos de emergencia y riesgos graves e inminentes, vigilancia de la salud de los trabajadores a su servicio y constitución de servicios y medios necesarios para organizar adecuadamente la prevención, en especial los llamados servicios de prevención. También pesan sobre el empresario obligaciones de mantener y cumplimentar correctamente una documentación sobre prevención y de notificar a la autoridad laboral los daños sufridos por los trabajadores. El juego conjunto de las obligaciones específicas y la obligación general configura lo que de modo simplificado se dice obligación de seguridad del empresario, cuyo cumplimiento cabal daría lugar a un medio de trabajo exento de riesgos para la integridad de los trabajadores. La obligación de seguridad, así entendida, es una obligación, no de medios, sino de resultado que exige al empresario aplicar el mejor medio posible para prevenir los riesgos, lo que es coherente con lo previsto desde 1889 en el art. 1105 del Código Civil que solo exonera de responsabilidad en los casos de sucesos imprevisibles o inevitables.

Sobre todas estas obligaciones actúa el principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1.d. LPRL), que ya estaba reconocido en la legislación de Seguridad Social. Es decir, las circunstancias personales del trabajador o trabajadora, como la discapacidad, el desconocimiento del idioma, la edad, etc... deben de ser tenidas en cuenta en la asignación de tareas y en la evaluación de los

⁷ R. POUND, *Law and Morals*, Chapel Hill, Oxford University Press-The University North Caroline Press, 1926, p. 57.

riesgos. Las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias en las que pueda incurrir el trabajador (art. 15 LPRL).

El ordenamiento español despliega una formidable panoplia de responsabilidades en los casos de incumplimiento de estas obligaciones. Son responsabilidades civiles, administrativas, penales y de Seguridad Social, en principio compatibles, excepto, por regla general, las administrativas y penales.

3.2. Breve referencia a las responsabilidades de los trabajadores

Se dijo al principio que el abuso de la salud forma parte del concepto de salud. Quién no tiene salud o es muy delicada está en una posición tal que no puede abusar de ella, salvo que acepte una situación catastrófica, es decir, la pérdida de la vida. Esto es cierto, pero debe ser matizado cuando se habla de protección de la salud en el medio de trabajo. Como ya se ha dicho, el medio de trabajo es controlado por el empresario, que es titular del poder de dirección, y el trabajador mediante el contrato de trabajo se incorpora a ese círculo organizativo dirigido por el empresario y se somete a su poder directivo. El trabajador, por tanto, no tiene poderes para aplicar medidas que eliminen los riesgos que pueda generar el trabajo, lo que es tanto como decir que no tiene las obligaciones de que se ha ya hablado, que por el contrario sí pesan sobre el empresario. Si sobre él no recaen esas obligaciones no puede, en consecuencia, ser responsable de incumplimiento alguno. Los únicos casos en los que los representantes de los trabajadores tienen algún poder en esta materia es cuando se dan circunstancias de un peligro grave e inminente, en cuyo caso pueden paralizar el proceso productivo.

Sin embargo, esto no quiere decir que el trabajador pueda desdeñar el cumplimiento de las ordenes empresariales en materia de seguridad y salud. Si lo hiciera estaría incumpliendo una orden legítima del empresario dictada en uso regular de su poder directivo para conseguir un medio de trabajo seguro y saludable, y, ya se sabe, el incumplimiento de una orden empresarial legítima puede dar lugar a la imposición de sanciones, llegando incluso al despido. Si la orden empresarial implica una puesta en riesgo para el trabajador individual esa orden es ilegítima y puede negarse a cumplirla.

Abstract

Aunque se conviniese que en los arts. 40.2 CE y 43.1 CE no existe un derecho a la protección de la salud, sino un principio que expresa una función necesaria del proceso democrático, tenemos también que convenir que algún sentido ha de tener que el precepto utilice la palabra derecho en el art. 43.1 e imponga a los poderes públicos un deber de velar por la salud e higiene en el trabajo. Conviene insistir en que la elección de esas palabras (derecho y la imposición de un deber) no es algo neutro, pues implica, como primera providencia, que el mandato dirigido al legislador impone la obligación de dar luz a derechos subjetivos. Es decir, no cualquier modo de proteger la salud y

seguridad vale, sino que han de protegerse mediante la atribución de derechos subjetivos a favor de aquellos a quienes se quiere proteger.

Even if it were agreed that in the arts. 40.2 EC and 43.1 EC there is no right to health protection, but a principle that expresses a necessary role of the democratic process, we must also agree that some sense must have the precept use the word right in Article 43.1 and impose on the public authorities a duty to ensure health and hygiene at work. It should be stressed that the choice of such words (right and the imposition of a duty) is not neutral, since it implies, as a first providence, that the mandate addressed to the legislature imposes an obligation to give light to subjective rights. That is, not every way to protect health and safety is worth it, but they must be protected by the attribution of subjective rights to those who are to be protected.

Palabras clave

Derecho a la vida, salud laboral, salud pública, valores constitucionales, principios jurídicos, derechos

Keywords

Right to life, occupational health, public health, constitutional values, juridical principles, rights

DSL

1-2020

L'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza e i suoi riflessi sul piano sistematico

Chiara Lazzari*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e di metodo. – 2. A proposito dell'art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008. – 3. Diffusione del debito di sicurezza, multidatorialità, codatorialità. – 4. La “relazione organizzativa” fra datore di lavoro e lavoratore nel d.lgs. n. 81/2008. – 5. Per concludere: il caso paradigmatico del lavoro tramite piattaforme digitali.

1. Considerazioni introduttive e note di metodo

Nell'ambito del diritto del lavoro italiano, la materia del diritto della salute e della sicurezza sul lavoro ha ormai acquisito un rilievo sempre più marcato, tanto da essersi chiesti se le peculiarità che essa manifesta – e che attengono in maniera rilevante proprio alla figura del datore di lavoro, della quale è fornita una delle rare definizioni conosciute – possano giustificarne una considerazione autonoma, dal punto di vista epistemologico, rispetto al diritto del lavoro *tout court*¹. Benché al quesito si risponda per lo più negativamente, ciò nulla toglie all'utilità di una riflessione sul contributo che il “microsistema della sicurezza sul lavoro” è in grado di fornire al “sistema giuslavoristico” più generale, a partire dall'individuazione della figura datoriale e delle responsabilità che ad essa competono.

In tale prospettiva, assumendo come angolo di osservazione quello rappresentato dalla normativa italiana in materia di sicurezza, da ultimo potenziata e razionalizzata con il d.lgs. n. 81/2008, vale rimarcare la derivazione comunitaria della stessa². E, com'è noto, è proprio del diritto comunitario fornire una serie, più o meno ampia, di definizioni finalizzate, in un'ottica di ausilio all'interprete, a specificare il significato degli istituti e dei termini maggiormente utilizzati nel provvedimento emanato, oltre che a individuare, in primo luogo, i destinatari del medesimo. In quest'ottica, si spiega quanto statuito dall'art. 3, lett. *b*, della direttiva-

* Ricercatrice ex art. 24, comma 3, lett. *b*, della l. n. 240/2010 di Diritto del lavoro e Docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo. chiara.lazzari@uniurb.it

¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo delle nuove regole sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in “Diritti lavori mercati”, 2008, p. 337.

² In proposito, per tutti, L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet giuridica, 2015, p. 48 ss.

quadro n. 89/391/Cee, ai sensi del quale, «ai fini della presente direttiva», per datore di lavoro si intende «qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento».

In proposito, mi pare necessario svolgere alcune osservazioni di natura metodologica.

La prima di queste attiene al fatto che la tecnica cui ricorre il legislatore comunitario, e, di riflesso, quello nazionale, si configura come di tipo funzionale: in altri termini, ci si serve di «*canoni funzionalistici* di individuazione del datore di lavoro, *che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare*»³. Nel caso di specie, come meglio si vedrà tra breve⁴, il criterio adottato dall'ordinamento interno non risulta solo quello formale-cartolare della titolarità del rapporto di lavoro, facendosi leva anche su parametri di natura relazionale e sostanziale, che alludono, cioè, al rapporto fra colui che ha organizzato il processo di lavoro e i rischi da questo generati; rischi conoscibili solo da chi di quell'organizzazione risulta responsabile ed eliminabili solo da chi disponga dei poteri decisionali e di spesa necessari a tale scopo.

La scelta legislativa si giustifica alla luce dell'opzione di valore compiuta a monte dalla normativa prevenzionistica, rispetto alla cui *ratio* di tutela appare coerente il ricorso a una definizione di datore di lavoro improntata a un criterio che, sulla scorta della dottrina penalistica, può qualificarsi come «formale-funzionale»⁵, «nel momento in cui cerca una sintesi tra il dato formale definitorio e quello sostanziale (funzionale) dell'effettiva attribuzione e sussistenza, nel soggetto, dei poteri e delle facoltà proprie della posizione formale»⁶. La tecnica in questione, quindi, non nasce in un'ottica di sistema, ma è tesa a individuare, per l'appunto funzionalmente rispetto ai diversi fini di volta in volta perseguiti dall'ordinamento (nella fattispecie, garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori), chi assume la qualità di datore di lavoro nell'ambito della normativa considerata. Nonostante ciò, tuttavia, non sembra che possa dirsi esclusa la possibilità di studiare i riflessi della stessa in chiave sistematica.

In effetti, l'affermazione per cui la nozione di datore di lavoro per la sicurezza dipende, in ultima analisi, dalle prerogative d'intervento sull'organizzazione pare riconducibile a un metodo più generale «*di produzione/riconoscimento del datore di lavoro a partire da una disamina delle relazioni di*

³ M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2010, pp. 223-224, corsivo dell'A.

⁴ Cfr. *infra*, § 2.

⁵ D. PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1985, IV, p. 16.

⁶ G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza possibile alla Massima sicurezza effettivamente applicata?*, in ID. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 23.

*potere*⁷, non sconosciuto al diritto del lavoro, che vi ricorre per cogliere la figura datoriale allorquando essa si rivela quanto mai evanescente: si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di pseudo-appalto e pseudo-distacco o alla giurisprudenza in materia di gruppi di imprese.

Sicché, se non è consentito, senza un adeguato filtro, trasferire in altri settori dell'ordinamento considerazioni svolte relativamente al tema di cui trattasi – non potendosi conferire, in modo aprioristico, alla legislazione in materia un valore che ecceda lo specifico ambito suo proprio –, sembra comunque fondato, per quanto da condurre con la dovuta cautela, il tentativo di ampliare lo spettro dell'indagine, prendendo spunto da tale legislazione per sviluppare alcune riflessioni di ordine generale, che potrebbero rivelarsi utili specie di fronte ai sempre più frequenti processi di frammentazione e disarticolazione della struttura dell'impresa e della figura, economica e giuridica, del datore di lavoro.

2. *A proposito dell'art. 2, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008*

Venendo più nel dettaglio, secondo l'art. 2, comma 1, lett. *b*, primo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro (privato) è «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».

Il d.lgs. n. 81/2008 porta così a compimento il percorso iniziato dal d.lgs. n. 626/1994 all'indomani delle decisive modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 242/1996. In effetti, già dopo quell'intervento normativo la definizione di datore di lavoro appariva ben più appagante di quella originaria, che, troppo pedissequamente e acriticamente rispetto alla direttiva-quadro ricordata poc'anzi, sembrava richiedere la simultanea presenza tanto dell'elemento costituito dalla titolarità del rapporto di lavoro quanto di quello identificato nella responsabilità dell'impresa o dello stabilimento⁸.

La norma del 2008 conferma una nozione ampia della figura datoriale, da intendersi in un'accezione sia formale (invero, anche se si fa riferimento alla titolarità del rapporto e non del contratto, sembra che la previsione presupponga

⁷ F. MARTELLONI, *La funzione costitutiva delle relazioni di potere rispetto ai soggetti del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 443, corsivo dell'A.

⁸ L'iniziale definizione di datore di lavoro presente nel d.lgs. n. 626/1994 si riferiva, infatti, a «qualsiasi persona fisica o giuridica o soggetto pubblico che è titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa o dello stabilimento». Da questo punto di vista, apprezzabile era stata anche la sostituzione, ad opera del d.lgs. n. 242/1996, dell'equivoco riferimento alla «persona fisica o giuridica» del datore di lavoro – che mal si conciliava con il principio dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche proprio del nostro ordinamento – con l'espressione «soggetto titolare», così come dell'ambigua nozione di «stabilimento» con quella usuale di «unità produttiva».

che del rapporto si possa essere titolari in quanto parti del contratto, stante ormai l'acquisizione al dibattito del principio della contrattualità del rapporto di lavoro⁹), sia sostanziale. Tuttavia, tra i due, è quest'ultimo profilo a prevalere, dovendosi, in proposito, rimarcare l'importanza della locuzione «o, comunque», che permette di fornire una risposta soddisfacente al problema di quale criterio considerare preminente nelle ipotesi – destinate a verificarsi nelle strutture più complesse – di dissociazione tra datore di lavoro, titolare formale del rapporto, e datore di lavoro sostanziale, responsabile dell'organizzazione. Il legislatore pare indicare, per l'appunto, il secondo corno dell'alternativa, in linea con il principio di effettività affermato in giurisprudenza nella materia *de qua* e che, anzi, il d.lgs. n. 81/2008 provvede ora a codificare nell'art. 299.

In realtà, il ricorso a tale principio non costituisce un'assoluta novità per il diritto del lavoro. Tuttavia, la disciplina in tema di salute e sicurezza si presenta con caratteri inediti anche a fronte delle fattispecie legislative ispirate all'applicazione del canone sostanzialistico citato. Per essa, infatti, l'individuazione del datore a prescindere dalla titolarità formale del rapporto di lavoro non assume natura necessariamente sanzionatoria, non essendo finalizzata solo a colpire situazioni patologiche di deviazione rispetto all'assetto di interessi considerati meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico (si pensi, invece, alla costituzione di detto rapporto in capo all'utilizzatore della prestazione, sperimentata già dalla l. n. 1369/1960 in ipotesi di interposizione illecita, e sostanzialmente transitata nella regolamentazione del lavoro temporaneo tramite agenzia, prima, e della somministrazione, poi). Piuttosto, in questo caso è la dimensione fisiologica della salvaguardia della salute e sicurezza del lavoratore a imporre che gli obblighi datoriali in materia possano gravare, oltre che sul titolare formale, anche su chi abbia la responsabilità dell'organizzazione produttiva, senza che in capo a quest'ultimo risulti costituito *ex lege* alcun rapporto di lavoro con i beneficiari della tutela.

Nell'attuale formulazione della norma, il profilo sostanziale risulta poi ulteriormente accentuato rispetto alla legislazione previgente in ragione del riferimento non più alla «titolarità» dei poteri decisionali e di spesa, ma all'«esercizio» dei medesimi, quale criterio in grado di connotare in termini di «responsabilità» la relazione tra figura datoriale e organizzazione.

L'«approccio “sostanzialistico”»¹⁰ trova, del resto, conferma altresì nella definizione di datore di lavoro pubblico, dovendosi sottolineare la convergenza del metodo utilizzato, in virtù del quale, alla luce della nuova versione dell'art. 2, comma 1, lett. *b*, secondo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, sul punto molto chiara, non solo al dirigente «spettano i poteri di gestione» e l'ufficio a cui è preposto il funzionario deve avere «autonomia gestionale» – così come già statuito dal d.lgs. n.

⁹ Sul tema, per tutti, P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, in F. D. BUSNELLI (dir. da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2013, spec. p. 41 ss.

¹⁰ P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: le definizioni*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet giuridica, 2010, p. 87.

626/1994 dopo le modifiche introdotte nel 1996 – ma il dirigente, al pari del funzionario, deve essere dotato, sulla scorta dell’elaborazione giurisprudenziale¹¹, «di autonomi poteri decisionali e di spesa»¹². Precisazione, quest’ultima, assente nella definizione pregressa, e a seguito della quale «le caratteristiche definitorie “funzionali” del “datore di lavoro” risultano più omogenee tra settori privato e pubblico»¹³.

Insomma, pur con le cautele cui si faceva cenno poc’anzi, l’impressione è di trovarsi di fronte a un’indicazione meritevole di considerazione: quella, cioè, per cui la nozione di datore di lavoro potrebbe risultare «non [...] necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo che si instaura tra una persona fisica o giuridica e coloro che svolgono attività lavorativa»¹⁴ a favore dell’organizzazione, potendo, poi, l’integrazione in quest’ultima avvenire sulla base di elementi diversi.

Alla luce di ciò, non è allora escluso che il “microsistema della sicurezza sul lavoro” possa fornire qualche spunto di riflessione interessante anche nella prospettiva della codatorialità¹⁵, quale ipotesi interpretativa che, com’è noto, ha trovato con riferimento ai gruppi di imprese il terreno di discussione elettivo¹⁶ – benché non esclusivo, specie dopo le novità legislative sul contratto di rete¹⁷ –, «[...] rispondendo all’esigenza di definire nuove modalità di imputazione della responsabilità datoriale» nei casi in cui, «data la complessità dei modelli produttivi, il potere imprenditoriale risulta disperso e diffuso [...]»¹⁸, onde la necessità di superare il tradizionale rapporto binario lavoratore/datore di lavoro.

¹¹ Cfr. Cass. pen. 4 marzo 2003, n. 19634, in <http://olympus.uniurb.it>.

¹² Infatti, l’art. 2, comma 1, lett. b, secondo periodo, del d.lgs. n. 81/2008 così recita: «Nelle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest’ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall’organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell’ubicazione e dell’ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l’attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l’organo di vertice medesimo».

¹³ G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in “WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 91/2009”, p. 11.

¹⁴ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2010, p. 15.

¹⁵ Sul dibattito a proposito di codatorialità, da ultimo, D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 85 ss.

¹⁶ Cfr., per tutti, G. DE SIMONE, *I gruppi di imprese*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, dir. da M. PERSIANI, F. CARINCI, Padova, Cedam, 2012, VI, p. 1509 ss. e O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, 2014, p. 695 ss.

¹⁷ Cfr., per tutti, M. T. CARINCI (a cura di), *Dall’impresa a rete alle reti d’impresa*, Milano, Giuffrè, 2015; I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2014.

¹⁸ A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 501.

3. Diffusione del debito di sicurezza, multidatorialità, codatorialità

In effetti, attribuendo la qualifica di datore di lavoro altresì a chi, nel settore privato, abbia la responsabilità – collegata all'esercizio dei poteri decisionali e di spesa – anche della singola unità produttiva, il legislatore ammette una potenziale «diffusione del debito di sicurezza»¹⁹ fra una molteplicità di datori di lavoro “sostanziali”. Ne deriva la «possibilità della coesistenza, all'interno della medesima impresa, di più figure aventi tutte la qualifica di datore di lavoro, cui incombe l'onere di valutare i rischi per la sicurezza, di individuare le necessarie misure di prevenzione e di controllare l'esatto adempimento degli obblighi di sicurezza»²⁰.

D'altra parte, quantunque un'analogia previsione non sia riproposta per le pubbliche amministrazioni, nondimeno, neppure con riguardo a tale ambito è impedita una possibile frammentazione della figura datoriale.

Laddove ne ricorrano i requisiti di legge, il canone di effettività, dunque, impone una moltiplicazione dei datori di lavoro in senso sostanziale sconosciuta alla tradizione civilistica. In questo caso, peraltro, la situazione sembrerebbe dover indurre a ragionare più in termini di “multidatorialità” che di codatorialità. Infatti, «non sarà lo stesso lavoratore ad avere più (co)datori di lavoro, ma la stessa azienda ad avere più datori di lavoro per la sicurezza»²¹.

V'è da chiedersi se possa, invece, parlarsi di codatorialità fra datore di lavoro *ex art.* 2094 cod. civ., in quanto parte cartolare della relazione contrattuale, e datore di lavoro *ex d.lgs. n. 81/2008*, allorché si riscontri una distinzione siffatta. In verità, poiché quest'ultimo può essere considerato tale solo a fini di sicurezza, continuando, invece, a gravare la restante parte del carico debitorio, derivante dalla conclusione del contratto di lavoro, sul titolare del medesimo, parrebbe trattarsi semmai di una forma di codatorialità che si potrebbe definire atecnica, non implicante, cioè, alcuna contitolarità del rapporto di lavoro nel suo complesso, quanto la dissociazione delle diverse posizioni giuridiche datoriali, attive e passive, originate dallo stesso; con la conseguenza che alcune di tali posizioni – e, segnatamente, quelle concernenti obblighi, poteri e responsabilità in materia di sicurezza – sarebbero ascrivibili a un soggetto diverso dal datore di lavoro in senso civilistico. E ciò secondo un'accezione che parrebbe uscire in qualche misura rafforzata dalle novità legislative in materia di reti di imprese, sebbene riguardanti uno specifico contesto e di lettura assai complessa, tanto da essere all'origine di un ampio dibattito dottrinale²². Il riferimento è alla novella degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 276/2003 ad opera del d.l. n. 76/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 99/2013, che ora ammettono, l'uno, «la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con

¹⁹ L. MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in ID. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 45.

²⁰ Cass. pen. 9 dicembre 2013, n. 49402, in <http://olympus.uniurb.it>.

²¹ G. NATULLO, *Brevi note su datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in AA.VV., *La figura del datore di lavoro*, cit., p. 415.

²² Per i termini del quale cfr. D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 91 ss.

regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso», nel caso d'impresa firmatarie di tale contratto, e, l'altro, l'assunzione congiunta nel quadro di imprese agricole se appartenenti, tra l'altro, allo stesso gruppo (identificato secondo la definizione fornita dal medesimo art. 31, comma 1) o di reti costituite per almeno il 40% da imprese agricole. Infatti, in ragione di una lettura sistematica degli articoli citati, parrebbe doversi escludere la possibilità di un'assimilazione fra codatorialità e assunzione congiunta, sembrando poter derivare da ciò un'interpretazione della prima nel senso atecnico sopra chiarito, dunque riferita a una nozione di datore di lavoro connotata in termini sostanziali, in quanto caratterizzata dal requisito della responsabilità dell'organizzazione.

Del pari, v'è da chiedersi se possa parlarsi di codatorialità con riguardo alla situazione che si verifica nelle società di capitali. In proposito, vale la pena rimarcare come l'individuazione della posizione di garanzia datoriale risulti in questo caso particolarmente problematica, tanto da registrarsi in giurisprudenza oscillazioni di non poco momento fra il riconoscimento di detta posizione in capo al legale rappresentante dell'ente oppure a coloro che, in qualità di vertici aziendali, detengono effettivamente i poteri decisionali e di spesa (presidente del Consiglio di Amministrazione o amministratore delegato o membro del CdA cui siano state assegnate le relative funzioni o, ancora, indistintamente tutti i componenti del CdA)²³.

A tale ultimo filone possono essere ascritte le sentenze intervenute nel famoso "caso ThyssenKrupp", a partire da quella resa dalla Corte d'Assise²⁴, che, confermata sul punto nei successivi gradi di giudizio, ha attribuito la qualifica datoriale sia all'amministratore delegato che a due consiglieri, in quanto parti di «un board decisionale che di tutti i settori (compreso quello della sicurezza sul lavoro) si era occupato e che aveva effettivamente operato»²⁵; sì che «tutti concorrevano alla gestione collettiva dell'impresa»²⁶.

La situazione che si viene a configurare laddove il CdA conferisca a uno o più consiglieri una delega in materia di sicurezza – delega di gestione, non di funzioni, trattandosi di un «atto che concretizza l'articolazione organizzativa aziendale»²⁷ – merita di essere approfondita. Tale strumento, infatti, consente di allocare, nel modo ritenuto più efficace, i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale mediante la scelta di concentrarli in uno, o più, dei membri del CdA²⁸. CdA che, però – in quanto organo collegiale capace di determinare le strategie generali di una società, oltre che di riflettere i rapporti di potere fra le varie componenti sociali – non può reputarsi estraneo all'organizzazione della sicurezza,

²³ *Amplius*, volendo, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 33 ss.

²⁴ Ass. Torino 14 novembre 2011, in <http://olympus.uniurb.it>.

²⁵ Ass. App. Torino 27 maggio 2013, n. 6, in <http://olympus.uniurb.it>.

²⁶ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>.

²⁷ Cass. pen. 11 marzo 2013, n. 11442, in <http://olympus.uniurb.it>.

²⁸ P. PASCUCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza "ThyssenKrupp": dialoghi con la giurisprudenza*, in "I Working Papers di Olympus", 2012, n. 10, p. 16.

nonostante l'eventuale presenza di uno o più amministratori delegati quali datori di lavoro *ex d.lgs. n. 81/2008*, permanendo in capo agli altri membri doveri di controllo sul generale andamento della gestione e d'intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega²⁹. Sicché, con riferimento agli amministratori destinatari di tale delega, più che di posizione datoriale assunta in via esclusiva, pare maggiormente corretto parlare di una posizione datoriale solo preminente³⁰.

Rebus sic stantibus, relativamente alle società di capitali potrebbe allora non essere improprio riferirsi a una situazione di codatorialità, quantunque nell'accezione atecnica poc'anzi chiarita. Peraltro, ciò sembrerebbe emergere, forse con maggiore evidenza rispetto al rapporto fra amministratori delegati e restanti consiglieri – i quali, come testé rilevato, pur condividendo la stessa qualifica datoriale, lo fanno con un grado d'intensità comunque diverso –, con riguardo a quello fra i vari delegati per la sicurezza individuati dal Consiglio al proprio interno, come nel ricordato “caso ThyssenKrupp”. Tale fattispecie, infatti, non pare riconducibile all'ipotesi della “multidatorialità” cui si accennava in precedenza a proposito della presenza di una pluralità di datori di lavoro, ciascuno responsabile della propria unità produttiva in virtù di una settorializzazione delle funzioni datoriali che qui, invece, sembrerebbe lasciare il posto a una vera e propria compartecipazione al corrispondente ruolo da parte di una molteplicità di soggetti.

Analogo discorso parrebbe valere qualora una delega (di gestione) non sia stata attribuita: anche in questo caso, infatti, la «dimensione plurale»³¹ assunta dalla figura datoriale fa sì che la relativa posizione di garanzia risulti condivisa indistintamente fra più individui – ossia tutti i membri del CdA – in relazione alla medesima entità organizzativa.

Al contrario, e benché non possa soffermarmi sull'osservazione perché ci porterebbe troppo lontano rispetto ai nostri fini, non pare convincente l'assunto, pure sostenuto da certa dottrina, giusta il quale una situazione di codatorialità, foss'anche non in senso tecnico, potrebbe rinvenirsi per dirigenti, preposti e destinatari di una delega di funzioni³². Invero, l'imputazione del debito di sicurezza, sebbene plurisoggettiva, non sembra autorizzare una conclusione siffatta, stante la diversità dei titoli in ragione dei quali essa avviene³³.

4. La “relazione organizzativa” fra datore di lavoro e lavoratore nel d.lgs. n. 81/2008

Già nel vigore del d.lgs. n. 626/1994 la dottrina aveva sollevato dubbi circa l'operatività di tale provvedimento nei confronti dei soli datori di lavoro

²⁹ Cfr. Cass. pen. 31 gennaio 2014, n. 4968, in <http://olympus.uniurb.it>.

³⁰ P. PASCUCCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 20.

³¹ P. PASCUCCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 23, corsivo dell'A.

³² In questi termini, M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro*, cit., p. 231; cfr. pure G. NATULLO, *Brevi note su datore di lavoro*, cit., p. 415, con riguardo alla corresponsabilità fra datore di lavoro e dirigenti.

³³ Volendo, *amplius*, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali*, cit., p. 40 ss.

imprenditori, essendo, per l'appunto, la definizione della figura datoriale modellata, in quella normativa, sulla realtà d'impresa³⁴. Nondimeno, l'opzione ermeneutica prevalente era stata nel senso di ritenere che la legislazione del 1994 si applicasse altresì ai datori di lavoro non imprenditori, in quanto destinata a intervenire in «tutti i settori di attività privati o pubblici» (art. 1, comma 1)³⁵, in linea, del resto, con la dottrina che da tempo aveva adottato analoghe soluzioni in riferimento all'art. 2087 cod. civ.³⁶. Recependo, comunque, le ricordate preoccupazioni, il d.lgs. n. 81/2008 si fa carico di sgombrare il campo dagli equivoci una volta per tutte, ricorrendo all'elemento neutro dell'organizzazione, per vero già presente nella definizione di datore di lavoro adottata dal d.lgs. n. 626/1994. Tuttavia, mentre in quest'ultimo esso «valeva ad individuare l'assetto dell'impresa, nel nuovo decreto [...] si identifica con la stessa impresa nonché con qualsiasi altra entità, ancorché non imprenditoriale e scarsamente strutturata, nella quale il lavoratore operi e della quale, in ossequio al principio di effettività, il soggetto qualificato come datore di lavoro abbia – per poter essere definito tale – la responsabilità, resa palese dall'esercizio dei poteri decisionali e di spesa»³⁷.

Il disegno delineato dal legislatore evoca, così, un nesso organizzativo che unisce i due soggetti della relazione di sicurezza, travalicando i confini dell'art. 2082 cod. civ. e imponendo l'individuazione del polo contrapposto, appunto il lavoratore. Non a caso, per l'addietro, con riferimento alla definizione di datore di lavoro, si è parlato di una tecnica legislativa di tipo relazionale³⁸, attesa la valorizzazione del rapporto che collega colui che assume tale qualità e l'organizzazione della quale il medesimo è responsabile. Discorso analogo vale per la figura del lavoratore, condividendo le due definizioni, quale «referente comune»³⁹, proprio l'elemento in questione.

Non entro in temi che spetta ad altri affrontare⁴⁰, se non nei limiti strettamente necessari al discorso che vorrei condurre in questa sede, sottolineando come a una nozione sostanziale di datore di lavoro ne corrisponda una di lavoratore ispirata ai medesimi canoni, la cui novità consiste, allora, non solo nel superamento dei confini della subordinazione giuridica, ma anche nel suo essere fondata sul

³⁴ Per i termini del dibattito, cfr. F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 85 ss.

³⁵ G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complesso quadro dei nuovi adempimenti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 115.

³⁶ Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in L. RIVA SANSEVERINO, M. MAZZONI (dir. da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1971, II, p. 439 ss.; più di recente, P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in P. SCHLESINGER, F. D. BUSNELLI (dir. da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 173 ss.

³⁷ P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Quaderni di *Olympus* - 5, Fano, Aras, 2017, p. 42.

³⁸ Cfr. *supra*, § 1.

³⁹ F. CARINCI, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Prefazione*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano/Fiori Assago, Ipsoa, 2010, p. LI.

⁴⁰ V., in questo numero, la relazione di A. DELOGU.

presupposto, per l'appunto sostanziale, dell'«alienità organizzativa»⁴¹, ossia dell'inserimento funzionale del prestatore di lavoro nell'ambito di un'organizzazione determinata da altri e sulla quale egli non può esercitare alcun potere di modifica. Così come non posso addentrarmi nelle implicazioni derivanti dal modo in cui il termine «organizzazione» è inteso nella definizione di datore di lavoro, letta in combinato disposto con quella di lavoratore, con tutto ciò che ne consegue sul piano dell'attività prevenzionistica richiesta al vertice aziendale⁴².

Piuttosto, vorrei rimarcare come proprio da questa trama normativa, che fa leva sul concetto di organizzazione e sui rapporti, per l'appunto organizzativi, fra quest'ultima, colui che quell'organizzazione ha strutturato e chi in essa è funzionalmente inserito, possano trarsi, a mio avviso, argomenti utili da esportare anche al di fuori del “microsistema della sicurezza sul lavoro”, a partire dall'ammissibilità di un più generale meccanismo di responsabilità congiunte nei confronti del lavoratore, tale, cioè, da coinvolgere anche chi non sia qualificabile come suo datore di lavoro secondo la consolidata tradizione civilistica, in quanto privo della titolarità del relativo contratto.

5. Per concludere: il caso paradigmatico del lavoro tramite piattaforme digitali

In effetti, quantunque dall'indagine condotta⁴³ non sia stato possibile confermare la sussistenza, con riferimento alle organizzazioni articolate in una molteplicità di unità produttive o strutturate in forma societaria, di situazioni di codatorialità in senso tecnico – implicanti, cioè, una vera e propria contitolarità del rapporto di lavoro –, sembrando quelle fattispecie piuttosto da ricondurre a ipotesi di codatorialità atecnica – perché comportante la dissociazione delle posizioni giuridiche collegate alla qualifica datoriale – o di multidatorialità, nondimeno la prospettiva così aperta pare di un certo interesse. Invero, l'affiancamento, nell'individuazione della figura del datore di lavoro per la sicurezza, al requisito della titolarità del rapporto di una responsabilità fondata su legami di tipo organizzativo, con chiara prevalenza del profilo sostanziale su quello formale, può consentire di desumere elementi di riflessione importanti – soprattutto perché normativamente fondati – circa l'eventuale riconoscimento di obblighi e responsabilità, tipicamente gravanti sul datore, anche in capo a chi tale non sia in applicazione dei canoni civilistici.

⁴¹ F. STOLFA, *Le definizioni*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute*, cit., p. 54; secondo l'art. 2, comma 1, lett. a, primo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, il lavoratore è la «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari».

⁴² Volendo, in proposito, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali*, cit., p. 52 ss.

⁴³ Cfr. *supra*, § 3.

Un terreno di sperimentazione del principio funzionalistico, che con tanta evidenza emerge dalla normativa italiana in tema di sicurezza, potrebbe essere rappresentato dal lavoro tramite piattaforme digitali⁴⁴. Infatti, se talvolta queste ultime operano realmente «come mero connettore» (si pensi a casi di *crowdworking* in cui le prestazioni professionali sono offerte in rete e la piattaforma funge solo da bacheca virtuale che favorisce l'incontro con la domanda), molto spesso esse si muovono «in concreto come veri e propri datori di lavoro che utilizzano l'algoritmo per ottenere una perfetta integrazione dell'attività del lavoratore nell'organizzazione aziendale»⁴⁵. Benché qualcuno neghi che, in questi casi, sia possibile riscontrare un'alterazione del classico rapporto binario datore/lavoratore⁴⁶, a me pare, invece, che al mescolamento degli schemi giuridici rintracciabili nell'economia digitale⁴⁷ possa corrispondere il rischio di un'analogia indeterminatezza dal lato datoriale. Le ricerche condotte hanno, del resto, dimostrato come i modelli imprenditoriali presenti nella *digital economy* siano molto diversificati tra loro: ad esempio, si distingue un modello trilaterale, che si caratterizza per un rapporto a tre tra piattaforma, lavoratore e cliente, da un altro quadrilaterale, all'interno del quale s'inserisce un ulteriore soggetto imprenditoriale, con cui la piattaforma stringe rapporti commerciali. E ciò può registrarsi anche nell'ambito della stessa organizzazione: in uno dei casi più noti, quello di *Uber*, a volte gli autisti sono proprietari delle macchine e collaborano direttamente con la piattaforma, mentre, in altre ipotesi, quest'ultima intrattiene relazioni di natura commerciale con cooperative che assumono i conducenti in proprio⁴⁸. Risulta chiaro, allora, come rispondere alla domanda «*Who is an employer?*»⁴⁹ non sia sempre semplice, tanto più in ragione del fatto che il carattere transnazionale delle imprese, e delle piattaforme, rischia di accentuare, moltiplicandone il numero, la fluidità dei centri decisionali.

In tal senso, può essere utile richiamare quella dottrina⁵⁰ la quale suggerisce di applicare all'individuazione del datore di lavoro digitale un metodo di ricerca funzionale-tipologico, che, cioè, si basa sulla considerazione delle funzioni proprie di tale posizione. L'obiettivo, in altri termini, è quello di selezionare, tra le varie

⁴⁴ Sul quale, per tutti, E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, Giappichelli, 2018; E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Modena, Adapt University Press, 2019, ed ivi per ampia bibliografia sul tema.

⁴⁵ F. MALZANI, *Salute e sicurezza dei lavoratori della gig economy*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 52-53.

⁴⁶ Cfr. F. LUNARDON, *Le reti d'impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2018, pp. 378-379.

⁴⁷ In generale, P. TULLINI, *C'è lavoro sul web?*, in "Labor & Law Issue", 2015, vol. 1, n. 1, p. 2 ss.

⁴⁸ A. LOFFREDO, M. TUFO, *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, in "WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT – 405/2019", p. 8 ss.

⁴⁹ L. CORAZZA, O. RAZZOLINI, *Who is an Employer?*, in "WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT-110/2014".

⁵⁰ J. PRASSL, M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio; le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2017, p. 219 ss.; *amplius*, J. PRASSL, *The Concept of the Employer*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

prerogative tipicamente datoriali, almeno una funzione, esercitata dalla piattaforma, che consenta di attribuire a quest'ultima, se non altro parzialmente, detta qualità; qualità che potrebbe, tuttavia, risultare condivisa fra più entità soggettive, con riferimento a una serie di obblighi, a seconda dello specifico ruolo svolto nella vicenda negoziale.

La dottrina in questione individua cinque categorie di funzioni utili a valutare se sussista la figura del datore di lavoro, in modo da dare rilievo al ruolo della piattaforma che agisce come tale: «stipulare e risolvere il contratto di lavoro; ricevere la prestazione lavorativa; rendere possibile l'adempimento della prestazione e provvedere alla retribuzione; controllare e gestire l'organizzazione del lavoro; sopportare i rischi dell'attività d'impresa»⁵¹. Così, ad esempio, nel modello quadrilaterale che si ricordava poc'anzi, sono le società partner a detenere formalmente la prerogativa di scegliere chi assumere o licenziare; nondimeno, non è escluso che il potere economico esercitato dalla piattaforma possa condizionare, anche pesantemente, le vicende che riguardano il rapporto di lavoro. Invero, spesso il profilo del soggetto da assumere risulta individuato nel contratto commerciale tra impresa e piattaforma; del pari, se un lavoratore non rispetta i termini e le condizioni stabiliti nel medesimo contratto, ciò potrebbe ripercuotersi sulla conservazione del suo rapporto di lavoro. Inoltre, sebbene la prestazione possa essere ricevuta sia dalle società partner che dalle piattaforme, sono queste, in ultima analisi, a garantire la concreta possibilità di una retribuzione, dal momento che la rete dei clienti coincide con la loro. Pertanto, non sono peregrine le situazioni in cui funzioni, tipicamente datoriali, «possono risultare sostanzialmente condivise dalla piattaforma e dalle imprese della rete»⁵².

In proposito, pare interessante rilevare la convergenza di prospettiva che si realizza col diritto della sicurezza sul lavoro⁵³. E ciò su di un duplice piano.

Innanzitutto, la progressiva emancipazione della nozione di datore di lavoro per la sicurezza rispetto alla titolarità formale del rapporto, tramite il rilievo attribuito – in un'ottica al tempo stesso concorrente e prevalente – a una responsabilità di natura organizzativa, sposta, e concentra, l'attenzione sull'esercizio effettivo dei poteri, in particolare con riferimento a quelle prerogative decisionali e di spesa “selezionate” – si badi bene – non da un'operazione dottrinale, ma direttamente dal legislatore, in quanto ritenute rilevanti ai fini perseguiti. Prerogative con tutta evidenza attinenti non già al ruolo del datore di lavoro come parte formale del contratto, ma alla sua qualità di “organizzatore” nel

⁵¹ J. PRASSL, M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio*, cit., p. 223.

⁵² A. LOFFREDO, M. TUFO, *Lavoro e impresa digitale*, cit., p. 19.

⁵³ In generale, per l'analisi del rapporto fra lavoro digitale e sicurezza ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in “Rivista del diritto della sicurezza sociale”, 2018, p. 455 ss., cui adde P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2019, n. 1, I, p. 37 ss.; F. MALZANI, *Salute e sicurezza*, cit., p. 45 ss.; A. DELOGU, *Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2018, n. 2, I, p. 37 ss.

senso sopra specificato: e non è un caso se la dottrina richiamata poc'anzi, tra le funzioni datoriali principali, individui anche quella di «controllare e gestire l'organizzazione del lavoro».

La stessa dottrina poi afferma: «una concettualizzazione funzionale del datore di lavoro, quindi, comporta che l'identificazione del datore di lavoro non avviene più in forza di una relazione contrattuale, bensì sulla base dell'accento posto sull'esercizio di ciascuna funzione: sia da parte di una singola entità soggettiva [...], sia in situazioni in cui funzioni diverse possono essere esercitate da più di un *luogo di controllo*»⁵⁴. E, relativamente a quest'ultimo profilo, non posso non richiamare quanto già osservato a proposito delle situazioni di multidatorialità e codatorialità in senso atecnico conosciute dal diritto della sicurezza sul lavoro⁵⁵.

L'applicazione di un canone funzionale spiega altresì la distribuzione degli obblighi di sicurezza fra somministratore e utilizzatore nella somministrazione di lavoro, prescindendo la relazione di sicurezza, che la combinazione dell'art. 2, comma 1, lett. *a* e *b*, del d.lgs. n. 81/2008 viene a configurare fra lavoratore e datore di lavoro, non solo dalla presenza di un rapporto di lavoro subordinato, come accennato in precedenza, ma pure da quella di un vincolo negoziale *tout court*⁵⁶. E allora, ancora una volta, non è forse un caso che un'opinione abbia ipotizzato il ricorso, con alcuni adattamenti, proprio allo schema tipico della somministrazione per regolare i rapporti fra le parti coinvolte nel lavoro tramite piattaforma⁵⁷, almeno laddove il modello imprenditoriale utilizzato sia, per l'appunto, quello trilaterale.

In definitiva – e pur con la cautela più volte rimarcata – dal ragionamento che si è cercato qui di proporre paiono comunque emergere elementi di riflessione di un certo interesse anche nella prospettiva del diritto del lavoro complessivamente inteso, a ulteriore conferma – semmai ve ne fosse bisogno – del rilievo che, nel “sistema giuslavoristico”, ha ormai assunto il “microsistema della sicurezza sul lavoro”.

Abstract

Il saggio intende offrire una riflessione sul contributo che il “microsistema della sicurezza sul lavoro” può fornire al “sistema giuslavoristico” più generale, a partire dall'individuazione della figura del datore di lavoro e delle responsabilità che ad essa competono, anche utilizzando, quale terreno di verifica del possibile ricorso al principio funzionalistico – che con tanta evidenza emerge dalla normativa italiana in materia ai fini dell'attribuzione della qualifica datoriale – quello rappresentato dal lavoro tramite piattaforme digitali.

⁵⁴ J. PRASSL, M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio*, cit., p. 224, corsivo degli A.

⁵⁵ Cfr. *supra*, § 3.

⁵⁶ Volendo, *amplius*, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali*, cit., p. 111 ss.

⁵⁷ L. RATTI, *La somministrazione del lavoro come modello di disciplina del lavoro tramite piattaforma digitale*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro*, cit., p. 305 ss.; M. FAIOLI, *Gig economy e market design. Perché regolare il mercato del lavoro prestato mediante piattaforme digitali*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, Cedam, 2018, p. 195 ss.

The essay aims to provide with a reflection on the role played by the “occupational health and safety’s microsystem” in the more general “labour law system”, starting from the identification of the employer and his liabilities. To this end, the author addresses the topic represented by the digital labour platforms as a testbed for the possible application of the “functional principle” clearly envisaged by the Italian health and safety regulation to identify the employer.

Parole chiave

Salute e sicurezza, datore di lavoro, codatorialità, lavoratori digitali

Keywords

Health and safety, employer, co-liability, digital workers



Apuntes para la reconstrucción de un derecho del trabajo *insolente y sensible*. A propósito del concepto de trabajador subordinado

Francisco Trillo Párraga*

ÍNDICE: 1. Introducción. – 2. Evolución sociolaboral de los sujetos de la relación laboral: «empresario» y «trabajador». – 2.1. El concepto de «trabajador» en el ordenamiento jurídico-laboral español. – 3. La (positiva) impronta de la normativa sobre seguridad y salud en la reformulación del concepto de trabajador subordinado. – 3.1. Apuntes concretos para la reconstrucción de un Derecho del Trabajo *insolente y sensible*. – 4. Reflexiones finales tiempos del *coronavirus*.

1. *Introducción*

El concepto «trabajo» -también el de «trabajador»-, desde un punto de vista cultural, se presenta hoy vaciado casi por completo de significado y de valor. Aprisionado por un laberinto de pasiones económicas, políticas, sociales, sindicales, navega sin disimulo a la deriva de la fragmentación y de la precariedad. Nadie conoce hoy su facticidad, su materialidad, su relevancia social y/o económica. Ni las propias trabajadoras y trabajadores, de esta u otra parte del mundo, sabrían responder, con cierta seguridad, «qué es hoy el trabajo», «quiénes son ellas y ellos en los lugares de trabajo». Sus infinitas vestiduras, tan variadas como disímiles, relación social, factor de producción, coste económico, vehículo de acceso a cierto *status*, dan cabida indistintamente a explicaciones utópicas y distópicas.

En coherencia con lo apenas expresado, el texto que ahora se introduce no tratará de acomodar, definir, menos aún de explicar el trabajo, sino más modestamente señalar algunas ideas-fuerza para una posible reconstrucción del trabajo, y de su derecho, atravesada por la *insolencia* y la *sensibilidad* a través de la *revisitación* del concepto de «trabajador asalariado» desde la óptica de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla-La Mancha. FcoJose.Trillo@uclm.es

*Insolencia*¹ para enfrentar los desafíos y revertir las consecuencias derivadas del desfase existente entre los cambios operados en los sistemas de organización empresarial y una normativa laboral de corte esencialmente fordista. La denominada «empresa red» ha producido un alejamiento entre los sujetos de la relación laboral, al menos desde el punto de vista normativo-formal. Con ello, una suerte de (de)responsabilidad empresarial respecto a trabajadores que participan en un determinado proceso productivo, estando sometidos al poder de organización y control de uno o varios empresarios.²

Sensibilidad para integrar la persona del trabajador en los lugares de trabajo, haciendo prevalecer sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida e integridad física.³ Todo ello, a partir de reconocer los vínculos tuitivos entre empresario/s y trabajadores integrando las identidades empresariales y laborales que se vienen desarrollando desde la década de los años 90 del siglo XX en torno al fenómeno de la descentralización productiva.

Para llevar a cabo tal cometido, se ha decidido articular una estructura del siguiente tenor.

En primer lugar, se realizará un recorrido por la evolución del trabajo y de su derecho, el Derecho del Trabajo, dentro de las coordenadas españolas -en buena medida, también europeas- durante el período comprendido entre la década de los años 90 del siglo XX y *el Crack del año 8*.⁴ La progresiva entronización del espacio-empresa y del sujeto empresarial como referente cultural y social, no sólo económico, ha encontrado su reflejo normativo en la aceptación acrítica del *principio de flexibilidad laboral* que, como es sabido, impone a las trabajadoras y a los trabajadores una adaptación degradante de sus derechos laborales como alternativa al mantenimiento del empleo.

En segundo lugar, se procederá a analizar el concepto de «trabajador» desde una aproximación que señala al espacio empresa, y sus transformaciones, como la causa principal de sus variaciones, mutaciones e insatisfacciones actuales. Esto es,

¹ En un sentido muy similar al manifestado una década atrás por J. PÉREZ REY, *El empresario complejo y la necesidad de un derecho del trabajo insolente*, en R. GALLARDO MOYA y L. GAETA (Coordinadores), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2010, pp. 49-66.

² “La empresa ha dejado de ser el conjunto organizado, más o menos amplio, de elementos técnicos, patrimoniales, económicos y personales para la producción de bienes y servicios para el mercado y se ha convertido en un pequeño núcleo de elementos patrimoniales y económicos, dotado de una plantilla mínima, que establece relaciones mercantiles con otras organizaciones empresariales, que son las que aportan la mano de obra precisa para la realización de su actividad empresarial, sin que entra la empresa receptora de los servicios y los trabajadores de la contratista exista ningún vínculo contractual ni tampoco ningún tipo de responsabilidad de la comitente respecto de los trabajadores que les prestan servicios, en muchos casos, en sus propios centros de trabajo”. A. VICENTE PALACIO, *Cambios en la organización productiva, externalización y empresas multiservicios*, en A. CALVO CALMACHE, (Coord.), *Los nuevos retos del Derecho del Trabajo: “cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales”*, Barcelona, Huygens Editorial, 2018, pp. 54-55.

³ *Sensibilidad* que sí expresa el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, al menos a lo que se refiere a la anteposición de los tiempos personales y/o familiares de cuidados y salud a los tiempos de la producción empresarial (arts. 5 y 6, especialmente).

⁴ En el sentido dado por J.R. CAPELLA, *El Crack del año 8*, Madrid, Trotta, 2009.

sirviéndonos de una explicación muy general sobre la evolución de la figura del empresario, se examinarán las principales notas del trabajador como sujeto de una relación laboral transformada desde el punto de vista de la organización de la producción.

En último lugar, este trabajo finaliza con un recorrido sobre la impronta que la normativa de seguridad y salud laboral deja en la materia objeto de estudio. Esto es, cómo la normativa de seguridad y salud define al trabajador y, por tanto, también al empresario en términos de sujetos de derechos sometidos al cumplimiento de derechos y obligaciones, prescindiendo en no pocas ocasiones de la vigencia del vínculo contractual-laboral (reconocimientos médicos en determinadas actividades laborales especialmente peligrosas para la salud de los trabajadores) o de la existencia misma de éste (empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas).

Durante el arco temporal en el que se gesta este trabajo, a partir del 13 de febrero de 2020, fecha de la celebración del seminario hispano-italiano que llevaba por título *Revisitando el Derecho del Trabajo desde la óptica de la normativa de seguridad y salud laboral*, ha tenido -está teniendo- lugar un momento de excepcionalidad social, económica y jurídica con ocasión de la pandemia declarada por el COVID-19. Lo cual justifica, en última instancia, un apartado de reflexiones finales a propósito de esta situación.

2. *Evolución sociolaboral de los sujetos de la relación laboral: «empresario» y «trabajador»*

La crisis sistémica a la que asistimos desde el año 2008 ha impulsado la necesidad de indagar sobre la configuración de una sociedad que se dice fundamentada en las relaciones de producción capitalista. Esto es, en la consideración de que la sociedad se conforma por individuos que se insertan en grupos en función de la posición que ocupan en el sistema de producción capitalista. Posiciones que, como se sabe, autorizan una desigualdad social desde el momento en que la relación de trabajo por cuenta ajena aparece caracterizada por la subordinación del trabajador al empresario. Esta subordinación jurídica, también económica y social, se configura políticamente como contrapartida necesaria del sistema por el cual el trabajador accede a una serie de derechos individuales y colectivos que le otorgan el *status* de ciudadano.

Las posiciones identificadas tradicionalmente en las relaciones laborales aparecen, pues, ligadas al hecho de la propiedad y a su intercambio: la propiedad de los medios de producción y la propiedad de la fuerza de trabajo. De este modo, se ha dado acomodo a las categorías sociales del empresario y del trabajador, creando las condiciones para el establecimiento de un contrato social por el cual el empresario mantiene una posición dominante en la sociedad capitalista a cambio de garantizar la ciudadanía social de las personas trabajadoras.

Hoy, sin embargo, estas posiciones sociales no atienden exactamente a aquella distinción clásica entre propietarios de los medios de producción y propietarios de la fuerza de trabajo. Tampoco el intercambio que se deriva de ella.

Del lado del empresario, se asiste a la disolución de la noción clásica de empresa centrada en la reunión de tres elementos fundantes: *organización productiva autónoma*, *empresa empleadora* y *empresa como centro de decisión sobre un capital*.⁵ La ruptura de la identidad de estas tres manifestaciones de la noción de empresa ha introducido dosis altas de desestabilización del *corpus* normativo llamado Derecho del Trabajo que tiene por objetivo la canalización del conflicto social y la búsqueda del bienestar de las clases trabajadoras (*mayorías sociales*). Desbrocemos los factores de ruptura de los diversos elementos constitutivos de la noción de empresa.

La empresa, entendida como organización productiva autónoma, donde se materializa la reunión colectiva de trabajadores en torno a la producción de un mismo bien o servicio, aparece descompuesta en una pléyade de relaciones complejas entre distintos sujetos empresariales para la producción de un determinado bien o servicio. Dichas formas de organización compleja comparten una base común, el dilema entre producir en la empresa o contratar en el mercado determinadas fases de la producción. El presupuesto común de este dilema, el incremento del beneficio empresarial concentra la atención sobre los denominados *costes transaccionales*, dando paso a una relación entre beneficio empresarial y constante disminución del coste de una fuerza de trabajo igualmente descompuesta.⁶ Esta descomposición del lugar de trabajo, como se puede anticipar fácilmente, comporta fuertes consecuencias en la toma de conciencia de la solidaridad, organización y movilización de los trabajadores.

La empresa, centro de decisión sobre un capital, ha dejado de ser el paradigma mayoritario para, producto de la aparición del fenómeno del “empresario complejo”, dar paso a una pluralidad de centros decisionales sobre un capital que redimensionan, por lo demás, el carácter privado del capital. En efecto, la relación entre empresa y Estado, hoy, va más allá de los límites de intervención del último sobre la economía. Se asiste, pues, a una relación donde un determinado capital se conforma, promiscuamente, por lo público y lo privado. En este sentido, su vertiente más reprochable se detecta sin dificultad alguna en los numerosos escándalos de corrupción que ponen en relación los intereses públicos con los espacios privados, especialmente el espacio-empresa. Además, las relaciones complejas entre empresarios donde, de forma aleatoria, alguna de ellas ocupa una posición dominante respecto del resto de empresas aportan una dificultad añadida en relación con la presupuesta autonomía financiera empresarial.

Por su parte, la empresa empleadora ha asistido a fuertes convulsiones producto de la aparición de la figura de la empresa compleja, que encuentra su

⁵ J. FREYSSINET, *Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration?*, en “Revue de L'ires”, 47, 2005, p. 321.

⁶ R. COASE, *La naturaleza de la empresa. La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 33-49.

origen en la figura del empresario persona jurídica.⁷ A este respecto, la problemática se presenta en términos de representación y apoderamiento de los intereses empresariales en la figura de la persona del empleador con la cual el trabajador concluye un contrato de trabajo. Así, se asiste a una situación cada vez más generalizada donde el empleador con el que el trabajador estipula su contrato de trabajo no posee la capacidad de organización y dirección como consecuencia de las relaciones de dependencia financiera y organizativa que mantiene con otros u otros sujetos empresariales.

El alejamiento entre sí de estos tres elementos fundantes de la noción de empresa actúa de modo decisivo en la eficacia de su par antagónico identificado por el Derecho del Trabajo. Más allá de este hecho objetivo, el desajuste entre realidad social y normativa laboral es uno de los factores desencadenantes de la llamada precariedad laboral. La ruptura entre las nociones de *empresa capital*, *empresa empleadora* y *empresa centro autónomo de organización* de una determinada producción de bienes o servicios provoca en la práctica que las reglas del Derecho del Trabajo, diseñadas sobre la noción clásica de empresa y de empresario, se representen carentes de eficacia en el momento actual.

En el ámbito de la noción de trabajador, la insatisfacción del criterio jurídico dominante para la incardinación de aquél en una determinada posición social ha arrastrado consecuencias de gran calado en la eficacia de la tutela de la normativa laboral y en la entronización de la sociedad salarial.⁸ De este modo, se verifica una situación de fragmentación, dentro y fuera del concepto más formal de trabajador, tendente a la degradación de las condiciones de trabajo y vida de las personas que ocupan una posición en la sociedad donde su modo de integración pasa únicamente por el trabajo que prestan en régimen de subordinación. Así resulta muy familiar oír hablar de diversas categorías de trabajadores, por cuenta ajena con una relación común o especial; trabajadores autónomos dependientes económicamente; falsos autónomos.

El efecto inmediato de la precariedad laboral y vital se puede resumir en la ausencia de participación, representación e integración social de todos aquellos trabajadores que ven precarizados sus proyectos laborales y vitales. Esta ausencia de participación, representación e integración social conforma la voluntad del individuo afectado por tal panorama. Se trata, pues, de componentes de la sociedad que viven únicamente en el presente, donde se desprenden de su pasado y no se proyectan hacia el futuro, puesto que éste no presenta posibilidades de cambio. Dicho de otro modo, la precariedad laboral provoca un efecto de inmovilismo social y político vista una determinada representación del individuo de sí mismo en una sociedad muy distante de su materialidad laboral y vital.

⁷ G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, en "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 1998, p. 203.

⁸ W. SANGUINETTI RAYMOND, *La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?*, en "Tribuna Laboral", 40, 1996, p. 53.

2.1. *El concepto de «trabajador» en el ordenamiento jurídico-laboral español*

El concepto de trabajador por cuenta ajena está sometido, de forma más intensa en las últimas dos décadas, a fuerzas centrífugas de tal magnitud capaces de cuestionar la *vis atractiva* del Derecho del Trabajo. Se trata de un fenómeno que, si bien encuentra su origen principalmente en el sistema económico-empresarial, se proyecta de forma muy concreta -e intensa- en el ámbito político y jurídico. La intervención normativa sobre el concepto de trabajador ha conformado de forma larvada una hegemonía cultural donde el trabajo/trabajador asalariado aparece desposeído de valor, incluso negado.⁹

De este modo, en el momento actual se puede convenir si especiales dificultades que el sistema económico-empresarial, su enésima transformación hacia un modelo en esta ocasión de *uberización económica*, prefabrica un tipo de productor pretendidamente *libre* y *autónomo*. La gestión de la crisis económica-financiera en el ámbito sociolaboral parece converger en una reformulación de las relaciones de producción donde la libertad, la autonomía y la horizontalidad se quieren imponer forzando un éxodo desde el trabajo asalariado al trabajo autónomo.

Sin embargo, este fenómeno de *fuga* o *huida* del Derecho del Trabajo ya resultaba familiar con carácter previo a la irrupción de la *Gran Crisis* del año 8. Sucesivas intervenciones legislativas “sobre la calificación y configuración del salario habían dado lugar a que numerosas prestaciones de actividad quedasen fuera del ámbito protector del Derecho del Trabajo y en la mayoría de las ocasiones ajenas al sistema de Seguridad Social”¹⁰. La modificación del régimen de imputabilidad de la obligación salarial hacia terceros o, peor aún, hacia el propio trabajador habían arrojado auténticas amenazas aberrantes como las figuras, entre otras, del voluntario/a, colaboradora/a social, prestadores/as obligatorios en beneficio de la comunidad, becarios/as, o fenómenos como la rebaja salarial de perceptores de prestaciones. Fenómenos todos ellos que, en última instancia, hacen una llamada de atención sobre la insatisfactoria distinción entre trabajo remunerado y trabajo no remunerado que, como apenas se ha señalado, trasciende la histórica reivindicación sobre la necesidad de retribuir trabajos socialmente necesarios como los cuidados personales y/o familiares.

No obstante, conviene recordar, a modo de antídoto contra la frustración y la ansiedad que pudiera provocar estos fenómenos descritos de manera sucinta, que la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo ha sido

⁹ Hágase notar que los modelos de negocio basados en plataformas digitales se obstinan en negar la relación laboral con los trabajadores que desarrollan la prestación de trabajo en el seno de éstas. Entre otros, F. TRILLO PÁRRAGA, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en “Revista de Derecho Social”, n. 76, 2016, pp. 59-82.

¹⁰ M. RUÍZ CASTILLO, *El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del Derecho del Trabajo*, en “Revista de Derecho Social”, n. 30, 2005, pp. 11 ss.

históricamente problemática e insatisfactoria.¹¹ Es por ello, que todavía hoy no se ha logrado unificar el concepto del trabajador por cuenta ajena dando lugar a una panoplia de definiciones de trabajador según se trate de una u otra parcela del ordenamiento jurídico laboral (Seguridad Social/ Seguridad y salud laboral/ Derecho del Trabajo) o, incluso, de otras ramas como el Derecho Civil o, señaladamente en nuestro caso, el Derecho Penal.

De ahí, seguramente que las técnicas de las que se dota el ordenamiento jurídico para acotar la figura del trabajador asalariado no se agoten en su definición, sino que necesiten de la enumeración y de la exclusión. Modo técnico-jurídico que, en el caso particular del ordenamiento jurídico español, se remonta a la *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 y, por tanto, a la Ley republicana de 1931. Lo que vale decir, en esencia, que casi un siglo después la normativa laboral se enfrenta al reto de dotarse de técnicas jurídicas que respondan más adecuadamente a la delimitación del concepto de trabajador subordinado. Ello no quiere decir que el entero sistema normativo dispuesto para acotar el trabajo asalariado resulte fútil, inservible. Es más, los debates jurídicos que desde aquel entonces aparecen en la normativa, en las construcciones doctrinales y jurisprudenciales aparecen hoy, a nuestro modo de ver, cargados de vigencia.

Así, de forma destacada, debates como si la situación de empleo efectivo determina el concepto de trabajador se encuentran las construcciones doctrinales previas al Derecho del Trabajo democrático. A estos efectos, se ha de recordar que la obligación empresarial de contratar el Seguro de Accidentes desaparecía automáticamente, *ex lege*, con la interrupción de la prestación efectiva de trabajo.¹² Mientras que, por el contrario, en el trabajo agrícola el concepto de trabajador venía determinado por la “voluntad habitual de presencia en el mercado agrícola”.¹³

Más recientemente, los debates se han trasladado hacia el terreno de las notas esenciales de delimitación del trabajo subordinado: la *dependencia* y la *ajenidad*. Pese a que el sustrato que conforma la situación productiva y jurídica de la condición de trabajador no ha cambiado sustancialmente, los fenómenos de reformulación empresarial -*empresario complejo*, *Sociedad de la Información*- confunden artificiosamente aquella condición para atraerla a la esfera del trabajo autónomo¹⁴, dando lugar a un proceso de *estentóreo retorno del arrendamiento de servicios*.

Todo ello, en un contexto donde: i) se asiste a un proceso de “pérdida de autonomía y de incremento de la dependencia del trabajador autónomo”, que dificulta el reconocimiento de la integración del trabajador en una organización

¹¹ A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho individual del trabajo y en derecho de la Seguridad Social*, en “Revista de Política Social”, n. 71, 1966, pp. 71-85.

¹² A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho individual del trabajo*, cit, p. 75.

¹³ A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho individual del trabajo*, cit, p. 78.

¹⁴ J. LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 35 ss.

colectiva de trabajo diseñado por y para otros sujetos¹⁵; ii) se percibe un sensible incremento del margen de la libertad reconocida a las partes de la relación de trabajo en cuanto a la calificación como laboral o extralaboral del trabajo prestado¹⁶; iii) existe un proceso en curso de expulsión legislativa e institucional del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo derivado del fracaso del sistema económico-empresarial, incapaz de generar empleo, hacia territorios inhóspitos como el del trabajo autónomo o el del emprendedor.

3. La (positiva) impronta de la normativa sobre seguridad y salud en la reformulación del concepto de trabajador subordinado

Revistar el Derecho del Trabajo a la luz de la normativa sobre seguridad y salud de los trabajadores resulta extremadamente útil en el momento actual. Y ello, por dos motivos fundamentalmente.

El primero tiene que ver con la evolución de lo que se considera el *núcleo duro del Derecho del Trabajo*. O lo que es lo mismo, las intensas reformas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores, de la mano de las sucesivas y cíclicas crisis económicas, han determinado una normativa atravesada por la exacerbación del principio de «flexibilidad laboral», donde la seguridad para los trabajadores ha sido arrumbada. La búsqueda incesante por alumbrar una normativa que satisfaga exclusivamente las necesidades empresariales ha terminado por desvirtuar la función constitucional del Derecho del Trabajo en lo atinente a la protección física y psicológica de las personas trabajadoras.

El segundo motivo guarda relación directa con la normativa sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo que, aunque no exenta a los cambios neoliberales, ha mantenido casi incólume su finalidad de proteger eficazmente la seguridad y salud de las y los trabajadores, entronizando para ello el principio basilar de adaptación del trabajo a la persona trabajadora.

De este modo, esta última parcela del ordenamiento jurídico-laboral se contrapone rotundamente al núcleo duro del Derecho del Trabajo. Un choque de trenes, que expresa nítidamente la pugna política y jurídica de reconfiguración de nuestra disciplina.

3.1. Apuntes concretos para la reconstrucción de un Derecho del Trabajo insolente y sensible

El cómo la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo contribuye a una correcta y satisfactoria delimitación del concepto de trabajador asalariado y, por

¹⁵ A. SUPLOT y M^a E. CASAS BAAMONDE, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 49.

¹⁶ F. VALDÉS DAL-RE, *La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate*, en “Relaciones Laborales”, 1999-I, pp. 11-18.

tanto, a la reconstrucción de un Derecho del Trabajo *insolente y sensible*, discurre al menos por los siguientes ejes o ideas-fuerza:

- a) La noción de trabajador se define, a efectos de protección, a partir de la constatación de la participación, potencial o actuarial, de éste en el proceso productivo. Así, por ejemplo, derechos-obligaciones como la formación en materia de prevención de riesgos laborales o la vigilancia de la salud en determinadas situaciones mantienen su vigencia más allá de la del contrato de trabajo. A modo de ejemplos de lo señalado se encuentran en la experiencia española la creación, por vía de la autonomía colectiva, de la Tarjeta Profesional de la Construcción que informa entre otras materias la formación recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, así como aquélla que está por recibir. En el ámbito de la norma heterónoma, el art. 22.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales prevé literalmente que “En los supuestos en los que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos en los que reglamentariamente se determine”.
- b) El concepto de trabajador descrito en la normativa sobre salud y seguridad laboral da cuenta de las principales manifestaciones de aquellas organizaciones productivas con presencia de empresarios complejos y, como consecuencia, de la difuminación de la responsabilidad empresarial en la materia. De este modo, la normativa española, pero también europea, hace resulta muy expresiva de un concepto de trabajador que trasciende la formalización del vínculo jurídico laboral. De este modo, la Directiva 91/383/CEE contiene una declaración expresa sobre la especial exposición al riesgo de los trabajadores que se integran en una organización productiva que no es la del empresario con la cual se estipula el contrato de trabajo. Por ello, pese a que el trabajador no lo es tal respecto del empresario de la empresa usuaria, éste adquiere dicha condición a efectos de asegurar su derecho a gozar de un mismo nivel de protección de su seguridad y salud. Dicho de otro modo, el empresario de la empresa usuaria ha de cumplir las mismas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales tanto con los trabajadores con los que ha estipulado un contrato laboral como con los que no. La Ley 14/1994 y especialmente el RD 216/1999 resultan normativas que otorgan la noción de trabajador a efectos de la protección de su seguridad y salud a todos aquellos que se encuentren bajo la influencia del poder empresarial de organizar la producción. En el ámbito de los procesos de contratación y subcontratación, el trabajo realizado entre los años 2002 y 2003 por la Mesa de del Diálogo Social de 2002 y la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo dieron como resultado la introducción de la Ley 54/2003 por la que se introdujo el apartado 6 del artículo 24 Ley de Prevención de

Riesgos Laborales, donde se estableció de forma expresa la necesidad de desarrollar reglamentariamente las previsiones en materia de coordinación de actividades empresariales. De este modo, el RD 171/2004 dio acomodo a esta exigencia legal creando la distinción entre la figura del *empresario principal* y la del *titular del centro de trabajo*, introduciendo una responsabilidad solidaria del primero de cuantos incumplimientos en materia de salud laboral pudieran cometer los empresarios contratistas y subcontratistas, así como un deber de vigilancia y de coordinación de la segunda figura empresarial, acotado a todas aquellas obligaciones en las que la condición de titular del centro de trabajo pudiera incidir en la protección de los trabajadores del resto de empresas que tienen lugar en el espacio de aquél.

4. *Reflexiones finales en tiempos del coronavirus*

El cierre de este trabajo, dado el momento en el que se hace público, no puede ignorar la grave crisis sanitaria en la que nos hallamos. Por supuesto, las reflexiones que aquí se contienen quedan acotadas o referidas al ámbito de las relaciones laborales que, en las normativas de excepción que se están promulgando en el ordenamiento jurídico con ocasión del COVID-19, parecen reconocer sin ambages la centralidad del trabajo en sociedades como la española.

Las relaciones entre trabajo y ciudadanía, entre salud laboral y la salud pública, se reescriben en el momento presente con una fuerza y nitidez equivalente a la que llenó de contenido al Derecho del Trabajo durante el período del constitucionalismo social. La centralidad del trabajo en la determinación de las condiciones de vida de una entera sociedad resulta incuestionable. La crisis sanitaria actual permite asomarse y ver con nitidez la relación entre trabajo y ciudadanía que, aunque señalada reiteradamente por ciertos sectores políticos, económicos, sindicales y académicos, la derecha neoliberal se ha empeñado en invisibilizar y negar desde la década de los años 90 del siglo pasado.

Atajar la crisis sanitaria del COVID-19, es decir, el contagio masivo de personas y la saturación del sistema nacional de salud, exige concentrar toda la atención, antes que cualquier otro aspecto de las relaciones laborales, sobre la protección de la salud de las trabajadoras y trabajadores. Si no se atiende y protege inmediatamente el derecho a la seguridad y salud laboral, la salud pública quedará lo suficientemente desprotegida como para poner en cuestión el entero paquete de medidas sociales y económicas dispuestas por el Gobierno en el Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Además, de reducir las posibilidades de crecimiento exponencial del contagio.

Se trata, entonces, de intervenir sobre la protección de la salud de las personas en los lugares de trabajo como condición irrenunciable para la protección de los y las ciudadanas. Y ello, al menos, en dos planos muy concretos.

El primero de ellos tiene que ver con la protección de los y las trabajadoras en el trayecto habitual que éstos realizan desde sus domicilios hasta el lugar de trabajo, y viceversa (*accidente in itinere*). De modo tal que los empresarios, han de idear, con ayuda del poder público, sistemas alternativos de transporte que aseguren la protección eficaz de los trabajadores en estos desplazamientos frente al contagio del virus COVID-19, teniendo en cuenta las limitaciones que normativas como el RD 463/2020 han impuesto en relación con la movilidad de las personas en vehículos de motor. La casuística en este punto resulta muy variada, pero interesa destacar que la implantación de sistemas seguros de transporte no resultara posible, la única medida de prevención plausible habría de ser la interrupción de dicho desplazamiento, haya o no en la empresa la posibilidad de trabajar a distancia.

El segundo de ellos guarda relación con el derecho de los trabajadores a una protección eficaz de su seguridad y salud en el trabajo, también en tiempo del COVID-19. Ello comporta necesariamente, evaluar el riesgo (general) de contagio en los diferentes sectores económicos y empresas (art. 16 Ley de Prevención de Riesgos Laborales); adoptar las oportunas medidas de prevención, dando preferencia a aquellas de carácter colectivo frente a las individuales (art. 17.2 LPRL), informar y formar a los trabajadores (art. 18 y 19 LPRL), interrumpiendo la actividad en aquellos casos en los que el contagio del virus pudiera implicar un riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL). A este último respecto, cabe señalar que, a nuestro juicio, el contenido concreto del derecho a interrumpir la actividad laboral en casos de riesgo grave e inminente solo tendría lugar cuando los y las trabajadoras padecieran alguna afección que la interacción con el virus pudiera provocar un daño grave a su salud.

No se trata, pues, de intervenir sobre la libertad de empresa como único ariete de lucha contra la crisis sanitaria que se padece, limitando las actividades económicas que pueden operar en el mercado, sino fundamentalmente hacer cumplir una parte de la normativa laboral que, con demasiada frecuencia, se olvida y posterga ante el hecho económico. Con mucha probabilidad, la aplicación de la normativa sobre protección de riesgos laborales implicará la paralización de la mayoría de las actividades económicas que hoy todavía siguen funcionando y que no se refieren a aquellas básicas para gestionar la declaración del Estado de Alarma y, su principal medida, el confinamiento de los y las ciudadanas.

Es así únicamente como se daría realidad al lema de la Declaración del sindicalismo confederal: *Primero salvar vidas, después salvar puestos de trabajo*. Así y, con toda la precaución posible, invitando a reflexionar sobre el papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social al respecto que, a nuestro modo de ver, debería ir más allá de la presencialidad del centro de trabajo. Un acicate esencial en el desarrollo seguro de la labor de la ITSS se encuentra sin dudar en las tecnologías digitales que con tanta frecuencia tienen presencia en los lugares de trabajo. En esta ocasión, no tanto para controlar la actividad laboral de los trabajadores como el cumplimiento de las debidas medidas de prevención.

Esta reflexión final debe servir para hoy y para mañana. El derecho fundamental a la vida e integridad física y psicológica no puede supeditarse por más tiempo a los acontecimientos y exigencias de carácter económico-empresarial. Hoy, bajo la esperanza de que con ello se contribuya sensiblemente a poner un dique de contención al contagio del COVID-19. Lo que, a su vez, ayudaría a aliviar a los trabajadores de la sanidad pública. Mañana, porque esta crisis nos haya dejado la enseñanza colectiva de que la producción y el mercado han de subordinarse al disfrute pleno de derechos fundamentales como la vida.

En el ámbito del iuslaboralismo *pro-labour* ello implica desterrar la idea de que la normativa sobre seguridad y salud laboral es una suerte de prima segunda del Derecho del Trabajo que, aunque simpática, impracticable por mor de las necesidades del sistema económico-empresarial actual.

Abstract

La crisis sistémica a la que asistimos desde el año 2008 ha impulsado la necesidad de indagar sobre la configuración de una sociedad que se dice fundamentada en las relaciones de producción capitalista. Esto es, en la consideración de que la sociedad se conforma por individuos que se insertan en grupos en función de la posición que ocupan en el sistema de producción capitalista. Posiciones que, como se sabe, autorizan una desigualdad social desde el momento en que la relación de trabajo por cuenta ajena aparece caracterizada por la subordinación del trabajador al empresario. Esta subordinación jurídica, también económica y social, se configura políticamente como contrapartida necesaria del sistema por el cual el trabajador accede a una serie de derechos individuales y colectivos que le otorgan el status de ciudadano.

The systemic crisis we have witnessed since 2008 has driven the need to investigate the configuration of a society that is said to be based on capitalist production relations. That is, in the consideration of the company being composed of individuals who are inserted into groups depending on their position in the capitalist production system. Positions that, as we know, authorise social inequality from the moment when the employment relationship is characterized by the subordination of the worker to the employer. This legal subordination, also economic and social, is politically configured as a necessary counterpart to the system by which the worker accesses a series of individual and collective rights that grant him the status of citizen.

Palabras clave

Crisis sistémica, derecho del trabajo, derecho de la salud y seguridad laboral, empresario complejo, organización productiva, trabajador.

Keywords

Systemic crisis, labour law, health and occupational safety law, complex entrepreneur, productive organization, worker



La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela

Angelo Delogu*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: la vocazione universalistica della definizione di lavoratore contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 e le sue origini. – 1.2. (*segue*) La *ratio* e la funzione dell'ampia della definizione di lavoratore: la perdita di centralità del lavoro subordinato. – 2. Il campo applicativo e le tecniche di estensione della tutela prevenzionistica nella disciplina previgente al d.lgs. n. 81/2008. – 3. La limitazione dell'applicabilità dell'art. 2087 cod. civ. al lavoro subordinato. – 4. Il “salto di qualità” determinato dalla definizione di lavoratore contenuta nel d.lgs. n. 81/2008: il superamento dei tradizionali confini della disciplina lavoristica. – 5. La definizione di lavoratore quale definizione di natura sostanziale basata sull'effettivo inserimento all'interno di un contesto organizzativo altrui. – 6. L'ampliamento della platea dei soggetti equiparati. – 7. Il campo di applicazione soggettivo della disciplina del d.lgs. n. 81/2008 – 8. I limiti e la diversificazione delle tutele: la crisi del principio di universalità. – 9. Sicurezza sul lavoro e lavoro flessibile. – 10. Sicurezza sul lavoro e lavoro esternalizzato. – 11. Sicurezza sul lavoro e lavoro delocalizzato. – 11.1. Sicurezza sul lavoro e lavoro agile. – 12. Sicurezza sul lavoro e lavoro parasubordinato e autonomo. – 13. Le criticità dell'attuale assetto delle tutele in materia di salute e sicurezza di fronte ai cambiamenti del mondo del lavoro. – 14. Sicurezza sul lavoro e lavoro mediante piattaforma. – 15. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi: la vocazione universalistica della definizione di lavoratore contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 e le sue origini

La definizione di lavoratore ai fini della sicurezza sul lavoro, contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008, possiede una vocazione universalistica tale da poter essere, a ragione, ritenuta una previsione decisamente innovativa, capace di interloquire proficuamente con il diritto del lavoro generale, nel momento in cui si fa portatrice di un chiaro disegno preordinato al soddisfacimento di esigenze di tutela che da tempo trascendono il solo campo della tutela prevenzionistica e si materializzano – in parallelo con i mutamenti economici e produttivi che hanno rivoluzionato le forme e le modalità, materiali e giuridiche, con cui sono rese le prestazioni lavorative – anche in termini sistematici, in correlazione ai diversificati rapporti lavorativi che costellano un mercato del lavoro ormai sempre più plurale. Volendone ripercorrere le origini, non si può non

* Angelo Delogu, assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo e Caporedattore dell'Osservatorio “Olympus” per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro: <http://olympus.uniurb.it/>. angelo.delogu@uniurb.it

ricordare come l'art. 2, comma 1, lett. a), abbia dato puntuale attuazione ad uno specifico principio/criterio direttivo a sua volta già chiaramente prefissato nella legge delega, da cui è scaturito il d.lgs. n. 81/2008, ossia nell'art. 1, comma 2, lett. c), della l. n. 123/2007, laddove si prevedeva che il decreto delegato avrebbe dovuto condurre all'«applicazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro a tutti i lavoratori e lavoratrici, autonomi e subordinati, nonché ai soggetti ad essi equiparati»¹. Allo scopo di fornire concreta veste normativa a tale generale indicazione di principio, l'art. 2, comma 1, lett. a), ha previsto che per lavoratore ai fini della sicurezza debba intendersi la «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari». È stata dunque introdotta una definizione di lavoratore sconnessa sia dal requisito della soggezione del prestatore di lavoro al vincolo di subordinazione sia dal riconoscimento al medesimo di un compenso, e, financo, a ben guardare, dalla stessa esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro. Basti pensare agli studenti o ai tirocinanti, i quali, sebbene non eseguano una prestazione lavorativa, sono, in alcune ipotesi, parificati a tutti gli effetti ai lavoratori subordinati ai fini della salute e sicurezza sul lavoro (cfr. *infra*, par. 6). Tale definizione ha avuto anche il merito di attuare con maggiore aderenza nell'ordinamento interno la disciplina comunitaria, e, in particolare, la previsione contenuta nell'art. 3, lett. a), della direttiva-quadro europea (89/391 CEE), secondo cui per lavoratore deve intendersi «qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro»². Anzi, a ben guardare, il d.lgs. n. 81/2008 è andato persino oltre la stretta attuazione degli obblighi di fonte comunitaria, avendo accolto una nozione di lavoratore ancor più ampia e flessibile³.

1.2. (segue) *La ratio e la funzione dell'ampia della definizione di lavoratore: la perdita di centralità del lavoro subordinato*

In buona sostanza, la sensibile evoluzione in senso universalistico che ha innervato il d.lgs. n. 81/2008 – con una visione, che, con il “senno di oggi”,

¹ Si vd. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Quaderni di Olympus – 1, Pesaro, Esa, 2008, pp. 34-35; C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute e della sicurezza nel lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, Atti del Convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007), Roma, 2007, p. 43 ss.; L. FANTINI, *I componenti l'impresa familiare, i piccoli imprenditori, i lavoratori autonomi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 393.

² Sulla norma comunitaria si vd. anche S. BERTOCCO, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, t. 1, 2ª ed., in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, UTET, 2007, p. 981.

³ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., pp. 35-36.

potremmo anche definire “illuminata” – aveva con ogni evidenza la funzione di rispondere, già nel 2008, alle esigenze di tutela proprie della moderna organizzazione del lavoro, che continuano a porsi, anche e soprattutto, nel momento attuale⁴. Già allora, dunque, proprio in un campo tanto sensibile ai mutamenti dei bisogni di tutela, quale quello della salute e sicurezza sul lavoro, si era preso atto della centralità sempre minore rivestita dal lavoro subordinato, stante l'affacciarsi e il diffondersi sempre più marcato, nel mercato del lavoro e, prima ancora, nel tessuto economico produttivo, di forme di lavoro cd. atipico o flessibile e di tipologie di impresa, non più organizzate secondo il modello classico fordista, bensì secondo modelli meno strutturati o reticolari⁵. Proprio in virtù di tale moltiplicazione dei rapporti lavorativi, la dottrina lavoristica, in generale, aveva rilevato come non dovesse più parlarsi di un diritto del *lavoro*, bensì di un diritto *dei lavori*⁶, e, più in particolare, nella specifica materia della salute e sicurezza del lavoro, si era chiesta se proprio la definizione di lavoratore a fini prevenzionistici non fornisse «in realtà un ulteriore e significativo segnale in direzione di un ripensamento del collegamento tra il tradizionale apparato protettivo del diritto del lavoro ed il concetto di subordinazione»⁷.

2. Il campo applicativo e le tecniche di estensione della tutela prevenzionistica nella disciplina previgente al d.lgs. n. 81/2008

Per apprezzare meglio la portata “storica” del passaggio sin qui analizzato, è bene ricordare come la disciplina previgente al d.lgs. n. 81/2008 avesse assunto quale criterio base per l'individuazione del proprio ambito applicativo e di tutela proprio il riferimento al lavoro subordinato. Senza alterare tale criterio di fondo, che veniva a integrare una sorta di “regola aurea” in materia, ai fini dell'estensione

⁴ Sulla definizione di lavoratore e sul campo soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 81/2008 si v. M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., pp. 136-141; M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 48-52; C. TIMELLINI, *Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, UTET, 2009, pp. 40-47; A. ANTONUCCI, *Il campo di applicazione “oggettivo” e “soggettivo” della nuova normativa in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 2008, 2, pp. 441-460. Per i riflessi che la definizione può avere anche sull'estensione dell'obbligo generale di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ. vd. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 203-211.

⁵ Su molti dei temi affrontati in questo scritto sia consentito rinviare, per maggiori approfondimenti, a A. DELOGU, *Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionistiche nella gig economy e nell'industria 4.0*, in questa rivista, 2018, I, p. 62 ss.

⁶ Opinione ribadita di recente in G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 4 ss.

⁷ Cfr. P. PASCUCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 1/2011, p. 8. Sulla stessa linea si vedano anche le considerazioni di P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: l'ambito applicativo della nuova disciplina (art. 3, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81)*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, UTET, 2010, p. 105 ss. e part. 122 ss., pp. 122-123.

del perimetro applicativo della tutela, nel vigore della disciplina dei decreti degli anni '50, o si prendeva a riferimento una definizione di subordinazione più ampia rispetto a quella tradizionale oppure si individuavano categorie di lavoratori cd. equiparati al lavoratore subordinato ai fini della protezione⁸. In altri termini, per l'ampliamento dell'ambito applicativo della legislazione settoriale in materia di salute e sicurezza sul lavoro vennero seguite due tecniche parallele. Da un lato, si puntava sull'allargamento dei confini della categoria del lavoro subordinato⁹, onde ricomprendervi una serie di rapporti sempre più eterogenei. Il che, è inizialmente avvenuto prescindendo, ad esempio, dall'elemento della retribuzione e ritenendo sufficiente, ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo della tutela prevenzionale, il solo fatto che la prestazione di lavoro venisse resa alle dipendenze e sotto la direzione altrui, pur in assenza di un compenso¹⁰. Successivamente, con l'approvazione del d.lgs. n. 626/1994, venne superato anche il riferimento alla *direzione*, rimanendo in piedi solo quello alla *dipendenza*. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 626/1994, infatti, per lavoratore ai fini della sicurezza doveva intendersi la «persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari, con rapporto di lavoro subordinato anche speciale»¹¹. Tuttavia, in tale fase si eliminò, inavvertitamente, il frammento di norma che faceva salvo il carattere oneroso o meno della prestazione, il che condusse al paradosso di non ritenere applicabile al lavoro volontario la disciplina del d.lgs. n. 626/1994, ma solo quella della decretazione degli anni '50¹². Dall'altro lato, l'espansione dello spettro della tutela venne perseguita attraverso la diversa tecnica dell'equiparazione al rapporto di lavoro subordinato, a fini prevenzionali, di un'altra serie di rapporti, come, ad esempio, quello dei soci lavoratori di cooperative o società, etc. Da più parti, tuttavia, si lamentavano le criticità di queste impostazioni, poiché esse facevano sì

⁸ Cfr. in particolare gli artt. 1 e 3, commi 1 e 2, del d.P.R. n. 547/1955 o le norme analoghe contenute nel d.P.R. n. 303/1956. Sull'ambito applicativo di tale disciplina si vd. L. RIVA SANSEVERINO, *Il Lavoro nell'impresa*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XI-1, Torino, UTET, 1973, pp. 525-528.

⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2008, n. 25268.

¹⁰ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 35-36. Analogamente L. RIVA SANSEVERINO, *Il Lavoro nell'impresa*, cit., p. 528, fa riferimento al criterio estensivo della mancanza di retribuzione in denaro.

¹¹ Sui destinatari della tutela da parte del d.lgs. n. 626/994 si vd. M. LEPORÉ, G. PROIA, *Sicurezza e salute dei lavoratori* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, 1996, p. 2; R. ROMELI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 72 ss.; F. STOLFA, *L'ambito di applicazione soggettivo*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, UTET, Torino, 2007, pp. 105-119.

¹² Cfr. C. TIMELLINI, *Sicurezza sul lavoro* (voce), *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale. Aggiornamento*, Torino, UTET, 2003, p. 825. In precedenza, pur ammettendosi l'applicazione della disciplina speciale, era stato escluso che il lavoro a titolo di cortesia rientrasse nell'area di tutela dell'art. 2087 cod. civ., cfr. Cass. civ., 29 marzo 1993, in "Diritto e pratica del lavoro", 1993, p. 1467; Cass. civ., 7 gennaio 1986, n. 44, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1986, p. 24 (nonché, in "Diritto e pratica del lavoro", 1986, 1085). Cfr. G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, Utet, 1995, p. 38.

che molte tipologie di lavoro, nonostante la notevole importanza sociale che venivano acquisendo, restassero «in una sorta di limbo senza regole», creando evidenti disparità tra aree protette e «sotto-protette», come avveniva, in particolare, in relazione all'area del lavoro autonomo, del lavoro coordinato, del lavoro sommerso e dei cd. non lavori¹³. Del resto, la stessa Corte costituzionale aveva lanciato segnali verso l'estensione di tutela anche in favore di rapporti diversi dal rapporto di lavoro subordinato¹⁴.

3. La limitazione dell'applicabilità dell'art. 2087 cod. civ. al lavoro subordinato

Per garantire una tutela ai rapporti esclusi dal campo applicativo della disciplina speciale in materia di salute e sicurezza sul lavoro non ci si poteva neppure appellare all'obbligo generale di sicurezza previsto dall'art. 2087 cod. civ., poiché la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno sempre interpretato il riferimento al prestatore di lavoro contenuto nella norma del codice come corrispondente alla locuzione “prestatore di lavoro subordinato”, limitando la tutela ivi prevista all'interno della relativa categoria¹⁵. Di conseguenza, è stato escluso che l'area del lavoro autonomo puro¹⁶ e delle collaborazioni coordinate e continuative¹⁷ potesse rientrare nell'ambito di tutela della norma del codice. Tuttavia, una parte della dottrina – per alcuni versi già

¹³ L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2001, 4, pp. 521-525. Cfr., inoltre, L. FANTINI, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 2004, pp. 134-136. Sulle difficoltà applicative del previgente regime si vd. F. STOLFA, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 107 ss.; C. TIMELLINI, *Sicurezza sul lavoro* (voce), cit., p. 825. Rispetto ai problemi legati alla tutela della personalità morale al di fuori del lavoro subordinato, si vd. A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in M. PEDRAZZOLI, *Vessazioni e angosce sul lavoro: tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 65-66.

¹⁴ Cfr. Corte cost. 25 novembre 1987, n. 479, in “Giurisprudenza italiana”, 1988, I, 1, p. 1660; Corte cost. 14 marzo 1964, n. 21.

¹⁵ In dottrina cfr. E. GRAGNOLI, *La tutela della persona e delle condizioni di lavoro del prestatore di opere (art. 2087 c.c.)*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato*, cit., p. 30; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo*, cit., p. 174; R. ROMEI, *Il campo di*, cit., p. 75; A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale*, cit., pp. 64-65. In giurisprudenza si vd. Cass., sez. III, 7 aprile 1988, n. 2737, Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128, in “Guida al diritto”, 2013, 17, p. 71; e anche la recentissima Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, intervenuta sul caso dei c.d. *riders*. Vd. però Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 2004, n. 14875, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 2005, 6, con *nota* adesiva di A. PALLADINI, *La sicurezza del lavoro autonomo*, pp. 504-514.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 1995, n. 933, in “Giurisprudenza italiana”, 1995, I, 1, cc. 2075-2080, con *nota* di M. VENTURELLO.

¹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16 luglio 2001, n. 9614, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2002, II, pp. 488-513 con *nota* di V. PASQUARELLA, *L'art. 2087 cod. civ. e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: un connubio impossibile o difficile?*, (nonché, in “Notiziario di giurisprudenza del lavoro”, 2001, p. 722 ss.).

in passato¹⁸ e soprattutto più di recente¹⁹ – ha ritenuto che l'art. 2087 cod. civ. debba applicarsi a tutti i tipi di collaborazione in cui sia in gioco l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, indipendentemente dalla tipologia del contratto.

4. Il “salto di qualità” determinato dalla definizione di lavoratore contenuta nel d.lgs. n. 81/2008: il superamento dei tradizionali confini della disciplina lavoristica

Rispetto al quadro previgente, dunque, la definizione di lavoratore contenuta nel d.lgs. n. 81/2008, eliminando qualsiasi riferimento alla subordinazione, ha segnato, non solo, un importante salto di qualità, ma anche il superamento di talune incertezze applicative che erano sorte precedentemente²⁰. Come già accennato, l'attuale definizione di lavoratore ai fini della sicurezza, basandosi sulla perdita di centralità del lavoro dipendente, ha determinato il definitivo superamento dei confini tradizionali della disciplina lavoristica²¹, tanto da parlarsi di vocazione «omnicomprensiva del campo di applicazione della normativa antinfortunistica, che prescinde dalla qualificazione del rapporto di lavoro e che è collegata alla comune presenza dei lavoratori in uno specifico ambiente di lavoro»²². Anzi, come è stato correttamente rilevato²³, la disciplina del d.lgs. n. 81/2008 ha condotto non solo alla definitiva fuoriuscita dal mero ambito del lavoro subordinato, ma addirittura all'estensione della tutela verso vere e proprie ipotesi di inesistenza di un contratto di lavoro.

Pertanto, vengono ricompresi nel campo applicativo della tutela non solo i lavoratori subordinati (al di là delle tipologie contrattuali), ma anche i lavoratori che, pur non dipendenti del datore di lavoro, siano soggetti al suo potere direttivo (i somministrati), nonché coloro che abbiano stipulato un contratto di lavoro

¹⁸ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro*, cit., pp. 34-35 e L. RIVA SANSEVERINO, *Il Lavoro nell'impresa*, cit., p. 525 e G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 8.

¹⁹ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 39; P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., pp. 51-52 (qui p. 52). In senso analogo P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo*, cit., pp. 208-2011; A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale*, cit., pp. 66-65. M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 8. Vd. anche F. SANTONI, *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute*, cit., p. 225. Di recente si vd. C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in “Rivista del diritto della sicurezza sociale”, 2018, p. 461 ss., opinione già espressa in EAD., *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, p. 81 ss.

²⁰ Cfr. A. ANTONUCCI, N. GUARNIER *Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D. Lgs. n. 81/2008*, Milano, Ipsoa-Indicitalia, 2008, p. 21 e C. TIMELLINI, *Il campo*, cit., pp. 40-43.

²¹ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione*, cit., pp. 136-137; C. TIMELLINI, *Il campo*, cit., p. 40; R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2010, pp. 473-474.

²² L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, 17^a ed., Torino, Giappichelli, p. 373.

²³ Cfr., in questo senso, P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo e il computo dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 98.

autonomo purché la prestazione lavorativa, in quanto inserita nell'organizzazione datoriale, li esponga potenzialmente ai rischi conseguenti²⁴.

5. *La definizione del lavoratore quale definizione di natura sostanziale basata sull'effettivo inserimento all'interno di un contesto organizzativo altrui*

La svalutazione del riferimento alla tipologia contrattuale, al contempo, ha condotto all'accoglimento di una definizione di lavoratore a fini prevenzionistici di natura sostanziale e non più formale, basata sul criterio di effettività. Alla stregua di tale definizione, in effetti, l'elemento caratteristico del processo di individuazione della figura del lavoratore diviene il concreto inserimento dello stesso «nell'organizzazione del datore di lavoro» intesa in senso ampio²⁵. Pertanto, al pari di quanto avvenuto con altre definizioni (quali quella di datore di lavoro, dirigente o preposto), anche la definizione di lavoratore assume come suo fulcro non più la categoria della subordinazione bensì lo svolgimento di «un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato» (art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008). Del resto, se si scorrono le altre definizioni contenute nel medesimo art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, ci si rende conto che lo stesso «datore di lavoro» è definito come il soggetto che «ha la responsabilità dell'organizzazione» «nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività» (art. 2, lett. b) e, di conseguenza, l'azienda deve essere intesa come «il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato» (art. 2, lett. c)²⁶. Quindi l'aspetto organizzativo, che connota più in generale il d.lgs. n. 81/2008²⁷, emerge anche in tutta la sua chiarezza a partire proprio dalla definizione di lavoratore.

²⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, 11 aprile 2017, n. 18396, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. pen., sez. VII, 18 marzo 2016, in *www.olympus.uniurb.it*.

²⁵ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., pp. 36-37; C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione? Prime osservazioni dal punto di vista dell'obbligo datoriale di sicurezza*, in "I Working Papers di Olympus", n. 16/2012, pp. 7-8; D. VENTURI, *Il lavoratore: definizione e obblighi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., p. 371. Analogamente, V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del d.lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Utet, 2015, p. 492; C. TIMELLINI, *Il campo*, cit., p. 44; R. ACQUAROLI, *Commento sub art. 2*, in G. INSOLERA (a cura di), *III. Norme Penali e processuali*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*. Commentario, vol. III, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 15-17; S.A. CODELLA, *Le definizioni (art. 2, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81)*, in R. PESSI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Torino, Utet, 2011, pp. 1202-1203.

²⁶ I corsivi sono miei.

²⁷ Tra gli altri cfr. M. LEPORE, *La nuova normativa: dalla prevenzione tecnologica alla sicurezza di tipo organizzativo*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., p. 49 ss.

6. L'ampliamento della platea dei soggetti equiparati

Nella medesima logica di estensione dell'ambito di tutela, il d.lgs. n. 81/2008 ha provveduto inoltre a dilatare l'elenco dei soggetti equiparati al lavoratore ai fini della sicurezza (individuato alla stregua della definizione sin qui analizzata). Rispetto all'omologa norma contenuta nel d.lgs. n. 626/1994, infatti, nell'elenco delineato nell'art. 2, comma 1, lett. *a*, seconda parte, del d.lgs. n. 81/2008, sono stati aggiunti una serie di soggetti (quali l'associato in partecipazione, il beneficiario di tirocini formativi, i volontari, etc.) in precedenza non contemplati²⁸. Pertanto, attualmente sono considerati soggetti equiparati al lavoratore ai fini della sicurezza il socio lavoratore di cooperativa²⁹ o di società; il tirocinante³⁰; l'allievo degli istituti d'istruzione e universitari e il partecipante a corsi di formazione nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature, o agenti chimici, fisici e biologici; i volontari dei Vigili del Fuoco e della Protezione Civile; i Lavoratori Socialmente Utili (LSU)³¹. Fatti salvi eventuali contratti ancora in essere, invece, il riferimento all'associato in partecipazione (pur ancora formalmente contenuto nell'art. 2, comma 1, lett. *a*), ha perso di rilievo, stante l'abrogazione della relativa figura contrattuale ad opera dell'art. 53 del d.lgs. n. 81/2015. Tra gli equiparati vanno, invece, annoverati anche gli studenti coinvolti in percorsi di alternanza scuola-lavoro ai sensi della l. n. 107/2015 (c.d. buona scuola), ai quali peraltro deve essere assicurata un'attività formativa in materia sicurezza svolta dalle stesse scuole (art. 1, comma 38, della l. n. 107/2015)³². Ad ogni modo, il procedimento di equiparazione, se era giustificato in passato, stante il riferimento, nella previgente definizione di lavoratore, al solo lavoro subordinato, oggi appare per alcuni versi superfluo, poiché molti dei soggetti elencati nel secondo periodo dell'art. 2, comma 1, lett. *a*, potrebbero già

²⁸ Cfr. D. VENTURI, *Lavoratore: definizione e obblighi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., pp. 373-375.

²⁹ Cfr. già art. 2, della l. n. 142/2001.

³⁰ Cfr. P. PASCUCCI, *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, 2008. Dopo l'emanazione dell'art. 1, commi 34-36, della l. n. 92/2012, il riferimento normativo della maggior parte dei tirocini (esclusi quelli "curricolari") deve essere attualizzato riconducendolo alle Linee guida di cui all'accordo Stato-Regioni del 25 maggio 2017, ed alle altre disposizioni attuative in materia. Sul punto, cfr. anche i chiarimenti forniti nella risposta a Interpello 2 maggio 2013, n. 1.

³¹ La figura del Lavoratore socialmente utile non è scomparsa dall'ordinamento, perché, pur essendo stato abrogato il d.lgs. n. 468/1997, che ne dettava la disciplina originaria, rimane disciplinata dall'art. 26, commi 1 ss., del d.lgs. n. 150/2015. Va segnalato che secondo una certa giurisprudenza (cfr. Cass. civ., sez. lav., 5 febbraio 2013, n. 2605, in www.olympos.uniurb.it) l'infortunio di un LSU non darebbe luogo a responsabilità contrattuale ex art. 2087 cod. civ., potendosi ammettere esclusivamente la configurazione di una responsabilità "extracontrattuale".

³² Su questa materia è anche intervenuto l'art. 5, del decreto interministeriale del 3 novembre 2017, n. 195, che ha dettato una particolare regolamentazione della "Salute e sicurezza" nell'ambito dell'alternanza scuola - lavoro (cfr. risposta Interpello 24 giugno 2018, n. 4). È tuttavia, discutibile che una fonte secondaria, quale il decreto interministeriale, possa derogare ad una normativa di rango primario come il d.lgs. n. 81/2008.

benissimo rientrare nell'ampia definizione di lavoratore dettata nel primo periodo della medesima norma³³.

7. *Il campo di applicazione soggettivo della disciplina del d.lgs. n. 81/2008*

L'individuazione dei lavoratori, sulla base della relativa definizione, rappresenta, a sua volta, il presupposto essenziale per l'applicazione degli obblighi e delle tutele stabiliti dal d.lgs. n. 81/2008. Del resto, l'ampiezza che connota la definizione di lavoratore pare confermata se si ha riguardo alla delimitazione del cd. ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 81/2008. Invero, in base all'art. 3, comma 4, il d.lgs. n. 81/2008 «si applica a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati»³⁴. L'unica discutibile esclusione rimane quella del lavoro domestico, poiché il legislatore del 2008, recependo pedissequamente la direttiva europea, non ha accolto, invece, le sollecitazioni estensive che venivano da più parti. Peraltro, abrogando la previgente regolazione il legislatore ha – in contrasto con la delega – abbassato il livello di tutela, sebbene nella disciplina del contratto di lavoro domestico sia previsto un obbligo di protezione dell'integrità fisica e della libertà morale del lavoratore³⁵.

8. *I limiti e la diversificazione delle tutele: la crisi del principio di universalità*

Senonché, a fronte dell'ampia definizione (che sarebbe in grado di ricomprendere agevolmente qualsiasi forma di lavoro, comunque prestato o inserito all'interno di ogni forma di organizzazione dell'attività lavorativa), il d.lgs. n. 81/2008 prevede delle ampie limitazioni. Se è pur vero che, in linea generale, il fondamentale principio di «universalità della tutela» in materia di salute e sicurezza accolto dal d.lgs. n. 81/2008 non è necessariamente contraddetto o sminuito dalla scelta fatta propria dal medesimo decreto di «graduare l'intensità della tutela selezionando le norme applicabili ai vari tipi di rapporto»³⁶, è anche vero che l'eccessiva enfasi sull'estensione del campo applicativo³⁷, appare fortemente ridimensionata dalle numerose e ampie eccezioni stabilite nei commi dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2008 successivi al primo. In altri termini, il principio di universalità cui è ispirata la definizione di lavoratore è in buona parte messo in crisi sul versante

³³ Cfr. A. ANTONUCCI, N. GUARNIER, *Il campo di applicazione*, cit., p. 22, che parlano di punto di debolezza.

³⁴ Cfr. P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., p. 34.

³⁵ Cfr. art. 6 della l. n. 339/1958.

³⁶ O. BONARDI, Commento *sub* art. 3, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi Comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*. Commentario, vol. I, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 59 ss., qui p. 64.

³⁷ Cfr. C. TIMELLINI, *Il campo*, cit., p. 45.

della diversificazione delle discipline applicabili alle varie tipologie di rapporti di lavoro.

9. Sicurezza sul lavoro e lavoro flessibile

Il d.lgs. n. 81/2008 non prevede specifiche misure di protezione per le tipologie contrattuali flessibili, limitandosi ad estendere a simili contratti, in alcuni casi anche in maniera parziale, le tutele previste per il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato³⁸. Si conservano esclusivamente delle norme sparse nelle singole discipline speciali dei vari contratti. Si pensi ad esempio alle ipotesi – oggi trasposte nel d.lgs. n. 81/2015³⁹ – di divieto di accesso a simili tipologie contrattuali (intermittente, a termine, somministrato, artt. 14, 20 e 32, del d.lgs. n. 81/2015)⁴⁰ per i datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi. La violazione del divieto comporta, come sanzione civile indiretta, la conversione del rapporto di lavoro flessibile in un rapporto a tempo pieno e indeterminato⁴¹. Ne emerge un quadro fortemente frammentato e, dunque, inadeguato a rispondere alle particolari esigenze di tutela di tali forme di lavoro⁴². Per porre parziale riparo a questa lacuna può forse ricorrersi all'applicazione della norma di chiusura contenuta nell'art. 2087 cod. civ. che impone di adottare misure preventive adeguate alle particolarità del lavoro, formula da intendersi, a mio avviso, anche come modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. Parimenti, si può valorizzare la necessità di includere nella valutazione dei rischi quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione lavorativa (ex art. 28 del d.lgs. n. 81/2008).

10. Sicurezza sul lavoro e lavoro esternalizzato

In tutte le forme di lavoro che potremmo definire esternalizzato, gli obblighi di sicurezza vengono modulati in maniera differente a seconda della distribuzione dei poteri organizzativi sulla prestazione lavorativa riconosciuti ai vari soggetti

³⁸ Cfr. M. LAI, *Flessibilità e sicurezza*, cit., p. 176.

³⁹ Sulle novità in tema di sicurezza contenute nel d.lgs. n. 81/2015 si vd. C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, in "I Working Papers di Olympus", n. 41/2015.

⁴⁰ Intermittente, a termine, somministrato, artt. 14, 20 e 32, del d.lgs. n. 81/2015.

⁴¹ Cfr. Trib. Perugia, 3 ottobre 2019, n. 231, in *DeJure* (sul contratto di lavoro intermittente); App. Roma, 11 ottobre 2018, n. 3643, Trib. Forlì, 31 gennaio 2018 (secondo cui la conversione discende dalla mancanza di data certa del documento di valutazione dei rischi o dalla sottoscrizione di tutti i soggetti previsti *ex lege*, cfr. artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81/2008); App. Roma, 7 luglio 2017, n. 3655, in *DeJure*. In merito alla ripartizione degli oneri probatori v. Cass. civ., sez. lav., 24 giugno 2019, n. 16835, *ivi*.

⁴² Cfr. M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, cit., p. 137.

coinvolti nei singoli rapporti giuridici. Sia nella somministrazione che nel distacco⁴³ (*ex art. 30 del d.lgs. n. 276/2003*) si ha una “scissione” del debito preventivo in senso speculare alla scissione del rapporto, benché la quota maggioritaria – o totalitaria, nel caso di un comando disposto nel settore pubblico – sia assegnata ai titolari del potere organizzativo (utilizzatore, distaccatario o amministrazione ospitante, *cfr. art. 3, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 81/2008 e artt. 33 e 35, del d.lgs. n. 81/2015*)⁴⁴. Poiché tale ripartizione degli obblighi, unitamente alla parificazione dei lavoratori somministrati ai dipendenti dell'utilizzatore, sono ritenuti incoerenti col ruolo e la professionalità delle agenzie, nonché con i vincoli comunitari in materia, si sono proposti vari rimedi interpretativi tesi ad estendere gli obblighi e le responsabilità del somministratore⁴⁵. In materia di appalto, subappalto, somministrazione di cose e contratto d'opera, invece, si applica l'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 che impone al datore di lavoro committente una serie di obblighi, i quali mirano sostanzialmente ad eliminare o ridurre al minimo, attraverso l'imposizione di doveri di cooperazione e coordinamento, i cd. rischi interferenziali, intesi quali rischi aggiuntivi che derivano dalla sovrapposizione nel medesimo contesto operativo di due distinte organizzazioni imprenditoriali o dell'inserimento di un lavoratore autonomo nell'organizzazione altrui, che vengono valutati mediante l'elaborazione di un unico documento di valutazione (DUVRI), che si aggiunge al consueto documento di valutazione dei rischi di ciascuna impresa (DVR)⁴⁶. Tale norma, a differenza della norma previgente che era strettamente limitata ai soli lavori interni o *interaziendali*⁴⁷, si estende a comprendere parzialmente alcuni lavori *extra aziendali*, poiché si applica a lavori collegati funzionalmente al ciclo produttivo che si svolgono, tuttavia, in luoghi di cui il committente «abbia la disponibilità giuridica»⁴⁸. Al di fuori del campo applicativo dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 può ipotizzarsi la parziale conferma, o il parziale riemergere, di quei principi elaborati dalla giurisprudenza prima dell'introduzione

⁴³ Cfr. M.D. FERRARA, *La tutela dei lavoratori somministrati: responsabilità ed obblighi in materia di salute e sicurezza*, in questa rivista, 2018, 1, p. 18 ss.; C. BIZZARRO, *La somministrazione di lavoro e il distacco*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., p. 318. Pret. Brescia, 12 maggio 1998, in “Rivista critica di diritto del lavoro”, 1998, p. 696; Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2010, n. 215, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2010, II, p. 621, *nota* M. VINCIERI.

⁴⁴ In precedenza, gli obblighi di sicurezza connessi alla somministrazione erano disciplinati dagli artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁵ Cfr. P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo e il computo dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, p. 104.

⁴⁶ Sulla norma si vd. J. TSCHÖLL, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico*, cit., pp. 295-310; M. LAI, *La sicurezza del Lavoro negli appalti*, in “Rivista degli infortuni e delle malattie professionali”, 2011, 1, pp. 43-59; O. BONARDI, *La sicurezza del lavoro nel sistema degli appalti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 829-894.

⁴⁷ Art. 7 del d.lgs. n. 626/1994. Su cui vd. A. VALLEBONA, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute*, cit., p. 204 ss., qui p. 216. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 39388, in “Igiene e sicurezza del lavoro”, 2006, 2, p. 117.

⁴⁸ Per disponibilità giuridica dovrà intendersi evidentemente un qualsiasi titolo giuridico che giustifichi il controllo di un luogo, come, ad esempio, la proprietà, la locazione, il comodato, il possesso, etc.

di una disciplina speciale in materia di salute e sicurezza, e appunto volti a colmare le lacune legislative del periodo *ante* '94⁴⁹. Disciplina analoga, ma per certi versi più stringente, in termini di soggetti coinvolti, ripartizione degli obblighi e adempimenti documentali imposti, è prevista anche nel caso in cui si operi nel contesto di un cantiere temporaneo o mobile, ai quali si applica il Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008⁵⁰. Si tratta di regole che portano a disegnare un vero e proprio sistema contrassegnato da una certa complessità, per l'intervento di numerosi e particolari attori della sicurezza, tra cui non solo i committenti e le imprese affidatarie ed esecutrici, ma anche i lavoratori autonomi (artt. 89, lett. *d*) e 94, del d.lgs. n. 81/2008).

11. Sicurezza sul lavoro e lavoro delocalizzato

Con l'espressione lavoro delocalizzato intendo riferirmi al lavoro a domicilio e al telelavoro e, più di recente, anche allo *smart working*. Per i lavoratori a domicilio, superando iniziali perplessità, si prevede⁵¹ che, ferme le previsioni della l. n. 877/1973, trovano applicazione gli obblighi di informazione e formazione, e quelle in materia di dispositivi di protezione individuale e che, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature, esse devono essere conformi al Titolo III del d.lgs. n. 81/2008. Per il telelavoro è prevista un'articolata disciplina, e in particolare si stabilisce, indipendentemente dall'ambito della prestazione, l'applicazione delle disposizioni sulle attrezzature munite di videoterminale (Titolo VII del d.lgs. n. 81/2008)⁵².

11.1. Sicurezza sul lavoro e lavoro agile

In materia di lavoro agile (o *smart working*), l'art. 22, comma 1, della l. n. 81/2017 si limita a prevedere la consegna al lavoratore di un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, che, tuttavia, non è integralmente sostitutiva dei generali obblighi preventivi che gravano in capo al datore di lavoro (come invece sembrerebbe emergere dal mero dato letterale della

⁴⁹ La materia è stata per lungo tempo sostanzialmente non regolata, tuttavia, la giurisprudenza aveva già provveduto ad estendere obblighi di tal genere nei confronti dei committenti, cfr. Cass. civ., sez. lav., 28 ottobre 2009, n. 22818, con *nota* di F. COSTA, *Sicurezza del lavoro e responsabilità del committente*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, 4, pp. 256-262.

⁵⁰ Cfr. S. CHERUBINI, *Il Titolo IV del D.lgs. 81/2008 sulla sicurezza nei luoghi di lavoro. Profili generali*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 447-452; G. RAPUANO, *La novità in tema di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, 2008, cit., pp. 533-544.

⁵¹ Con il d.lgs. n. 106/2009.

⁵² Cfr. art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.

norma), e va intesa come obbligo aggiuntivo, che si affianca ai generali obblighi di sicurezza⁵³. Se per la porzione di prestazione svolta dal lavoratore agile all'interno dell'azienda si applica integralmente il d.lgs. n. 81/2008, trattandosi di una normale prestazione di lavoro subordinato, per la porzione di prestazione esterna – qualora ne dovessero ricorrere i presupposti – potrebbero applicarsi i minori obblighi previsti per il datore di lavoro nel telelavoro o nel lavoro a domicilio (art. 3, commi 9 e 10)⁵⁴. Tuttavia, stanti le differenze che ricorrono tra lavoro agile e lavoro continuativo a distanza, è più ragionevole ritenere che alla porzione di prestazione esterna si applichino tutti gli obblighi di salute e sicurezza che siano compatibili con le particolari modalità spazio-temporali di esecuzione della prestazione (quali la valutazione dei rischi, l'informazione e la formazione, la sorveglianza sanitaria), fermi gli obblighi del datore di lavoro in materia di attrezzature, strumentazioni consegnate al lavoratore agile (*ex art. 20, comma 2, della l. n. 81/2017*) e l'obbligo di cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione imposto a quest'ultimo (art. 22, comma 2, della l. n. 81/2017). In base al noto principio di effettività, che caratterizza l'intera materia della sicurezza, gli obblighi e le responsabilità del datore di lavoro in relazione alle porzioni di prestazione di lavoro esterne, dovrebbero essere tanto più ampi quanto più ampi saranno i poteri, in particolare disciplinare e di controllo, che il datore di lavoro si riserverà nel patto individuale di lavoro agile (*ex art. 21 della l. n. 81/2017*). E tuttavia ci si potrebbe domandare⁵⁵ se tale patto individuale possa introdurre deroghe rispetto a norme di legge sicuramente inderogabili, quali quelle dettate in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

12. Sicurezza sul lavoro e lavoro parasubordinato e autonomo

Tra le più evidenti eccezioni contemplate dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2008, colpiscono quelle in materia di lavoro parasubordinato e lavoro autonomo. Ai sensi dell'art. 3, comma 7, in effetti, la disciplina del d.lgs. n. 81/2008 si applica ai

⁵³ Su questi temi sia consentito cfr. A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale – Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” Collective Volumes - 6/2017”, pp. 108-124; altresì in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale – Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018, pp. 133-152 e P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, cit., p. 68 ss.

⁵⁴ Così quella parte della dottrina che ritiene che il lavoro agile sia una *species* del *genus* telelavoro, cfr. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in questa rivista, 1, 2017, I, p. 2 ss. e M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 335/2017”, p. 9 (nt. 26), p. 17 ss.; A. ALLAMPRESE-F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2017, 316 secondo cui lavoro agile e telelavoro pur non coincidendo perfettamente rientrano nella più ampia categoria del lavoro a distanza.

⁵⁵ Sul punto cfr. P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro...e sulle recenti norme su rider & co.*, in questa rivista, 1, 2019, I, p. 44.

collaboratori coordinati e continuativi *ex art.* 409, 1° comma, n. 3, cod. proc. civ.⁵⁶, in precedenza esclusi dalla tutela⁵⁷, solo nel caso in cui «la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente»⁵⁸. La piena estensione della disciplina in materia di salute e sicurezza, pertanto, si ha esclusivamente qualora la prestazione del collaboratore si svolga all'interno dei locali aziendali, mentre non è garantita alcuna tutela per i lavoratori coordinati esterni, cui si applica semmai la scarsa disciplina prevista per il lavoro autonomo non coordinato (su cui v. *infra*). Il d.lgs. n. 81/2008 ha confermato, dunque, la forte differenziazione, già in passato ritenuta di dubbia legittimità costituzionale, tra collaboratori interni ed esterni⁵⁹, lasciando peraltro aperto il problema dell'inquadramento dei cd. collaboratori misti⁶⁰. Peraltro, per quanto sia giustificabile una maggiore tutela dei collaboratori interni, tuttavia, la pura estensione nei loro confronti delle norme di sicurezza tarate sul lavoro subordinato, non tiene conto delle specifiche esigenze prevenzionali di questa particolare ipotesi contrattuale, e potrebbe comportare anche una serie di difficoltà applicative⁶¹, si pensi solo alla partecipazione dei collaboratori all'elezione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza⁶², o alla difficoltà di imporre loro gli obblighi dei lavoratori subordinati (di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008), in assenza di soggezione ai poteri datoriali, a partire dal potere disciplinare. Ai lavoratori autonomi *ex art.* 2222 cod. civ., invece, si applicano gli artt. 21 e 26 del d.lgs. n. 81/2008 (art. 3, comma 11, del decreto). Nonostante il mancato richiamo, occorre chiarire che a tali soggetti si applicano anche le disposizioni dettate in materia di cantieri temporanei e mobili. Quindi, ai lavoratori autonomi che compiono opere o servizi nei locali controllati dal committente o nei cantieri si applicano rispettivamente l'art. 26 e il Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008. Mentre per i lavoratori autonomi “esterni”, che operano al di fuori di tali contesti organizzativi,

⁵⁶ Come oggi intesi in virtù della nozione di coordinamento dettata dall'art. 15 della l. n. 81/2017.

⁵⁷ La tutela era stata già prevista dall'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 273/2003 in relazione all'ormai abrogato lavoro a progetto, ma tale norma, tuttavia, non si applicava alle collaborazioni coordinate e continuative. Cfr. O. BONARDI, Commento *sub art.* 3, cit., p. 65.

⁵⁸ Cfr. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo*, cit., p. 205; G. BUBOLA, A. CORVINO, *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., pp. 399-407.

⁵⁹ Cfr. criticamente P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., p. 50 ss. Altresì P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009*, cit., p. 9; V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo*, cit., pp. 504-505.

⁶⁰ Cfr. P. CAMPANELLA, *La riforma...l'ambito applicativo...*, cit., pp. 137-139; C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione?*, cit., p. 9, nota 40; G. BUBOLA, A. CORVINO, *I collaboratori coordinati*, cit., p. 404.

⁶¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., p. 48 ss.; C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela*, cit., p. 45 ss., in part. pp. 47-48; M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione*, cit., p. 137.

⁶² Cfr. Trib. Roma, 2 ottobre 2017, in *DeJure*, che pur eludendo il problema, afferma che l'elezione di un collaboratore a progetto come Rls costituisca un mero indizio non determinante ai fini del riconoscimento del vincolo di subordinazione. In dottrina vd. G. BUBOLA, A. CORVINO, *I collaboratori coordinati*, cit., p. 404.

L'art. 21 si limita a prevedere un doppio livello di autotutela⁶³. La prima parte della norma, attiene alla dimensione auto organizzativa del lavoro in proprio, e prevede alcuni obblighi di autoprotezione, che impongono al lavoratore autonomo stesso l'utilizzazione di attrezzature di lavoro, la dotazione e l'utilizzazione di dispositivi di protezione individuale in conformità a quanto stabilito dal d.lgs. n. 81/2008 (art. 21, 1° comma)⁶⁴. La seconda parte della norma si collega al possibile inserimento del prestatore d'opera all'interno di un contesto organizzativo altrui⁶⁵ e concede al lavoratore autonomo la facoltà di beneficiare della sorveglianza sanitaria e di partecipare a corsi di formazione (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁶, con oneri a suo esclusivo carico. Pertanto, tali norme se, da un lato, non parificano l'area del lavoro autonomo e quella del lavoro subordinato, in considerazione delle sensibili differenze tra le modalità di svolgimento delle prestazioni⁶⁷, dall'altro lato, però, non prevedono neppure delle tutele adeguate e differenziate per tali tipologie di lavoro⁶⁸. In particolare, esse non tengono in nessun conto possibili indici di debolezza o dipendenza economica del lavoratore autonomo, considerandolo *ex art. 26* alla stregua di un'impresa appaltatrice. La dipendenza economica, invero, viene presa specificamente in considerazione solo ai fini del computo dei lavoratori rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza, poiché in tal caso i lavoratori autonomi e parasubordinati vengono in rilievo laddove la loro attività sia svolta in forma esclusiva a favore del committente (art. 4, comma 1, lett. *ì*) e *l*), del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁹. Allo stesso modo le norme del d.lgs. n. 81/2008 parificano, come detto, le situazioni, obbiettivamente diverse, del lavoratore autonomo e parasubordinato esterni⁷⁰.

⁶³ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., p. 52, parla di tutela «bidirezionale». Cfr. anche L. FANTINI, *I componenti*, cit., pp. 394-398; M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 662 ss.

⁶⁴ Si generalizzano così degli obblighi previsti in precedenza solo per i lavoratori autonomi che agissero all'interno dei cantieri temporanei e mobili (art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 494/1996). Sul punto, Cfr. P. CAMPANELLA, *La riforma...l'ambito applicativo*, cit., pp. 142-143.

⁶⁵ Cfr. P. CAMPANELLA, *La riforma...l'ambito applicativo*, cit., p. 142 e C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione?*, cit., p. 7.

⁶⁶ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras, 2017, p. 55, conferma una ricostruzione in termini di obblighi e facoltà del lavoratore autonomo.

⁶⁷ Cfr. L. FANTINI, *I componenti*, cit., pp. 393-394.

⁶⁸ Cfr. V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo*, cit., pp. 506-507. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo I*, cit., p. 50 ss.

⁶⁹ Cfr. C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione?*, cit., p. 14. Sulle difficoltà applicative che pone tale norma si vd. G. BUBOLA, A. CORVINO, *I collaboratori coordinati*, cit., pp. 404-406. Sul computo dei lavoratori si vd. C. TIMELLINI, *Il campo*, cit., pp. 47-50; S. FERRUA, *Il computo dei lavoratori*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., pp. 285-293.

⁷⁰ Cfr. P. CAMPANELLA, *La riforma...l'ambito applicativo*, cit., pp. 139-140 e 144-145, cui si rimanda anche per le criticità di questa disciplina.

13. Le criticità dell'attuale assetto delle tutele in materia di salute e sicurezza di fronte ai cambiamenti del mondo del lavoro

La rivoluzione tecnologica o digitale, che ha interessato l'impresa e il lavoro, ha fatto emergere una serie di rapporti di lavoro sempre più marginali, connotati dalla debolezza socioeconomica di coloro che li svolgono. Vengono così in rilievo da un lato i lavori non *standard* o atipici che si svolgono su piattaforma, alle forme di *crowdwork* e contemporaneamente ai cd. *riders*, o ai "lavoretti" della *gig economy*, oppure, ancora, ai lavori diffusi nei contesti dell'industria 4.0., dell'economia collaborativa o *sharing economy*. Sostanzialmente queste tipologie di lavoro hanno posto un problema di qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, parasubordinazione, autonomia⁷¹. Laddove si ritengano rapporti etero-organizzati, anche alla luce delle recenti modifiche normative che hanno interessato l'art. 2, d.lgs. n. 81/2008⁷², il problema non si pone, dovendo applicarsi integralmente tanto il d.lgs. n. 81/2008 quanto l'art. 2087 cod. civ., stante la piena estensione delle tutele del lavoro subordinato *ex art. 2* del d.lgs. n. 81/2015⁷³. Mentre in caso contrario⁷⁴, dovranno applicarsi le insufficienti tutele previste per il lavoro parasubordinato e autonomo (su cui *supra*, par. 12).

14. Sicurezza sul lavoro e lavoro mediante piattaforma

Né può dirsi che le criticità individuate nel precedente paragrafo sino state risolte dall'intervento recentemente operato in favore dei lavoratori autonomi che svolgono lavori di consegna a domicilio attraverso piattaforme anche digitali (c.d. *riders*, secondo la controversa definizione fornita dall'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 81/2015⁷⁵). In relazione a tale fattispecie, l'art. 47-*septies*, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015, infatti, si limita a prevedere che «il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è tenuto, a propria cura e spese, al rispetto» del d.lgs. n. 81/2008. Sebbene una prima lettura della norma potrebbe suscitare il dubbio che

⁷¹ Cfr. C. LAZZARI, *Gig economy e tutela*, cit., pp. 455-487; F. MALZANI, *Salute e sicurezza dei lavoratori della gig economy*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro: tutela universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Milano, 2019, p. 45 ss.; S. CAPONETTI, *L'obbligazione di sicurezza al tempo di Industry 4.0*, in questa rivista, 1, 2018, I, p. 48 ss.

⁷² A seguito del d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 128/2019

⁷³ I dubbi in merito all'applicabilità dell'art. 2087 cod. civ. che sembravano affiorare nella nota App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, in "ilgiuslavorista.it" 19.3.2019, F. MEIFFRET, sono stati fugati da Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, secondo cui al ricorrere dei requisiti della etero-organizzazione normativamente previsti «la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione» complessivamente intesa.

⁷⁴ Come avevano inizialmente ritenuto Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2018, II, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, p. 294 ss. (altresi in "Argomenti di diritto del lavoro", 2018, 4-5, p. 1220, con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei Riders di Foodora*) e Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853

⁷⁵ Introdotto dal d.l. n. 101/2019, conv. con modif. in l. n. 128/2019. Su questi punti v. P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre*, cit., p. 44.

ai *riders* sia stata estesa l'applicazione dell'intera disciplina del d.lgs. n. 81/2008, a ben vedere essa ha un effetto ben più limitato. L'art. 47-*septies*, comma 3, infatti, non fa altro che confermare l'applicazione a simili rapporti di lavoro del solo art. 21 del d.lgs. n. 81/2008 sopra analizzato⁷⁶. Invero, il rispetto del d.lgs. n. 81/2008 nei confronti di lavoratori che secondo la legge rimangono autonomi non può che comportare l'osservanza dell'unica norma che nel d.lgs. n. 81/2008 è espressamente dedicata al lavoro autonomo. Tuttavia, in deroga alla disciplina generale, nel caso dei *riders*, l'art. 47-*septies*, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015 fa solo sì che gli oneri economici e organizzativi che scaturiscono dal rispetto dell'art. 21 siano posti a carico del committente e non del lavoratore (come sarebbe, invece, ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/2008).

15. Conclusioni

Dal quadro normativo descritto emerge che la qualificazione del rapporto di lavoro in termini di subordinazione o autonomia, per quanto ininfluyente ai fini della definizione di lavoratore dettata in materia di salute e sicurezza (art. 2, comma 1, lett. *a*), incide sensibilmente sulla distribuzione delle tutele prevenzionistiche (ai sensi dell'art. 3 e ss. del d.lgs. n. 81/2008), mettendo in crisi il principio universalistico fatto proprio dal d.lgs. n. 81/2008. Tale lacuna diventa palese soprattutto di fronte all'emergere di nuovi lavori – assoggettati a vincoli di tempo, di luogo, nonché a poteri conformativi sempre più labili – per i quali si configura anche una difficoltà ontologica di concepire obblighi in materia antiinfortunistica per il datore di lavoro o il committente, giacché i soggetti che beneficiano dei frutti del lavoro non determinano o non controllano più tempo, luogo o modalità della prestazione lavorativa. In effetti, operazioni estensive sia dell'ambito applicativo dell'art. 2087 cod. civ., sia delle responsabilità del committente, sia delle nozioni di organizzazione, luogo di lavoro, etc., sono ammissibili là dove si tratti di colmare lacune dell'ordinamento, mentre rischiano di scontrarsi con alcuni principi fondamentali là dove siano presenti delle espresse norme di legge. In primo luogo, le norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, soprattutto per il rilievo penalistico che rivestono, mal sopportano interpretazioni in *malam partem*, volte ad estendere indiscriminatamente obblighi e responsabilità dei soggetti garanti. Sullo stesso versante civilistico, d'altro canto, non possono ipotizzarsi interpretazioni estensive che, prescindendo dalla sussistenza di poteri organizzativi e di controllo, comportino forme, per quanto velate, di responsabilità oggettiva per il committente o il datore di lavoro. Pertanto, se un'interpretazione estensiva è possibile (stante il rilievo costituzionale della salute e sicurezza e la portata ampia dell'art. 2087 cod. civ.) nel caso in cui la legge speciale nulla preveda – come nel

⁷⁶ L'applicazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, pur astrattamente ipotizzabile, appare inverosimile, giacché tali lavoratori, effettuando consegne a domicilio, per definizione non operano in luoghi controllati dal committente.

caso dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 81/2008 per i lavoratori parasubordinati esterni⁷⁷, o nel caso dell'art. 22 della l. n. 81/2017 per il lavoro agile –, non appare invece ipotizzabile là dove vi siano norme espresse, come nel caso del lavoro autonomo, giacché l'art. 21 del d.lgs. n. 81/2008 definisce e limita espressamente le tutele e gli obblighi per tale fattispecie. In quest'ultima ipotesi l'unica soluzione possibile per l'estensione delle tutele in materia di salute e sicurezza consiste in un espresso intervento legislativo, che sia più coraggioso rispetto alla timida operazione messa in campo dall'art. 47-*septies*, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015, in favore dei *riders*.

Abstract

L'intervento prende in esame la definizione di lavoratore dettata in materia di salute e sicurezza sul lavoro, analizzandone i vari risvolti sistematici. Se, da un lato, tale nozione appare in astratto idonea a fornire adeguata copertura a tutti i bisogni protettivi emergenti nell'attuale realtà socioeconomica. Dall'altro lato, essa si confronta con sensibili diversificazioni delle discipline concretamente applicabili ai singoli rapporti lavorativi, che restituiscono un quadro assai frammentato, nel quale permangono ampi spazi di sotto-protezione.

The intervention examines the definition of worker dictated in the field of health and safety at work, analyzing the various systematic implications. If, on the one hand, this notion appears abstractly suitable to provide adequate coverage for all the protective needs emerging in the current socio-economic situation. On the other hand, it confronts sensitive diversifications of the disciplines concretely applicable to individual working relationships, which return a very fragmented picture, in which large areas of under-protection remain.

Parole chiave

Salute e sicurezza, lavoratore, flessibilità, subordinazione e autonomia, lavoro agile

Keywords

Health and safety, worker, flexibility, subordination and autonomy, smart working

⁷⁷ L'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 81/2008 si limita ad estendere la normativa del d.lgs. n. 81/2008 al lavoro subordinato "interno" mentre nulla prevede per il lavoro parasubordinato "esterno", cfr. *supra*.



Promoción de la seguridad y salud en los lugares de trabajo. Medidas de participación e intervención colectiva

Amparo Merino Segovia*

ÍNDICE: 1. Introducción. – 2. Hacia una racionalización de los tiempos como medida preventiva en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. – 3. Nuevas estructuras empresariales, participación y representación. 3.1. Coordinación de actividades empresariales concurrentes en un mismo ‘centro/lugar’ de trabajo. – 3.2. La redefinición del centro de trabajo como circunscripción electoral: propuestas para su adecuación a las actuales estructuras organizativas. – 4. Ecologización y medio ambiente laboral: acción sindical y negociación colectiva.

1. Introducción

La *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020* pretende dar respuesta a las demandas de una sociedad, se dice, “cada vez más sensibilizada y exigente con la seguridad y salud en el trabajo como parte fundamental del bienestar social”¹. Huelga decir que hasta fechas muy recientes no se habían considerado, o, al menos, no se habían estimado prioritarios, determinados riesgos o factores con capacidad de influir en el bienestar de las personas. Se habla hoy de riesgos de naturaleza psicosocial, de riesgos derivados de las tecnologías, de riesgos que son consecuencia de las nuevas tendencias en el empleo. Riesgos, en fin, que, junto a los tradicionales o comúnmente (re)conocidos, en los últimos tiempos irrumpen en nuestra cotidianidad. Algunos son nuevos e impensados hace algunos meses, como los derivados de la exposición a determinados agentes biológicos; otros han permanecido ocultos o se prevén que aparecerán en el futuro inmediato. Buena parte de ellos trae causa de determinados hábitos de vida y de convivencia, laborales y extralaborales, escasamente saludables y/o preventivos. Todos ellos, sin excepción, deben ser debidamente evaluados, y combatidos en lo posible, a través

* Amparo Merino Segovia, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada como Catedrática de Universidad), Universidad de Castilla-La Mancha. Amparo.Merino@uclm.es

¹ IN SST, *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020. Plan de Acción 2019-2020*, Madrid, febrero 2019. La Estrategia, aprobada en Consejo de Ministros el 24 de abril de 2015 y previamente consensuada por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Interlocutores Sociales, pretende ser el marco de referencia de las políticas públicas en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo hasta 2020, orientando las actuaciones de las instituciones con responsabilidad en este ámbito.

de medidas efectivas y eficaces que, entre otras actuaciones, promuevan la investigación y, como primer paso, detecten los colectivos y actividades expuestos.

El mayor riesgo que afrontamos hoy es el derivado del coronavirus, por su alta capacidad de transmisión y contagio, que se impone, desafiándolos, sobre los sistemas de prevención de las empresas, que no acostumbran a gestionar agentes biológicos peligrosos y/o altamente transmisibles². El COVID-19 es un contaminante biológico que trasciende cualquier actividad productiva que, por mor de sus características, facilite el contacto del trabajador con uno o más agentes biológicos.

El Ministerio de Trabajo y Economía Social ha hecho pública la *Guía de actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus*³, cuyo objetivo es “facilitar la información necesaria sobre la aplicación de la normativa laboral en relación con las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las empresas y las personas trabajadoras”. No olvida el documento que el deber de protección de la empresa se concreta en su obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores “en todos los aspectos relacionados con el trabajo que están bajo su ámbito de dirección, es decir, bajo su capacidad de control”, debiendo aquella adoptar todas las medidas preventivas, de naturaleza colectiva y/o individual, señaladas por el servicio de prevención de acuerdo con la evaluación de riesgos; para ello ha de tomar en consideración el tipo de actividad realizada y sus características concretas⁴. Se trata, por consiguiente, de proteger con inmediatez la salud de las personas en

² Salvo ciertos laboratorios con protocolos de seguridad para evitar contagios derivados de las actividades de investigación y producción. En este campo, buena parte de las medidas preventivas quedarían enmarcadas en el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que establece una clasificación de los agentes biológicos y unas disposiciones mínimas de seguridad para los trabajos en que se manipulan directamente agentes biológicos y también los que no implican la intención deliberada de manipularlos, como, a título de ejemplo, la actividad sanitaria. El RD clasifica los agentes biológicos en cuatro grupos según su patogenicidad, el riesgo de contagio para los trabajadores y las trabajadoras, el tipo de transmisión, la probabilidad de propagación a la colectividad y la existencia de tratamiento y/o profilaxis eficaces.

³ La Guía destaca que “los coronavirus son una amplia familia de virus que normalmente afectan solo a animales. Algunos tienen la capacidad de transmitirse de los animales a las personas. El SARS-CoV-2 es un nuevo tipo de coronavirus que puede afectar a las personas. Fue detectado por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China”. Tal y como señala el Ministerio de Sanidad en relación con la protección de las personas trabajadoras con riesgo de exposición al nuevo coronavirus, hay que partir de una serie de premisas: a) El coronavirus es un virus desconocido anteriormente en la patología humana. b) Las medidas de aislamiento, en los casos investigados, constituyen la primera barrera de protección tanto la persona trabajadora afectada como de las restantes susceptibles de contacto con la paciente”.

⁴ “Entre las medidas que pueden adoptarse de acuerdo con las indicaciones del servicio de prevención y siempre en atención a las recomendaciones establecidas por las autoridades sanitarias, están las siguientes: a) Organizar el trabajo de modo que se reduzca el número de personas trabajadoras expuestas, estableciendo reglas para evitar y reducir la frecuencia y el tipo de contacto de persona a persona. b) Adoptar, en su caso, medidas específicas para las personas trabajadoras especialmente sensibles. c) Proporcionar información sobre medidas higiénicas, como lavarse las manos con frecuencia, no compartir objetos, ventilación del centro de trabajo, y la limpieza de superficies y objetos. En este sentido, las empresas deberán poner a disposición de las personas trabajadoras el material higiénico necesario, y adoptar los protocolos de limpieza que fuesen precisos”.

los lugares de trabajo y también en el trayecto habitual que realizan domicilio-trabajo-domicilio -en la situación actual, “como condición irrenunciable e indispensable para la protección de los y las ciudadanas”⁵-, evaluando en primer lugar el riesgo general de contagio para, a continuación, adoptar políticas de prevención, que incluyan, entre otras medidas, la posibilidad de interrumpir la actividad económico-productiva⁶.

La *Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020* declara su carácter abierto y flexible para su adaptación a las realidades existentes en cada momento, con posibilidad de incorporar cambios y/o nuevas medidas en respuesta a una evaluación continua y planes de acción que abarquen la totalidad del periodo 2015-20, contando con la colaboración de las administraciones públicas y de los interlocutores sociales. Según anuncia la Estrategia, las empresas y los trabajadores se encuentran hoy expuestos a riesgos emergentes, con impactos en la salud y seguridad laboral, que deben ser explorados y objeto de seguimiento continuo y de evaluación, debiendo los planes de acción proporcionar información sobre la idoneidad y eficacia de las actuaciones realizadas.

Hoy más que nunca urge repensar las formas en las que se organiza la actividad económica y productiva; sus impactos, muchas veces nocivos, en la seguridad, salud y bienestar de las personas trabajadoras. Están irrumpiendo en los últimos años métodos organizativos que abren las puertas a nuevas patologías y a la emergencia, ahora como riesgo psicosocial, de dolencias que, otrora invisibilizadas, minan la salud física, psíquica y emocional de las personas. En el momento actual debe repararse en algunos profesionales, como los sanitarios, que están atendiendo a personas afectadas por el COVID-19 sin contar con los medios suficientes y con elevado riesgo de contagio; estas personas están soportando situaciones sostenidas de tensión, ansiedad, angustia, fatiga y agotamiento, con posibilidad en el futuro inmediato de ser víctimas del denominado ‘síndrome de estrés postraumático’.

Urge también repensar las estructuras de participación y representación colectiva de los trabajadores en los lugares de trabajo. La Estrategia 2015-2020 establece entre sus objetivos “promover, con la participación de los interlocutores sociales [...], la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en sectores, actividades, colectivos y empresas de mayor riesgo”, así como “fortalecer la participación de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo”.

En los tiempos que corren la solidaridad y la participación colectiva en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales adquieren una

⁵ F. TRILLO PÁRRAGA y A. GUAMÁN, *Medidas laborales contra el COVID-19: primero, salvar vidas*, en *Olympus, Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, marzo 2020.

⁶ Medida que recoge la *Guía de actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus*, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, y también el RD-L 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública -BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020-.

relevancia indiscutible. No debe olvidarse que la LPRL -arts. 18 y 33- exige al empresario la consulta a los trabajadores, a través de sus representantes, sobre las cuestiones que afectan a su seguridad y salud en el trabajo; también en relación con las medidas de emergencia, uso y mantenimiento de los EPIS necesarios para evitar riesgos de contagio, relación de puestos de trabajo libres de este tipo de riesgos, trabajadores sensibles, y actuaciones preventivas a adoptar en este marco, entre ellas, la implantación del teletrabajo como medida organizativa, cuando las tareas imprescindibles no puedan ser desarrolladas en el centro físico habitual⁷.

2. Hacia una racionalización de los tiempos como medida preventiva en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo

Asistimos a una excesiva valorización de los tiempos aplicados a las tareas productivas, y a una depreciación de los destinados al descanso y a la vida personal de los trabajadores: a sus (in)actividades vinculadas al ocio, a la familia y a las tareas de cuidados -del cuidado propio y de otras personas, no exclusivamente las del entorno familiar-. Desde la psicología⁸, la sociología⁹, la filosofía¹⁰, desde diferentes ámbitos del conocimiento, se hace referencia al tiempo como valor; sin embargo, la realidad nos muestra que lo que realmente se valoriza es el tiempo destinado al trabajo retribuido¹¹; un tiempo cuya organización y distribución se deja en manos de las empresas, con escasa capacidad de decisión de las personas trabajadoras. No extraña que cada vez sean más frecuentes los incrementos de las cargas horarias, las distribuciones irregulares de las jornadas laborales y los cambios horarios

⁷ Medida que recoge la *Guía de actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus* elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, donde se establece que “la decisión de implantar el teletrabajo como medida organizativa requerirá: - Que se configure como una medida de carácter temporal y extraordinaria, que habrá de revertirse en el momento en que dejen de concurrir aquellas circunstancias excepcionales. - Que se adecúe a la legislación laboral y al convenio colectivo aplicable. - Que no suponga una reducción de derechos en materia de seguridad y salud ni una merma de derechos profesionales (salario, jornada -incluido su registro-, descansos, etc.). - Que, si se prevé la disponibilidad de medios tecnológicos a utilizar por parte de las personas trabajadoras, esto no suponga coste alguno para estas”.

⁸ A. VÁSQUEZ ECHEVERRÍA, *Experiencia subjetiva del tiempo y su influencia en el comportamiento: Revisión y modelos*, en “Psicología: Teoría e Investigación”, vol. 27, núm. 2, 2011, pp. 215-223. J. ROECKELEIN, *The concept of time in psychology*, Connecticut: Westwood, 2000. M. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Temporalidad, cronopsicología y diferencias individuales*, Madrid, Ramon Areces, 1999. E. JAQUES, *La forma del tiempo*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

⁹ M. TOBOSO y G. VALENCIA, “Una representación discursiva del espacio-tiempo social”, *Estudios sociológicos* XXVI, 76, 2008, pp. 119 ss., R. ZAMORANO, *Debate en torno a las concepciones del tiempo en sociología*, en “Cinta de moebio”, núm. 31, 2008, pp. 53-69.

¹⁰ E. VICENTE NAVARRO, *El tiempo a través del tiempo*, en “Athenea Digital”, núm. 9, 2006, pp. 1 ss.

¹¹ Parece que el tiempo se considera cada vez más como un bien económico, como un bien escaso del que se puede hacer uso de formas diversas, proyectándose sobre los distintos escenarios de nuestra cotidianidad. En la cultura occidental parece que se tiene la necesidad de gestionar de manera adecuada los tiempos, buscando fórmulas mágicas que nos permitan conciliar nuestras obligaciones y responsabilidades, olvidándonos de nuestros derechos. Esto es un síntoma evidente de la existencia de tensiones en todos los ámbitos concernidos.

asociados muchas veces a la turnicidad y nocturnidad, con efectos sobre las horas de sueño -al modificarse el ritmo natural de sueño-vigilia- y las capacidades de los trabajadores.

Consecuencia de estos ritmos de trabajo desorbitados e impautados en el tiempo con regularidad es la producción de elevados niveles de agotamiento físico, mental y emocional, así como de estrés mantenido, y el riesgo de sufrir accidentes en el transcurso de la jornada laboral o durante el desplazamiento al/del puesto de trabajo. El ‘presentismo laboral’, también llamado ‘absentismo presencial’ es un mal adicional que, basado en valorar más a quien está más tiempo en su puesto de trabajo, empeora la salud de los trabajadores, al provocar fatiga y aburrimiento -síndrome ‘*boreout*’-, y favorecer la transmisión de patologías contagiosas en aquellos casos en los que la persona enferma decide acudir al puesto de trabajo para no perder su empleo. El ‘sobrepresentismo’ comporta riesgos y costes personales, como es el agravamiento de los síntomas por ausencia del descanso necesario, y puede provocar accidentes laborales cuando se acude al trabajo sin estar en plenitud de las facultades físicas o mentales, con graves costes privados, sociales y empresariales¹².

La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015¹³ recuerda que los tiempos de trabajo condicionan el bienestar de las personas trabajadoras, y subraya los efectos que sobre la salud tienen las jornadas prolongadas de trabajo y los horarios que califica de atípicos. Los horarios, otrora ‘tradicionales’ hoy son reemplazados por un amplio espectro de posibilidades en lo que respecta a la

¹² Este fenómeno se ha visto incrementado a partir de la crisis económica, por miedo al despido, y propiciado por el art. 52.d) ET, que en su redacción vigente hasta el 20 de febrero de 2020, permitía la extinción del contrato por causas objetivas, ante faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzasen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. El despido por bajas médicas fue avalado por la STC 118/2019, de 16 de octubre -con tres votos particulares-, que considera que el despido objetivo por absentismo es constitucional y que no vulnera ni el derecho al trabajo -art. 35.1 CE- ni la integridad física del trabajador -art. 15 CE-, ni tampoco el derecho a la protección a la salud -art. 43.1 C-, entendiéndose que debe prevalecer la productividad y competitividad empresarial frente a los derechos al trabajo, a la integridad física y a la salud. El precepto ha sido derogado por el RD-Ley 4/2020, de 18 de febrero; su EEMM cita la STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero, que establece que “el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”. La EEMM del RD-Ley 4/2020 subraya que en esta sentencia el TJUE “establece la inadecuación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a la Directiva 2000/78, por considerar que su formulación puede ser constitutiva de discriminación por razón de discapacidad, a menos que existan cauces de control de adecuación (finalidad de combatir el absentismo) y proporcionalidad (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad)”.

¹³ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, 6ª EWCS-España, Madrid, 2017.

organización y distribución del tiempo de trabajo, donde la regularidad horaria alta -mismo número de horas todos los días, mismo número de días y de horas todas las semanas, y horario fijo de entrada y de salida- paulatinamente se ve desplazada por una regularidad media o baja¹⁴, siendo la mayoría de las veces las empresas las que deciden el horario laboral de sus empleados, sin posibilidad de cambios por estos¹⁵. La atipicidad horaria afecta a cada vez más personas, e invade y penetra en su esfera privada, provocando serias dificultades y disfunciones para desarrollar una vida en condiciones saludables y de bienestar.

La Encuesta evidencia que nuestra sociedad funciona de manera ininterrumpida, que los trabajadores están sometidos a horarios de trabajo contrarios al ritmo natural de la vida, con consecuencias muchas veces nocivas en la salud de las personas que los realizan. No se cuestiona que pueda darse una relación positiva entre la organización de la actividad productiva y las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo, nacidas estas del acuerdo entre las empresas y la representación de los trabajadores, facilitando ajustes entre las demandas de la producción y el reparto de los tiempos que las personas trabajadoras destinan a su vida privada y al desarrollo de la actividad laboral. La flexibilidad debe vincularse no solo a una reducción de la jornada de trabajo, sino también a una mayor autonomía de los trabajadores para seleccionar los horarios que mejor se ajusten a sus necesidades laborales y personales.

Ante las incertidumbres generadas por la legislación laboral, la participación e intervención sindical deben ser fortalecidas. La negociación colectiva es el espacio idóneo para avanzar en la racionalización de los tiempos de trabajo, ofreciendo una respuesta adecuada a las necesidades de las empresas y de los trabajadores, que preste especial atención a los factores ambientales, a los colectivos afectados, a la salud laboral, y a la influencia de la turnicidad y nocturnidad en la aparición de determinadas sintomatologías y patologías -el síndrome de *burnout*, entre otras-, por mor de los efectos acumulados durante los años.

Debe superarse la idea de que la flexibilidad laboral es unidireccional, enfocada únicamente hacia la maximización de la eficiencia en la gestión de los recursos humanos, desde una perspectiva netamente económica, y priorizarse la salud y su tutela como derecho fundamental de todos los seres humanos¹⁶. La

¹⁴ “La regularidad alta, siendo la norma para más de la mitad de los trabajadores (54%), ha disminuido con respecto a 2010, cuando el 61% de la muestra tenía una alta regularidad. En el año 2015 se observa que la baja regularidad es más frecuente en los hombres que en las mujeres”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, cit.

¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, cit.

¹⁶ En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho a la salud es desarrollado en el art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.” Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su art. 12, afirma: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

negociación colectiva, por su proximidad a las necesidades de las empresas y de las personas que la integran, es un importante recurso para asegurar una racionalización de los tiempos de trabajo acompañada con mejoras de la productividad y la competitividad. Los convenios colectivos han de ser los que dispongan una flexibilidad interna suficiente que permita alinear las necesidades y el bienestar de las personas y de la organización con las debidas garantías para unas y otra. Con todo, son significativos los silencios de la negociación colectiva relativos a los riesgos derivados de una inadecuada ordenación de los tiempos de trabajo; la desatención, a la postre, de los efectos que el reparto regular o irregular de la jornada, la distribución horaria, los descansos, la turnicidad y nocturnidad, y sus formas de operar tienen sobre la salud y el bienestar de las personas trabajadoras¹⁷.

3. Nuevas estructuras empresariales, participación y representación

3.1. Coordinación de actividades empresariales concurrentes en un mismo 'centro/lugar' de trabajo

Los cambios habidos en las empresas, en su entorno económico, institucional y tecnológico, han dado paso a nuevas formas organizativas en las que la descentralización y la fragmentación del ciclo productivo han desplazado paulatinamente al modelo tradicional de empresa. Se ha transitado de la autonomía de cada empresa en sus relaciones con las demás, a estructuras productivas donde la relaciones dependencia y coordinación interempresariales son señas de identidad.

La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos, cada vez más frecuentes, en los que un empresario contrata con otras empresas la realización de obras o servicios en su centro de trabajo ha sido objeto de tratamiento normativo en la LPRL¹⁸, con el propósito de corregir o amortiguar los elevados índices de siniestralidad laboral. Esto implica el reconocimiento, gracias a la movilización sindical, de que los métodos y fórmulas organizativos de las empresas y sus

salud física y mental". La Constitución de la OMS establece que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social".

¹⁷ Puede consultarse para una mayor comprensión acerca de las tendencias de la negociación colectiva a este respecto A. MERINO SEGOVIA, (Coord.), *Ordenación convencional y tendencias en la negociación colectiva en la fijación de los horarios de trabajo*, en *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Observatorio de la negociación colectiva, Lefebvre-Fundación 1º de mayo, Madrid, 2020, pp. 187 ss.

¹⁸ Gobierno e interlocutores sociales constituyeron en octubre de 2002 una mesa de diálogo social en materia de prevención de riesgos laborales que se amplió a las CC.AA. en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales. Fruto del diálogo social fue la aprobación de una serie de propuestas refrendadas por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, de 29 de enero de 2003, que dieron paso a la aprobación de la L 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales que, entre otras cuestiones, adiciona un nuevo apartado 6 al art. 24 LPRL, por el que se establece la necesidad de desarrollar reglamentariamente las previsiones que en materia de coordinación de actividades empresariales regula el citado precepto. El RD 171/2004, de 30 de enero, ha dado cumplimiento al mandato legal.

prácticas contractuales tienen impactos evidentes sobre la salud y seguridad de las personas trabajadoras¹⁹. En este contexto es necesario brindar una protección adicional a determinados colectivos; también a quienes prestan servicios en el marco de las contratas y subcontratas.

Dando cumplimiento al art. 24 LPRL²⁰, el RD 171/2004 establece las disposiciones mínimas que los empresarios coincidentes en un mismo centro de trabajo habrán de realizar para prevenir los riesgos laborales que traen causa de la concurrencia de actividades empresariales, para que esta situación no repercuta en la seguridad y la salud de los trabajadores de las empresas concurrentes. Dichas disposiciones son normas de derecho necesario relativo, susceptibles, por tanto, de desarrollo y mejora por la negociación colectiva²¹.

La noción de centro de trabajo que, en relación con la coordinación de las actividades empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos, nos ofrece la norma reglamentaria es más laxa que la que incorpora el ET en el art. 1.5, coincidente en el marco de la designación de los órganos de representación unitaria de los trabajadores con la circunscripción electoral. En efecto, el art. 1.5 ET define el centro de trabajo como “la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”; un concepto restrictivo si se compara con la definición del RD 171/2004, más próxima al lugar de trabajo, focalizada en “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”.

En estos casos, y para garantizar la coordinación de las actividades empresariales, las medidas organizativas previstas normativamente pasan por la información y formulación de instrucciones que deberán tenerse en cuenta en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva de cada una de las empresas concurrentes; pero también por la vigilancia de la normativa y el establecimiento de los medios de coordinación que sean precisos para la protección y prevención. La participación de los trabajadores, otro de los elementos clave en

¹⁹ Los elevados índices de siniestralidad en el sector de la construcción justificaron la puesta en funcionamiento de medidas especiales para quienes prestan servicios en este ámbito. Resultado de ello fue el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción -BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997-, así como la L 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción -BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006-.

²⁰ Diferentes normas comunitarias e internacionales han sido referentes del precepto legal. El art. 6.4 de la Directiva del Consejo 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, establece que “cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta del tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes”. También el art. 17 del Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, prevé que “siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio”.

²¹ Art. 2.2. LPRL y disposición adicional 2ª RD 171/2004.

estas situaciones, debe quedar garantizada a través de los delegados de prevención -o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores-, con derechos informativos en materia de coordinación empresarial: información de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo²²; de los riesgos propios del centro de trabajo y de las instrucciones recibidas del empresario titular del centro²³; información a cargo de la empresa principal y la contratista o subcontratista a los representantes de los trabajadores respectivos, cuando se celebre una contrata o subcontrata, de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales²⁴.

Además de los derechos de información reconocidos a los representantes de los trabajadores de todas las empresas concurrentes en el mismo centro de trabajo, el RD 171/2004 atribuye una posición singular a los delegados de prevención, o, en su defecto, a los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores prestan servicios en dicho centro, quienes deberán ser consultados, en la medida en que ello tenga repercusiones en la seguridad y salud de sus representados “sobre la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la concurrencia de otras empresas en aquel”²⁵. La consulta se justifica en que los representantes de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo tienen mayor conocimiento y control de los riesgos habidos en el centro de trabajo -en los términos previstos en la norma reglamentaria- y, a la postre, son ellos quienes pueden aportar con mayor rigor sugerencias sobre las maneras de planificar y organizar el trabajo en dicho espacio. “De este modo, la consulta debe referirse a las consecuencias que pueden tener para la seguridad y la salud de los trabajadores la prestación de actividades por distintas empresas en el mismo centro, de tal manera que a la hora de organizar y planificar el trabajo se tengan en cuenta dichas circunstancias”²⁶.

Adicionalmente, estos representantes tienen atribuidas competencias en materia de vigilancia y control y estarán facultados para: acompañar a los inspectores de trabajo en las visitas y verificaciones destinadas a comprobar el cumplimiento de la normativa de coordinación de actividades empresariales; visitar el centro de trabajo y acceder a los delegados de prevención, o en su defecto a los trabajadores, de las demás empresas concurrentes; realizar propuestas al empresario y al comité de salud y seguridad sobre las medidas para la coordinación, y; dirigirse a las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas para que propongan medidas de coordinación. Estas prerrogativas que les reconoce la norma reglamentaria pueden ser ampliadas y reforzadas por los

²² Art. 4.5 RD 171/2004 en relación con art. 18.1 LPRL.

²³ Art. 9.3 RD 171/2004 en relación con art. 18.1 LPRL.

²⁴ Art. 42.4 y 5 ET.

²⁵ Art. 15.2 RD 171/2004.

²⁶ R. AGUILERA IZQUIERDO, *El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales*, en “Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales”, núm. 53, p. 288.

convenios colectivos; también las atribuciones reconocidas a los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes -o, en su defecto, los empresarios sin dicho comité y los delegados de prevención-, que podrán acordar realizar reuniones conjuntas y otras medidas de actuación coordinada.

En todas las circunstancias anteriormente descritas, por representantes legales de los trabajadores, cuya intervención debe quedar garantizada cuando no se hayan designado delegados de prevención, ha de entenderse no solo las representaciones electivas de empresa sino también las sindicales, esto es, las secciones sindicales de empresa y sus delegados sindicales.

Las normas que ordenan la coordinación de actividades empresariales son de aplicación a todas las contrataciones; la situación actual de emergencia propiciada por el coronavirus aconseja tomar en consideración la cadena de competencias en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, habida cuenta de las probabilidades de contagio, no solo del personal estrictamente sanitario, sino también de los trabajadores de seguridad, limpieza, restauración o personal de acompañamiento que concurren en los centros sanitarios, en relación con quienes prestan esos mismos servicios en otros edificios. El empresario titular está obligado a vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención en el centro de trabajo que gestiona. En ese control de la efectividad que ha de llevar a cabo en relación con las medidas preventivas propias y de las empresas concurrentes, se incluye la vigilancia que ha de establecer sobre las plantillas ajenas. De esta forma, aquel deberá vigilar la entrega de EPIs, y su correcto uso; en el caso de que la contratista no distribuya los EPIs, emergerá la responsabilidad solidaria de la empresa titular, por lo común, más dimensionada y con mayores recursos.

La importancia de la negociación colectiva en el ámbito de la prevención es indiscutible como mecanismo de adaptación de las condiciones generales de seguridad y salud a las propias necesidades de su ámbito de aplicación; no extraña por ello que sean frecuentes las remisiones normativas a la negociación colectiva como instrumento de concreción, ampliación o delimitación de las obligaciones de seguridad y salud. En materia de coordinación empresarial, la disposición adicional 2ª RD 171/2004 subraya que “los convenios colectivos podrán incluir disposiciones sobre las materias reguladas en este Real Decreto, en particular en aspectos tales como la información a los trabajadores y sus representantes sobre la contratación y subcontratación de obras y servicios o la cooperación de los delegados de prevención en la aplicación y fomento de las medidas de prevención y protección adoptadas”.

La *praxis* negocial pone de relieve una escasez en la regulación convencional en relación con la obligación de las empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo de coordinar su actividad preventiva y del deber de vigilancia de la seguridad y la salud de los trabajadores adscritos a una contrata. Es común en los convenios que abordan la materia remitirse a las obligaciones previstas en el art. 24 LPRL o darles un tratamiento global, existan o no contrataciones; son aisladas las referencias a las obligaciones empresariales de seguridad y salud en

las relaciones de contratación y subcontratación de actividades empresariales. Los convenios que recogen la coordinación de actividades empresariales se limitan habitualmente a realizar una mera declaración de la obligación de coordinación; otros reproducen las previsiones legales y reglamentarias sin concretar medidas o actuaciones. Solo aisladamente se introduce alguna intervención adicional, centrada por lo común en la información a los miembros de los distintos comités de seguridad y salud y en su derecho a acceder al procedimiento informatizado de coordinación de actividades empresariales, de los riesgos inducidos por las empresas concurrentes y de las medidas correctoras que afecten a los trabajadores.

3.2. La redefinición del centro de trabajo como circunscripción electoral: propuestas para su adecuación a las actuales estructuras organizativas

La empresa tradicional se estructura en centros de trabajo. De ahí que el centro de trabajo y su dimensión hayan sido decisivos en la formación de instancias colectivas representativas de los trabajadores, con repercusiones evidentes en los órganos representativos específicos previstos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. El centro de trabajo es un concepto jurídico al que la legislación laboral anuda determinadas consecuencias jurídicas, siendo la unidad productiva dotada de una organización específica la que configura aquella noción²⁷.

Empresa y centro de trabajo son invocados reiteradamente por la normativa laboral como realidades diferenciadas entre sí, que se separan del 'lugar de trabajo'. Es el centro la unidad electoral básica, el ámbito natural de formación de las representaciones electivas, que, en términos representativos, distingue entre empresas con una estructura simple -unicentro- y empresas de estructura compleja -pluricentro-. Es común, como se ha visto, que en las contrata y subcontratas la persona trabajadora preste servicios en un espacio locativo del que no es titular su empleador, aconteciendo entonces una división-separación entre el lugar y el centro de trabajo.

Se han producido algunos ajustes -insuficientes, no obstante- en relación con las ETTs y las contrata y subcontratas de obras y servicios. Tratándose de la ETT, el art. 17 LETT, reconoce a la representación de los trabajadores de la empresa usuaria capacidad representativa de los trabajadores en misión, con expresa referencia a la facultad de formular reclamaciones en relación con los aspectos que pudieran afectar a la ejecución de la actividad laboral de los trabajadores puestos a

²⁷ Que esté o no dado de alta por el empresario ante la autoridad laboral no es un requisito constitutivo de la existencia material o jurídica del centro de trabajo, habida cuenta de que tal requisito constituye únicamente una exigencia legal a efectos de control administrativo; de darse los dos primeros elementos constitutivos, la falta del tercero determinará la exigencia de responsabilidad administrativa para la empresa, por infracción del deber de registro que impide la comprobación del cumplimiento empresarial de sus obligaciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

disposición en la empresa usuaria²⁸. En el caso de las contratistas y subcontratistas, el art. 42.6 ET establece que la representación de los trabajadores de la empresa principal podrá actuar en defensa de los trabajadores de la contratista, cuando y mientras estos carezcan de representación legal y durante el tiempo que compartan el centro de trabajo, pudiendo aquellos formular a los citados representantes cuestiones relativas a las condiciones en que se ejecuta la prestación laboral.

Conviene advertir, por otra parte, que las competencias en materia de información de los representantes de los trabajadores se han incrementado a lo largo del tiempo, con expresa referencia el art. 64 ET a los supuestos de subcontratación; también se contempla la posibilidad de celebrar reuniones conjuntas entre los representantes de los trabajadores de la empresa principal y de las contratistas, a efectos de coordinación, cuando se comparta de manera continuada el centro de trabajo -art. 42.7 ET-, y; se recoge el uso por parte de los representantes de los trabajadores de las empresas contratistas de los locales que la empresa principal ponga a disposición de la representación legal de sus trabajadores/as en los términos acordados con esta -art. 81 ET-.

Con todo, las normas mencionadas siguen manteniendo como referente básico el centro de trabajo, que es la unidad electoral que da paso a la formación de las representaciones electivas, focalizando prioritariamente su atención en los trabajadores vinculados a un mismo empresario, de forma tal que aun cuando la actuación de dichas representaciones pueda extenderse a otros trabajadores, la ley “favorece actitudes de defensa y tutela prevalente” de aquellos empleados, y “solo marginal o complementariamente se extiende” hacia los otros.

Privilegiar el centro de trabajo como unidad electoral básica dificulta los mecanismos de representación unitaria en ámbitos no perfectamente definidos de dispersión espacial, atomización por descentralización interna o externa, conectividad virtual de trabajadores, o “disolución física de la empresa”, si se piensa en la virtualización y en las plataformas digitales. A estas limitaciones hay que sumar el escaso margen de maniobra que reconoce el Título II ET a una posible adecuación de la representación de los trabajadores a las diversas formas de organización productiva, por cuanto el modelo legal impide su modificación a través de la negociación colectiva, por considerar que se trata de una materia de ‘orden público laboral’.

Es constatable que en los términos antedichos el modelo legal no se adapta bien a aquellos espacios organizativos, cada vez más difusos e indeterminados, en los que se dan cita agrupaciones de tipo muy diverso cuyos centros de trabajo tienden a ser más reducidos, deslocalizados, dispersos e indefinidos. En estos casos, una reinterpretación del Título II ET, o su modificación, permitirán la constitución de instancias representativas, acomodando la noción de centro de trabajo a las nuevas realidades productivas; o, incluso, creando un nuevo concepto

²⁸ Matiza el art. 17 LETT, “sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes”.

de unidad electoral, que no tiene necesariamente que coincidir con la noción tradicional de centro de trabajo, y que permita ajustar los modelos de representación a las necesidades reales de quienes prestan su fuerza de trabajo, haciendo de estas instancias, más allá de su formalidad, auténticos canales de información, consulta, negociación y participación, sin necesidad, cuando no sea posible, de converger físicamente.

En determinados ámbitos, la externalización productiva presenta como características, además de su proyección global y la capacidad para gestionar a distancia el proceso productivo en todas sus etapas, la existencia de un número indeterminado de prestadores del servicio. Es el caso de las plataformas digitales o virtuales, de las *apps*, donde el cliente contacta con un amplio espectro de posibles dadores, sin distingos entre asalariados, autónomos o profesionales liberales; no hay riesgo económico para el intermediario y el proceso se realiza bajo la apariencia de inexistencia de un empresario que, sin embargo, actúa como mediador del trabajo o de los servicios que el proveedor presta a sus clientes²⁹. Se trata, en estos casos, de un ‘trabajo a pedido’, que se ejecuta a través de aplicaciones, destacando entre las actividades más solicitadas el transporte, la entrega de productos y la prestación de servicios a domicilio; el recurso a aplicaciones lo es para “conectar la demanda con el suministro de mano de obra”, generalmente, aunque no siempre, dentro de una zona geográfica locativamente delimitada³⁰.

Esta singular forma de organización del ‘trabajo’ a través de plataformas digitales y aplicaciones informáticas aconseja ensayar soluciones sobre maneras posibles de anclaje del Título II y, por tanto, del centro de trabajo como unidad organizativa sobre la que se resuelve la elección de las representaciones unitarias de los trabajadores que prestan servicios con vínculo laboral, y, por ende, de los delegados de prevención designados por y entre los representantes del personal, con posibilidad, no obstante, de que los convenios colectivos establezcan otros sistemas de selección, siempre que se garantice que esta facultad corresponde a los representantes o a los propios trabajadores, y de ampliar en el marco de la prevención la representación de los trabajadores a través de figuras como los delegados de prevención sectoriales y provinciales³¹.

²⁹ F. TRILLO PÁRRAGA, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en “Revista de derecho social”, núm. 76, 2016, p. 69.

³⁰ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *La calidad del trabajo en la economía de las plataformas*, OIT, 2018, p. 1.

³¹ Esta vía representativa está cerrada en la actualidad a los trabajadores que prestan servicios en plataformas digitales como autónomos, incluyendo a los autónomos de zonas fronterizas -los TRADE-. La LETA no prevé mecanismos de representación unitaria, aun cuando existen algunas disposiciones que “apuntan la posibilidad de que los órganos unitarios de representación de trabajadores dependientes pudieran acoger también la defensa y promoción de los intereses de los TRADE”, E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en “Revista de derecho social”, núm. 80, 2017, p. 219, con referencia al art. 12.1 LETA. Doctrinalmente se ha mantenido como posibilidad que a través de la negociación colectiva la representación unitaria integre también a los TRADE, E. SÁNCHEZ TORRES, *Los derechos colectivos del trabajador autónomo*, en AA.VV. (dir. Del Rey Guanter), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 223 ss. También se aboga a favor de que los TRADE dispongan

Más allá de las dificultades reales anteriormente descritas para adecuar las previsiones del ET a las nuevas formas de organización empresarial³², el problema adicional que subyace en este tipo de unidades organizativas y prestacionales es la identificación del centro de trabajo. Tarea no sencilla si se repara en que aun cuando técnicamente la aplicación -*app*- puede ser única, no lo es la administración del servicio ofertado, que podrá encontrar “ramificaciones que también son organizativas porque ordenan y gestionan los servicios” que prestan los/as trabajadores/as para los/as usuarios/as, cuando unos/as y otros/as “se sitúan en el mismo radio o espacio territorial de operatividad de la aplicación”³³.

El cómputo de trabajadores con vínculo laboral y su antigüedad a los efectos de alcanzar los umbrales mínimos requeridos normativamente para lograr representación electiva es un problema añadido de compleja solución, que evidencia la falta de adaptación de nuestro modelo legal de representación a los nuevos escenarios organizativos. Si a esta problemática se suman las fases o etapas por la que discurre el proceso electoral y las exigencias establecidas al efecto en cuanto a su tramitación, la conclusión a la que se llega es que hoy por hoy el modelo legal hace prácticamente inviable la celebración de elecciones sindicales en determinados entornos organizativos que estructuralmente no encajan en una institución jurídica diseñada para un tipo muy concreto de empresa, en la que la plantilla se concentra en los mismos locales prestando su fuerza de trabajo de manera simultánea³⁴.

Lo que se propone es, a fin de cuentas, que la acción colectiva -también en el ámbito de la prevención de riesgos laborales- cumpla con efectividad sus funciones de representación en un universo flexibilizado y diversificado estructuralmente, en el que las tecnologías de la comunicación e información favorecen en sus dimensiones inter e intraempresarial la culminación de un proceso de descomposición de centros de trabajo en unidades productivas separadas de espectro más reducido, cuando no la desaparición del concepto de centro de trabajo en los términos manejados tradicionalmente.

4. *Ecologización y medioambiente laboral: acción sindical y negociación colectiva*

En los últimos años, el debate sindical ha incorporado a su agenda la cuestión medioambiental; no es de extrañar porque la protección del medio ambiente tiene implicaciones evidentes sobre la acción sindical en materia de seguridad y salud

de sus específicos órganos de representación, J.F. LOUSADA AROCHENA, *Derechos colectivos en el trabajo autónomo*, Bomarzo, Albacete, 2010, pp. 31 ss.

³² Véase A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *El centro de trabajo como unidad electoral. Un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo*, en “Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo”, núm. 188, 2016, pp. 141 ss.

³³ E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores*, cit., p. 221.

³⁴ J. CRUZ VILLALÓN, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, en “Revista de derecho social”, núm. 83, 2018, p. 15.

laboral. Los asuntos vinculados al medio ambiente inciden en la salud de los trabajadores, de forma tal que el riesgo ambiental se manifiesta también como un riesgo o problema de salud laboral.

Siendo patentes las repercusiones directas del cambio climático y de la protección del medio ambiente sobre la salud y el bienestar del conjunto de la ciudadanía, en general, y de los trabajadores, en particular, se echa en falta una mayor atención a la cuestión medioambiental desde un enfoque integral, que cohesionase sus ámbitos interno -salud y seguridad laboral- y externo -actividad productiva respetuosa con el medioambiente, libre de emisiones contaminantes-. Bien es cierto que la OIT ya dio un primer paso en este sentido, cuando en el año 1977 dictó el Convenio núm. 148, relacionando por vez primera el término 'medioambiente en el trabajo' con la salud de los trabajadores y vinculando su protección con el entorno laboral; hace también referencia al medioambiente laboral el Convenio núm. 155, de 1988, sobre seguridad y salud de los trabajadores.

En la actualidad, OIT centra buena parte de sus iniciativas en las consecuencias laborales que el cambio climático puede tener en el corto, medio y largo plazo, introduciendo en sus estrategias de actuación los empleos verdes y la ecologización de las empresas para lograr una transición justa. En su *Programa Empleos Verdes*, subraya que las políticas climáticas deben estar orientadas a la creación de empleo decente; los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar o recuperar el medio ambiente. El medioambiente y su proyección en el mundo del trabajo también se infiltran en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, de NNUU, cuyo ODS 8 persigue la promoción de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Sin un empleo pleno, productivo y decente para todos, el crecimiento económico no podrá ser sostenido, inclusivo y sostenible, tal y como se desprende de la Meta 8.4.

No es trabajo decente el que no reconoce oportunidades para el desarrollo de una actividad productiva, con ingresos dignos y protección social; tampoco es trabajo decente el que se ejecuta en condiciones de insalubridad y no garantiza la seguridad de las personas en los lugares de trabajo. El trabajo decente, es decir, el trabajo seguro y saludable, es un componente fundamental de cualquier política destinada a ecologizar con eficacia las economías y a lograr un desarrollo sostenible. De ahí que, para ser efectivo, cualquier esfuerzo orientado a reducir los impactos nocivos de las organizaciones sobre el medioambiente debe tener consecuencias socialmente justas, con oportunidades de un empleo decente para todos. Toda transición justa y equitativa demanda activar políticas que logren engranar cambio climático, empleo, seguridad y salud laboral; integrar, por tanto, los ámbitos interno y externo para que la problemática medioambiental sea también una problemática laboral.

Con la Iniciativa *Acción climática para el empleo*³⁵ se quiere garantizar que el empleo, el bienestar y la consecución de una transición justa sean el elemento primordial de la respuesta ante el cambio climático. La transición no será justa sin empleos que garanticen el bienestar; esto es, si no hay una conexión directa entre calidad medioambiental y calidad en el empleo. Si el empleo no es de calidad, no es empleo decente; no hay posibilidad de un empleo decente si no es un empleo saludable y seguro.

A nivel sectorial y en los centros de trabajo, la Confederación Europea de Sindicatos ha elaborado *Una Guía para los sindicatos. Involucrar a los sindicatos en la acción climática para crear una transición justa*, en la que propone “ampliar el alcance de la negociación colectiva a cuestiones de transición ecológica para discutir el impacto en el empleo y los salarios del proceso de descarbonización” y su impronta en “la salud y seguridad en el trabajo”. En España, los sindicatos más representativos, CCOO y UGT, junto con USO³⁶, plantean trasladar a los centros de trabajo la necesidad de establecer reuniones entre representantes de la empresa y de los trabajadores, creando comisiones de medioambiente, que evalúen el impacto medioambiental de su actividad y acuerden e implanten medidas sobre mitigación y adaptación al cambio climático.

Es verdad que, en buena parte de las propuestas medioambientales, nacionales e internacionales, no se encuentran referencias explícitas y directas a la salud laboral, quizás porque, en el caso español, la prevención de riesgos laborales, la seguridad y salud en el trabajo, disponen de un marco normativo expreso -la LPRL-, en el que la representación de los trabajadores tiene asignadas competencias específicas. Tratándose, sin embargo, de la acción sindical en las cuestiones medioambientales de los centros de trabajo, la negociación colectiva es el cauce natural de ordenación, que debe garantizar para su eficacia un principio de participación equilibrada.

Puede considerarse una buena práctica negocial, porque contribuye a la integración de los ámbitos interno y externo, la formación de comités medioambientales y de delegados medioambientales, que actúen coordinadamente en los centros de trabajo con los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud. Algunos convenios colectivos así lo prevén, declarando que los delegados de medioambiente desarrollarán sus funciones y competencias en el seno de los citados comités; subrayan también que las cuestiones ambientales deberán ser contenidas en los programas formativos dirigidos tanto a los delegados medioambientales como a los delegados de prevención. Otros convenios reconocen competencias específicas a los delegados de prevención en materia

³⁵ La iniciativa fue presentada por el Secretario General de NNUU y el Director General de la OIT, en la Conferencia de NNUU sobre El Cambio Climático -COP25-, celebrada en Madrid en diciembre de 2019.

³⁶ CCOO, UGT y USO, *Manifiesto con motivo del Día Mundial de Acción Climática en los Centros de Trabajo*, 26 de junio de 2020.

medioambiental, centradas esencialmente en la información, consulta, coordinación, vigilancia y control.

La precitada coordinación a través de diferentes instancias de representación colectiva creadas por la negociación colectiva da cuenta de los puntos de conexión habidos entre la defensa y preservación del medio ambiente y la protección de la salud laboral, porque no es infrecuente que una misma situación, como puede ser el empleo o manipulación de una sustancia tóxica, impacte negativamente sobre la salud en el trabajo y, a la par, contamine el medio ambiente externo. La intervención sindical en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y en el de la protección medioambiental es hoy una necesidad; también una oportunidad para la negociación colectiva, que debe aprovechar, mejorando hacia el interior y el exterior la compatibilidad ambiental de las empresas.

Abstract

Los cambios en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas han dado paso a nuevas fórmulas y métodos de organización del trabajo, con impactos en la salud y seguridad laboral. Urge en este contexto repensar las estructuras de representación colectiva en los lugares de trabajo y fortalecer la negociación colectiva en todos los ámbitos relacionados con la acción preventiva, especialmente en sectores, actividades, colectivos y empresas de mayor riesgo. Racionalizar los tiempos y los ritmos de trabajo, ecologizar las empresas, vinculando la salud laboral con la protección del medio ambiente, garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en territorios dominados por la plataformización digital y en espacios locativos donde concurren pluralidad de actividades empresariales, aconseja reforzar los derechos de información, consulta y negociación, y diseñar propuestas que permitan adecuar el modelo representativo vigente a las nuevas formas organizativas, muchas de ellas caracterizadas por la dispersión espacial, atomización por descentralización interna o externa y conectividad virtual.

Changes in the economic, institutional and technological environment of companies have given way to new formulas and methods of work organization, with impacts on health and job safety. In this context, it is important to rethink the structures of collective representation in the workplace and strengthen collective bargaining in all areas related to preventive action, especially in sectors, activities, groups and high risk companies. Rationalize working times and pace of work, green companies, linking occupational health with environmental protection, guarantee the safety and health of workers in territories dominated by digital platforms and in locative spaces where a plurality of business activities concur, advises to reinforce the rights of information, consultation and negotiation, and to design proposals that make it possible to adapt the current representative model to new organizational forms, many of them characterized by spatial dispersion, atomization by internal or external decentralization and virtual connectivity.

Palabras clave

Negociación colectiva, tiempo de trabajo, circunscripción electoral, coordinación de actividades, descentralización productiva, medioambiente

Keywords

Collective bargaining, working time, electoral district, coordination of activities, production decentralization, environment

DSL

1-2020

Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia

Luciano Angelini*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Il modello di tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori nella direttiva quadro 89/391/Cee. – 2. Prima della direttiva quadro. Il “modello operaio” di tutela dell’ambiente di lavoro e sulle sue “fortune” (anche) oltre i confini nazionali. – 3. L’attuazione della direttiva quadro in Italia. Le disposizioni del d.lgs. n. 626 del 1994 sui RLS e sugli Organismi paritetici territoriali. – 3.1. La rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nel sistema di relazioni industriali “governato” dall’Accordo del 23 luglio 1993, tra (possibili) sinergie virtuose e criticità da presidiare. – 4. Sulla *mission* (quasi) *impossible* dei RLS dopo il d.lgs. n. 626/1994. – 5. Dal d.lgs. n. 626/1994 al d.lgs. n. 81/2008. I RLS tra conferme (del modello), buoni “aggiustamenti” e nuovi strumenti collettivi di tutela. – 6. I RLS nei dieci anni (e più) di applicazione del d.lgs. n. 81/2008. – 6.1. Il primo Accordo attuativo del “Patto per la fabbrica”. La designazione/elezione dei RLS nel nuovo Accordo Interconfederale per le imprese aderenti a Confindustria. – 7. Per concludere. Oltre le regole, i valori (soprattutto al tempo del coronavirus)!

1. Considerazioni introduttive. Il modello di tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori nella direttiva quadro 89/391/Cee

È opinione condivisa che la direttiva quadro n. 89/391/Cee sia riuscita a imporre a tutti i paesi membri dell’Unione europea un vero e proprio “cambio di passo” anche per quanto riguarda la dimensione collettiva di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori¹, con l’esigere che tutti i datori di lavoro privati e pubblici garantiscano un ampio ed effettivo coinvolgimento dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti su ogni questione che possa avere effetti rilevanti sulle condizioni di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro; un coinvolgimento che sicuramente implica la loro consultazione preventiva e tempestiva, la facoltà di avanzare proposte per l’adozione di misure adeguate di tutela e, infine, la “partecipazione equilibrata” da realizzarsi nel rispetto delle legislazioni o delle prassi nazionali. Per quanto concerne specificamente la rappresentanza collettiva, la direttiva chiede che essa sia presente in ogni luogo di lavoro, risulti connotata da elementi di oggettiva specificità, si richiami a un modello funzionalmente improntato a logiche più partecipativo/collaborative che non negoziali e/o conflittuali. Lo si evince non

* Luciano Angelini, ricercatore confermato di Diritto del lavoro e docente di Diritto della salute e sicurezza dei lavoratori, Università di Urbino Carlo Bo. luciano.angelini@uniurb.it

¹ Per un’ampia panoramica (anche) sui modelli di tutela collettiva nei diversi paesi membri dell’Unione Europea, vedasi i contributi pubblicati in E. ALES (a cura di), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Kluwer Law Internazionale, 2013.

soltanto dall'esplicito richiamo alle procedure di consultazione e partecipazione equilibrata dell'art. 11, ma anche dai diritti di informazione e di accesso alla documentazione aziendale riconosciuti nell'art. 10, fermo anche in questo caso il riferimento indistinto ai lavoratori e ai loro rappresentanti².

Ancor più che sull'informazione e sulla consultazione, concetti sicuramente meglio conosciuti e (tecnicamente) definiti, è la nozione di partecipazione equilibrata che sollecita un approfondimento, specie per il significato da attribuire all'aggettivo "equilibrata" che non è possibile liquidare alla stregua di un mero orpello stilistico. In essa, infatti, sembrerebbero confluire un insieme di procedure, attività e azioni non precisamente individuabili, in cui certamente rientrano anche la codecisione o la gestione tipiche dei modelli di relazioni industriali tedesco e olandese³. Un tema, quello della partecipazione dei lavoratori, su cui, solo qualche anno più tardi, si catalizzerà l'attenzione del legislatore comunitario⁴, che porterà all'emanazione di una serie di importanti provvedimenti non settoriali e di ampia portata, a partire dalla direttiva sui Comitati aziendali Europei (1994/45/CEE), per passare successivamente a quelle sulla società europea (2001/86/CE), sull'informazione e consultazione dei lavoratori (2002/14/CE), sulla società cooperativa europea (2003/75/CE), sulla fusione transnazionale di società (2005/56/CE). Grazie soprattutto ai contenuti di queste direttive il diritto europeo si doterà di un importante strumentario giuridico relativo ai diritti/doveri d'informazione, consultazione, esame congiunto, partecipazione e coinvolgimento dei lavoratori, i quali entreranno a pieno titolo nella nostra legislazione nazionale come in quella di tutti gli altri paesi membri⁵.

Rispetto a questi provvedimenti, la nozione di partecipazione equilibrata introdotta dalla direttiva quadro 89/391/Cee può apparire vaga eccetto per il fatto che informazione, consultazione e partecipazione equilibrata debbano sicuramente intendersi come concetti autonomi e distinti, ognuno dei quali individua modalità comunque finalizzate alla realizzazione di un fattivo (doveroso) coinvolgimento

² Cfr.: L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet giuridica, 2015, p. 71 ss.; J. APARICIO TOVAR, *Sicurezza sul lavoro*, e R. DEL PUNTA, *Contrattazione e partecipazione*, entrambi in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, Monduzzi, 1996, rispettivamente, p. 585 ss., e p. 481 ss.; A. LO FARO, *Azione collettiva e tutela dell'ambiente di lavoro in Europa*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 1991, p. 157 ss. Volendo vedi anche L. ANGELINI, *La rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nelle società di capitali e nelle aggregazioni economiche complesse*, in questa "Rivista", 2, 2017, I, pp. 104-105.

³ M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, V&P, Milano, 2012, pp. 31-32, ma anche p. 127 ss.; R. DEL PUNTA, *Contrattazione e partecipazione*, cit., 481; B.M. ORCIANI, *Rappresentanza e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, Esi, 2014, p. 29 ss.

⁴ Dopo essere stato al centro dell'infuocato dibattito sulla c.d. democrazia industriale: per tutti, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985. V. anche M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 16 ss., in part. p. 21, anche per gli esaustivi riferimenti bibliografici.

⁵ Per approfondire: A. DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 132 ss.; L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in "Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali", 2005, p. 429 ss.

dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti, indispensabile ad assicurare la migliore tutela collettiva delle condizioni di salute e sicurezza sul luogo di lavoro⁶. Evidente sembra essere anche l'intenzione (del legislatore) di attribuire al concetto di partecipazione equilibrata, di cui occorre ben cogliere la vocazione teleologica, la funzione di accogliere e legittimare tutti quegli strumenti o forme di coinvolgimento (sia dei lavoratori sia dei loro rappresentanti) che, disciplinati dai diversi stati membri, non possono essere tecnicamente ricondotti nell'alveo dei diritti di informazione e consultazione, rispetto ai quali la sola previsione di legge o di contrattazione collettiva è di per sé sufficiente a considerarli "equilibrati", ovvero "adeguati" (anche) per il diritto comunitario⁷.

Se apprezzata in tal senso, la partecipazione equilibrata cui si riferisce la direttiva più che essere vaga è una nozione aperta, che riconoscere e legittima ogni possibile pratica nazionale (a finalità partecipativa) destinata a migliorare la qualità della relazione e la continuità dello scambio tra gli attori della prevenzione aziendale che non possa essere altrimenti qualificabile, in grado di comprendere le più diverse modalità di confronto (anche negoziale) e di tradursi in forme di gestione collaborativa delle tematiche inerenti la salute e sicurezza insite nell'organizzazione aziendale⁸.

Un importante contributo alla corretta interpretazione della nozione di partecipazione equilibrata della direttiva 89/391/Cee può rinvenirsi nei molti scritti che, in quegli stessi anni, Massimo D'Antona dedicava alla partecipazione dei lavoratori nell'impresa nell'ambito delle dinamiche tipiche della contrattazione collettiva, con la piena consapevolezza della tensione, non necessariamente di tipo antagonista, che può correre tra di loro⁹. Soffermandosi in particolare sulla nozione di partecipazione, quella tratteggiata da D'Antona è non soltanto articolata, ma anche ampia, quasi incontrollabilmente dilatata (almeno se intesa nel suo significato "comportamentale"), esito di prassi diverse tra loro, in cui possono convivere e combinarsi tutti gli strumenti giuridici che consentono alla rappresentanza collettiva di influire sui processi collettivi (nell'accezione c.d. decisionale), vale a dire attraverso l'esercizio dei diritti di informazione, consultazione, esame

⁶ M. LAI, *Salute e sicurezza sul lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'unione europea*, Torino, Utet, 2009, p. 666.

⁷ Per approfondire, M. GIOVANNONE, *La partecipazione dei lavoratori alle politiche di prevenzione e protezione della salute e sicurezza nel quadro internazionale e comparato*, e A. MENNELLA, *Una rassegna delle indagini sul tema a livello internazionale e italiano*, entrambi in S. CIUCCIOVINO e M. MARCHIORI, *Le pratiche partecipative per la tutela della salute e della sicurezza. Il ruolo del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nel settore dell'igiene ambientale*, Roma Ediesse, 2017, rispettivamente p. 35 ss., e p. 131 ss.

⁸ J. APARICIO TOVAR, *Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 587: l'espressione "partecipazione equilibrata" non escluderebbe riferimenti a forme di negoziazione informale o atipica (gestionale). Anche per G. NATULLO, *Sicurezza sul lavoro e rappresentanze dei lavoratori nella prospettiva del diritto comunitario*, in "Diritto delle relazioni industriali?", 1993, p. 214, la logica partecipativa in cui si muove la direttiva quadro è anche quella di dare impulso all'attività contrattuale. Nella stessa prospettiva, R. DEL PUNTA, *Contrattazione e partecipazione*, p. 482.

⁹ Su quel dibattito e i suoi protagonisti, M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit. p. 21 ss.

congiunto, negoziazione e financo di codecisione¹⁰, e senza escludere a priori il ricorso alla contrattazione collettiva (di tipo gestionale) nella misura in cui questa serva a condizionare le decisioni imprenditoriali (nella prospettiva della partecipazione come obiettivo)¹¹. Senza approfondire ulteriormente, sembra tuttavia possibile ricavarne almeno un'indicazione (autorevole) circa la probabile vera *ratio* della nozione di partecipazione equilibrata introdotta dalla direttiva quadro, apprezzabile soprattutto nella prospettiva teologico-valoriale in cui il suo legislatore l'avrebbe consapevolmente collocata: riconoscere e legittimare tutti i modelli e gli strumenti partecipativi adottati nei diversi ordinamenti e nei sistemi di relazioni industriali dei paesi membri (e che non siano tecnicamente riconducibili alle *species* dei diritti di informazione e consultazione), grazie ai quali si può realizzare un più efficace coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti all'interno dei processi decisionali finalizzati alla definizione e adozione delle misure di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Che il miglior coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti sia il vero obiettivo da perseguire – ovvero il *genus* a cui le distinte *species* dell'informazione, della consultazione e della partecipazione equilibrata concorrono – è tesi corroborata anche dalle disposizioni della Convenzione OIL n. 155 del 1981, nella quale l'obiettivo del coinvolgimento (dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti), esteso come nella direttiva quadro a tutti gli aspetti della salute e della sicurezza sul lavoro, viene addirittura declinato, sempre nel rispetto di regole e prassi nazionali, in forme di vera e propria cooperazione tra il management e i lavoratori e/o i loro rappresentanti sindacali, realizzabile anch'essa attraverso l'esercizio dei diritti di informazione, consultazione e di esame congiunto¹², supportato da una appropriata formazione e dalla previsione di tutele contro possibili atti di discriminazione connessi allo svolgimento della funzione rappresentativa.

2. Prima della direttiva quadro. Il “modello operaio” di tutela dell'ambiente di lavoro e sulle sue “fortune” (anche) oltre i confini nazionali

Precedentemente all'emanazione della direttiva quadro, il nostro Paese aveva sperimentato con alterne fortune diversi strumenti di rappresentanza e tutela

¹⁰ Su un modello di partecipazione realizzabile (anche) attraverso l'istituzione di procedure bilaterali o la costituzione di organismi paritetici di natura mista, R. DEL PUNTA, *Contrattazione e partecipazione*, cit., pp. 481.

¹¹ Vedasi, per tutti, M. D'ANTONA, *Partecipazione, Codeterminazione, Contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in “Rivista giuridica del lavoro”, 1992, Parte, I, p. 137 ss.

¹² In tema, *amplius*, C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, pp. 26 ss. e p. 52 ss.

collettiva delle condizioni di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, di fonte soprattutto contrattuale ma anche legislativa¹³.

Ad intervenire per prima, intorno alle metà degli anni cinquanta (del secolo scorso), era stata la contrattazione collettiva integrativa dei settori, chimico, alimentare e metalmeccanico, grazie alla quale si erano costituiti, soprattutto in alcune grandi aziende, i Comitati paritetici, organismi composti (pariteticamente) da rappresentanti del management e dei lavoratori, simboli identitari di un modello di stampo collaborativo-partecipativo cui si erano nel tempo aggiunte un buon numero di commissioni paritetiche territoriali. Con la contrattazione nazionale della metà degli anni '60 vedranno la luce le Commissioni ambiente, alle quali saranno attribuiti significativi poteri di indagine e innovativi strumenti per il controllo della nocività delle attività lavorative (registri dei dati ambientali, libretti personali e di rischio), insieme alla facoltà di avanzare proposte per l'adozione di misure precauzionali destinate alla riduzione dei rischi¹⁴.

Rispetto al rafforzamento (anche) della tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori, l'evento giuridicamente più rilevante di questo straordinario ciclo delle relazioni industriali italiane resta l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, di cui vorrei qui limitarmi a richiamare l'art. 9, nel quale si dispone – o meglio si disponeva, visto che è opinione largamente condivisa che la norma non sia più in vigore¹⁵ – che i lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica¹⁶.

Com'è evidente, l'art. 9 è innanzitutto una norma sulla rappresentanza, perché soltanto attraverso la rappresentanza i lavoratori potranno esercitare le prerogative che il legislatore attribuisce loro. Tra i suoi meriti vi è senz'altro anche quello di riconoscere a tutti i lavoratori il diritto di costituire rappresentanze

¹³ S. AUTIERI, C. ARLATI, C. STANZANI, *Le nuove di rappresentanza dei lavoratori nelle imprese per la tutela della salute e la sicurezza negli ambienti di lavoro*, in C. STANZANI (a cura di), *Il Centro Ricerche e Documentazione rischi e danni da lavoro (1974-1985). Uno studio storiografico, sociologico e giuridico di una stagione sindacale*, Franco Angeli, 2019, p. 45 ss.

¹⁴ I DELARIA, D. DI NUNZIO, *L'azione sindacale per la prevenzione, conoscenza, partecipazione e controllo nei contesti aziendali*, in C. STANZANI (a cura di), *Il Centro Ricerche*, cit., p. 89 ss.; S. RENGÀ, *Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni Novanta*, in "Lavoro e diritto", 1994, p. 616 ss.; L. ANGELINI, *Discipline vecchie e nuove in tema di rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza*, in "I Working Papers di Olympus", n. 20/2013, p. 3.

¹⁵ E. ALES, *L'art. 9 Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, I, p. 59 ss.; P. PASCUCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08*, in "Diritti, lavori, mercati", 2010, p. 663 ss. Propende per la "sopravvivenza" dell'art. 9 St. lav.; S. CIUCCIOVINO, *Il quadro italiano*, in S. CIUCCIOVINO, L. MARCHIORI (a cura di), *Le pratiche partecipative per la tutela della salute e della sicurezza*, cit., p. 86 e ss., in part. p. 89.

¹⁶ D. MEZZACAPO, A. DELOGU, M. VERZARO, S. CAIROLI, F. FERRARO, *Il contributo alla evoluzione della disciplina in materia di salute e sicurezza delle lotte sindacali coeve al CRD: retrospettiva storica e prospettive di attualità*, in C. STANZANI (a cura di), *Il Centro Ricerche*, cit., 139 ss.; G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in "Lavoro e diritto", 1990, p. 222 ss.; A. DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 115-118.

indipendentemente dal tipo e dalla dimensione dell'azienda, superando il pesante limite imposto da una contrattazione collettiva priva di efficacia *erga omnes*¹⁷. Inoltre, seppure scaturita da un clima sindacale in forte fermento e dall'accesa conflittualità, l'art. 9 è una disposizione tutt'altro che ostile alla realizzazione di dinamiche collaborativo-partecipative¹⁸, in linea con i contenuti della migliore contrattazione collettiva nazionale e integrativa cui si è accennato, essendo il legislatore dello Statuto ben conscio che i temi della tutela e della sicurezza esprimono una loro oggettiva specificità, ma sono anche essenziali a sostenere la mobilitazione dei lavoratori, rispetto alla quale costituiscono uno straordinario e insostituibile fattore aggregante¹⁹. Ci basti ricordare la formazione diffusa e spontanea dei c.d. "gruppi operai omogenei" e la designazione al loro interno di delegati molto motivati, la cui azione sarà fortemente sostenuta dalla strategica alleanza con i tecnici della sicurezza e con i medici del lavoro, tutti uniti dall'obiettivo di tutelare al meglio la persona umana nella sua integrità psicofisica e sociale²⁰.

Al dialogo fecondo che ne seguirà può attribuirsi almeno in parte il merito di aver contribuito alla diffusione di un clima favorevole all'emanazione di un'altra legge fondamentale per il nostro Paese, quella che istituisce il Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978), nella quale il concetto di salute cessa di essere considerato come una "opportunità" esclusivamente legata al lavoro e alle condizioni professionali per assumere concretamente, come vuole la nostra Costituzione, la dimensione sua propria, quella di diritto primario, assoluto e inalienabile della persona²¹.

La strategia d'azione per la tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori che si definirà in quegli anni, nota come "modello operaio sull'ambiente di lavoro", riuscirà a mettere ben a fuoco alcuni fondamentali principi-caposaldo in grado di assicurarne l'efficacia, tra i quali spiccano la centralità della fabbrica, la non delega, la validazione consensuale e la non monetizzazione del rischio. Si tratta di principi che giocheranno un ruolo fondamentale nell'affermazione di quella cultura partecipata della prevenzione nei luoghi di lavoro che si tradurrà con forza e autorevolezza nelle disposizioni della Convenzione OIL 155/1981 e della direttiva

¹⁷ Volendo approfondire, A. LASSANDARI, *La contrattazione e il contratto collettivo*, in P.G. ALLEVA, G. GHEZZI (a cura di), *Il Diritto del lavoro*, Roma, Ediesse, 2002, fasc. 12. G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo*, cit., p. 227, ma anche p. 231.

¹⁸ Su tutti questi aspetti, L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 174 ss. e C. Smuraglia, *La sicurezza sul lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, p. 467 ss. Volendo v. anche: L. ANGELINI, *Discipline vecchie e nuove*, cit., p. 4; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale," I, 2000, p. 613.

¹⁹ D. MEZZACAPO, A. DELOGU, M. VERZARO, S. CAIROLI, F. FERRARO, *Il contributo alla evoluzione della disciplina in materia di salute e sicurezza delle lotte sindacali coeve al CRD*, cit., p. 158 ss.; A. CEGLIA, *L'elaborazione sindacale, culturale e politica che condusse alla riforma sanitaria del 1978 e all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*, in C. STANZANI (a cura di), *Il Centro Ricerche*, cit., p. 187 ss., p. 194 ss.

²⁰ F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, p. 203; A. TAMPIERI, *Profili individuali e collettivi della sicurezza sul lavoro*, in "Lavoro e Diritto", 1999, p. 151.

²¹ A. CEGLIA, *L'elaborazione sindacale*, cit., p. 201 ss.; G. NATULLO, *Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e rappresentanze sindacali in azienda*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 1997, n. 4, p. 205; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, Giappichelli 2002, p. 64.

quadro n. 89/391/Cee, grazie anche al contributo della contrattazione collettiva che già a partire dalla seconda metà degli anni settanta promuoverà non soltanto l'istituzione di Commissioni paritetiche per la prevenzione degli infortuni – con compiti di studio, proposta, consultazione, vigilanza e di confronto tecnico preventivo – ma riconoscerà anche consistenti “pacchetti” di diritti (collettivi) di informazione e di consultazione attraverso i quali orientare le scelte strategico/organizzative dell'impresa, i quali acquisiranno un ruolo sempre più rilevante tra gli strumenti di coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze²².

La straordinaria esperienza maturatasi in Italia durante quella “gloriosa” stagione susciterà molta attenzione anche fuori dal nostro Paese, influenzando le strategie di lotta di movimenti sindacali non soltanto europei. Il nostro modello di prevenzione, infatti, è stato studiato, tradotto, adattato nelle realtà e culture di relazioni sindacali molto diverse dalle nostre e ha sicuramente contribuito a quel “cambio di approccio” ai temi della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che si registrerà a cavallo tra gli anni '70 e '80, traducendosi nel rifiuto della visione fatalista dei rischi e dei danni da lavoro, nell'attenzione agli aspetti organizzativi del lavoro, nel coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti, nella richiesta di professionalità dotate di competenze specifiche in campo tecnico e sanitario. Degno di particolare menzione è il fruttuoso confronto che vide protagonisti i sindacalisti italiani e i loro colleghi spagnoli, tra cui le cronache annoverano un lungo soggiorno-studio di una delegazione della CC.OO presso il nostro Centro di Ricerche e Documentazione (CRD, 1978). Quel soggiorno segnò l'inizio di un intenso programma di lavoro sui temi della prevenzione in Spagna, a partire dalla traduzione di una fondamentale dispensa FLM su “L'ambiente di lavoro” – traduzione che ne permise la diffusione anche in molti Paesi latino-americani (Argentina, Brasile, Uruguay, Cile) – per concludersi, in verità molti anni dopo (1996), con la fondazione, sul modello del CRD, dell'ISTAS, destinato a promuovere e sostenere le attività di formazione e informazione dei lavoratori su rischi e strategie di prevenzione²³.

3. L'attuazione della direttiva quadro in Italia. Le disposizioni del d.lgs. n. 626 del 1994 sui RLS e sugli Organismi paritetici territoriali

Nel dare attuazione, con non inconsueto ritardo, ai principi della direttiva quadro in tema di rappresentanza, consultazione e partecipazione dei lavoratori, il d.lgs. n. 626/1994 dispone che in tutte le aziende deve essere prevista l'elezione o

²² S. RENGA, *Modello sindacale*, cit., p. 640 ss., in part. p. 649.

²³ Sull'attività di studio e di ricerca svolta dal Centro di Documentazione e Ricerca, nonché sulla diffusione “all'estero” del modello operaio, C. Stanzani, *Analisi dell'influenza del modello operaio italiano sulla “salute e sicurezza nei luoghi di lavoro” e del CRD nel contesto internazionale*, in C. STANZANI (a cura di), *Il Centro Ricerche*, cit., p. 222 ss.

la designazione di rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, distinguendo le aziende (o le unità produttive) sino a 15 dipendenti da quelle con più di 15, ovvero la soglia che in Italia consente la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali. Mentre nelle prime il rappresentante per la sicurezza è eletto/designato direttamente dai lavoratori al loro interno, oppure individuato per più aziende (purché sempre fino a 15 dipendenti) di un determinato territorio o medesimo comparto²⁴, in quelle con più di 15 dipendenti, i rappresentanti dovranno essere eletti/designati nell'ambito delle rappresentanze sindacali quando già esistenti; nell'ipotesi in cui non ve ne siano, il rappresentante dovrà essere individuato dai lavoratori al loro interno²⁵.

Nonostante l'ampio (e condivisibile) rinvio operato in favore della contrattazione collettiva per la definizione del numero, delle modalità di designazione/elezione e degli strumenti per l'espletamento della funzione, il legislatore non rinuncia a fissare direttamente il numero minimo di rappresentanti da individuare e a elencare le prerogative e le tutele che devono comunque essere loro riconosciute, tanto da definire un consistente pacchetto che spazia dalla consultazione preventiva e tempestiva, ai diritti strumentali all'esercizio del ruolo, alle attività più marcatamente partecipative, tra cui rientra la convocazione della riunione periodica. La dimensione partecipativa è rafforzata anche dalla costituzione di Organismi paritetici (territoriali) ad opera delle Organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, ai quali sono attribuite importanti funzioni di orientamento e di promozione di iniziative formative nei confronti dei lavoratori, oltre a costituire la sede di prima istanza per la soluzione di eventuali controversie sull'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione, e il riferimento "operativo" dei RLS territorialmente competenti. Rispetto alle loro tradizionali funzioni di orientamento e promozione formativa, il d.lgs. n. 626/1994 ha fatto esplicitamente salvi gli Organismi bilaterali già istituiti dalla contrattazione collettiva: una scelta destinata a ribadire la funzione di sostegno che la disciplina legislativa intendeva svolgere nei confronti della contrattazione, senza ovviamente rinunciare a integrarne utilmente le attività e le funzioni²⁶.

²⁴ Nel dare attuazione ai rinvii del d.lgs. n. 626/1994, soltanto l'Accordo interconfederale dell'Artigianato del 3 novembre 1996 opererà per il modello di rappresentanza territoriale, considerato il più adatto alle piccole imprese che caratterizzano il settore: cfr. L. ANGELINI, *Discipline vecchie e nuove in tema di rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 10 ss.

²⁵ L'emanazione del d.lgs. n. 626/1994 avrebbe definitivamente risolto la lunga *querelle* sull'identificazione delle rappresentanze ex art. 9 St. lav. con quelle sindacali: S. AUTIERI, C. ARLATI, C. STANZANI, *Le nuove di rappresentanza dei lavoratori*, cit., p. 56. Sul concetto di rappresentanze sindacali nel d.lgs. n. 626/1994: P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in "Rivista giuridica del lavoro", suppl. n. 2, 2007, p. 161 ss.; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 196.

²⁶ G.P. CELLA, T. TREU, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 66 ss.; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 203.

3.1. *La rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nel sistema di relazioni industriali "governato" dall'Accordo del 23 luglio 1993, tra (possibili) sinergie virtuose e criticità da presidiare*

Provando a interrogarsi sulle ragioni che possono aver indotto il legislatore italiano a prevedere un modello di rappresentanza in cui, ove possibile, l'individuazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza deve avvenire nell'ambito delle rappresentanze sindacali aziendali, occorre innanzitutto ricordare che, al tempo dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 626/1994, l'assetto delle nostre relazioni industriali era regolato dall'Accordo del 23 luglio 1993 siglato tra sindacati, imprenditori e governo (noto anche come "Protocollo Giugni"), un'intesa molto importante destinata a rivedere soprattutto la struttura della contrattazione collettiva²⁷.

Nel confermare i due tradizionali livelli di contrattazione (nazionale e aziendale/territoriale, in alternativa tra loro), l'Accordo assegnava a quello aziendale la disciplina di materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto al contratto nazionale di categoria, affidandone a quest'ultimo (il nazionale) la regolamentazione delle relative competenze mediante specifiche clausole di rinvio destinate a valorizzare la funzione organizzativa e gestionale propria di una contrattazione collettiva decentrata pensata come una sorta di canale negoziale (potenzialmente) continuo che necessita di un elevato livello di partecipazione e coinvolgimento dei lavoratori che le loro rappresentanze sindacali devono essere in grado di assicurare²⁸. In verità, il riassetto della struttura contrattuale si reggeva anche su un altro fondamentale criterio (soggettivo) di coordinamento tra i suoi due livelli in base al quale ai sindacati stipulanti il contratto nazionale di categoria andava (comunque) riservato un terzo dei componenti delle Rappresentanze sindacali unitarie (d'ora in poi, RSU) e alle loro strutture periferiche attribuita la legittimazione a stipulare congiuntamente con le RSU il contratto collettivo aziendale: così, la valorizzazione della contrattazione decentrata non avrebbe mai potuto mettere in discussione né la centralità del contratto nazionale né il ruolo svolto dal sindacato di categoria!

L'importanza che nell'ambito di questo sistema assume la costituzione delle RSU è cruciale: già disciplinate da un primo accordo interconfederale del 1991 (rimasto però inattuato) che le concepiva come una struttura interamente elettiva, esse sono state completamente ripensate dall'Accordo del 20 dicembre 1993, nel

²⁷ Siglato sulle premesse del Protocollo del 1992: M.V. BALLESTRERO, *Diritto Sindacale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 149 ss.

²⁸ Suggestiva la formula utilizzata al Punto. 3.3. del Protocollo, nella quale, in relazione alla vigenza del contratto aziendale, si esplicita che le parti "svolgeranno procedure di informazione, consultazione, verifica o contrattazione...per la gestione degli effetti sociali connessi alle trasformazioni aziendali quali le innovazioni tecnologiche, organizzative ed i processi di ristrutturazione che influiscono sulle condizioni di sicurezza, di lavoro e di occupazione...". In merito a struttura, caratteri, procedimenti e contenuti della contrattazione decentrata, G.P. CELLA, T. TREU, *Relazioni industriali*, cit., 135 ss.

quale si riconosce alle parti firmatarie il diritto a promuoverne la formazione e a partecipare alla loro elezione purché esse rinuncino (contestualmente) alla costituzione di proprie RSA, visto che, una volta costituita, la RSU subentra nella titolarità di tutti i diritti, i permessi, le libertà, i poteri sindacali, le funzioni che lo Statuto attribuisce alle RSA, compresa la legittimazione a stipulare il contratto collettivo aziendale²⁹.

Rispetto al contesto appena descritto, la scelta compiuta dal d.lgs. n. 626/1994 nel definire il modello della rappresentanza per la sicurezza appare perfettamente coerente con l'obiettivo di evitare che all'interno delle aziende si formi, accanto a quella sindacale generalista, un altro canale di rappresentanza specifica (legittimazione direttamente dai lavoratori), come ben ci conferma anche il dettato dell'art. 18, co. 2, ultimo periodo (cui tuttavia la contrattazione non ha mai dato corso), il quale consente anche nelle imprese o unità produttive fino a 15 dipendenti in cui siano costituite rappresentanze sindacali quando lo preveda la contrattazione collettiva che gli RLS siano eletti o designati nell'ambito delle stesse³⁰. Peraltro, una rappresentanza sindacale aziendale che assume la "veste" di RSU dovrebbe assicurare sull'effettività e sull'efficacia delle attività di tutela che i rappresentanti eletti potranno mettere in campo, senza subire lo snaturamento dell'essenziale dimensione partecipativa, migliorando anche i contenuti del contratto collettivo aziendale. Almeno sulla carta, infatti, la collocazione dei RLS nella RSU – purché essi siano adeguatamente consapevoli, motivati, informati e formati – non potrà non condizionare lo sviluppo di una contrattazione collettiva aziendale più attenta e ben disposta ad adottare misure e strumenti che tengano in debito conto anche le specifiche esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in coerenza con la gerarchia dei valori costituzionali affermata nell'art. 41, comma 2, Cost., laddove la tutela della salute assurge a limite (sicuramente esterno, ma anche interno) rispetto all'esercizio della libertà di iniziativa economica³¹.

Tutto ciò considerato, al netto delle troppe criticità che purtroppo emergeranno (v. infra, § 4), non pare tuttavia azzardato ritenere che il modello di rappresentanza disciplinato dal d.lgs. n. 626/1994 realizzi (tecnicamente) la migliore attuazione possibile dei principi della direttiva nell'ordinamento italiano, coniugando la presenza di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza in ogni azienda/unità produttiva e il rispetto dei caposaldi di un sistema di relazioni

²⁹ Sulla RSU come una "nuova versione" di rappresentanza a canale unico, vedi F. SANTINI, *Le rappresentanze sindacali unitarie. Struttura e funzioni*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 57 ss., ma anche M. V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 150 e G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Bari, Caucci, 2006, p. 83 ss. In tema di elementi caratterizzanti i sistemi a doppio canale, R. DEL PUNTA, *Organismi di rappresentanza*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del lavoro Comunitario*, cit., p. 477 ss., in part. p. 480. *Amplius*, M. BIAGI, *Rappresentanza e democrazia in azienda*, Maggioli, Rimini, 1990.

³⁰ Cfr. A. TAMPIERI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva nella tutela delle condizioni di lavoro*, in "Rivista giuridica del lavoro", 2001, I, p. 554 ss.

³¹ Cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Angeli, 2015, p. 61.

industriali a canale unico di rappresentanza³². Si tratta di un modello che il sindacato ha sicuramente contribuito a definire; un sindacato non disponibile a rinunciare a esercitare la rappresentanza (anche) di tematiche (salute e sicurezza) di cui è evidente la valenza aggregante e non divisiva (dei lavoratori), come testimoniano i successi conseguiti durante la straordinaria stagione emblematicamente segnata dallo Statuto dei lavoratori. Ovviamente, per il sindacato tutto ciò comporta assumere in pieno la responsabilità di creare le condizioni necessarie affinché, dentro le rappresentanze aziendali, i RLS possono esercitare pienamente le attribuzioni partecipativo-collaborative che la legge riconosce loro senza sacrificarle o impropriamente condizionarle a esigenze di natura meramente associativa.

4. Sulla mission (quasi) impossibile dei RLS dopo il d.lgs. n. 626/1994

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 626/1994, i RLS hanno iniziato una incerta "navigazione", resa difficoltosa da insidie di varia natura e portata che ne hanno condizionato in modi diversi l'azione di tutela quando esercitata in aziende o unità produttive fino a 15 dipendenti, dovendo distinguersi il caso in cui operi quella territoriale, da quando svolta in aziende o unità produttive con più di quindici dipendenti dove operano rappresentanze sindacali aziendali, nelle quali il legislatore impone che i rappresentanti per la sicurezza devono essere designati/eletti al loro interno.

Per quanto riguarda le aziende o unità produttive fino a 15 dipendenti, nonostante la situazione della rappresentanza territoriale non sia anch'essa scevra da ombre,³³ è soprattutto la condizione dei rappresentanti aziendali a destare preoccupazione, come testimoniano i risultati impietosi di analisi e ricerche da cui emerge, innanzitutto, come in una percentuale assai rilevante di queste piccole realtà i rappresentanti per la sicurezza non sono mai stati eletti o designati. Laddove sono presenti, resta lecito dubitare che l'assunzione del ruolo sia "genuina", essendo questa non raramente indotta dalle pressioni dei datori di lavoro cui serve un rappresentante dei lavoratori per poter adempiere i loro obblighi prevenzionali. Peraltro, pur di fronte ad una designazione genuina e a rappresentanti motivati, l'efficacia della loro azione è troppo spesso condizionata da un contesto organizzativo insufficientemente strutturato, da una formazione assolutamente inadeguata, da una svalutazione del ruolo da parte di datori di lavoro

³² Non la pensa così, A. TAMPIERI, *Azione sindacale*, cit., p. 558 ss.: la coincidenza fra i due organismi rappresentativi non consentirebbe al rappresentante per la sicurezza di rivendicare la necessaria autonomia e la doverosa specializzazione funzionale.

³³ Sulle difficoltà di radicamento a livello di sistema della rappresentanza territoriale, C. OGRISEG, *Sicurezza sul lavoro: primi interventi in vista del Testo Unico*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, n. 12, p. 26 ss.

e dirigenti, e, soprattutto, dalla mancanza di relazioni e supporti esterni (istituzionali e non)³⁴.

Rispetto alla situazione descritta, quella dei RLS nelle aziende con più di 15 dipendenti dovrebbe essere meno critica, se non altro perché almeno l'elezione/designazione parrebbe garantita dall'esistenza stessa di una rappresentanza sindacale nell'ambito della quale essi devono operare. In realtà, almeno per quanto riguarda il settore industriale, i RLS potranno essere individuati soltanto nell'ambito della RSU; in presenza di RSA, infatti, i rappresentanti continuano a essere individuati dai lavoratori al loro interno, non essendo qui praticabile l'opzione per la rappresentanza territoriale³⁵. Peraltro, con la elezione diretta dei RLS da parte dei lavoratori in aziende dove sono operative delle RSA, viene a determinarsi la più "grave" delle possibili incongruenze rispetto al modello di rappresentanza delineato dal decreto, che in ogni modo quel legislatore aveva cercato di evitare: la "coesistenza forzata" tra la rappresentanza sindacale generalista e la rappresentanza specialistica per la sicurezza, con il risultato che invece delle (potenziali) virtuosità di un modello a canale unico di rappresentanza si determinano dinamiche inedite, generate da una convivenza non regolata e instabile, a forte rischio di conflittualità.

5. *Dal d.lgs. n. 626/1994 al d.lgs. n. 81/2008. I RLS tra conferme (del modello), buoni "aggiustamenti" e nuovi strumenti collettivi di tutela*

Molto ben edotta sulle difficoltà incontrate dai RLS nell'esercitare efficacemente le loro funzioni, la legge delega n. 123/2007 si è chiaramente espressa per il rafforzamento del loro ruolo, scegliendo soprattutto di puntare sulla rappresentanza territoriale e su quella di sito produttivo³⁶. Rispetto alla designazione/elezione dei rappresentanti nelle piccole realtà aziendali, il d.lgs. n. 81/2008, dopo aver modificato il riferimento della soglia dai dipendenti ai lavoratori, ha precisato che ove non dovesse procedersi (come di norma) all'individuazione di un rappresentante da parte dei lavoratori al loro interno, le funzioni (di rappresentanza) saranno esercitate dai RLST competenti individuati in relazione al settore o al comparto di riferimento. In conseguenza di questa previsione – ora estesa anche alle imprese con più di 15 lavoratori, sempre che non

³⁴ L. MORISI, *La consultazione e la partecipazione*, in REGIONE EMILIA-ROMAGNA, AGENZIA SANITARIA LOCALE, *Applicazione del d.lgs. n. 626/1994 in Emilia-Romagna, Rapporto finale sull'attività di monitoraggio*, Dossier n. 82/2003, p. 125 ss. Da segnalare anche l'approfondito studio svolto da Censis ed Inail, *Un modello partecipato di prevenzione*, Roma, 2001, in <http://www.inail.it>.

³⁵ È opinione di A. TAMPIERI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva*, cit., p. 556, che la contrattazione interconfederale, nell'intrepretare il richiamo alle rappresentanze sindacale aziendali come esclusivamente riferibile alle sole RSU, avrebbe seguito un'opzione eccessivamente limitante e contraria all'intenzione del legislatore. Cfr. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori*, cit., pp. 499-501.

³⁶ Sulla nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 81/2008: A. DI STASI, *Il potere sindacale*, cit., p. 119 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il quadro italiano*, cit., p. 93 ss.

vi operi una rappresentanza sindacale – il legislatore riesce (finalmente) a garantire che in ogni realtà produttiva sia individuato un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, come impone la direttiva quadro³⁷.

Sulla nuova figura del RLS di sito produttivo, si tratta di una rappresentanza destinata ad operare in alcuni specifici contesti produttivi caratterizzati dalla compresenza di più aziende o cantieri in cui possono determinarsi complesse problematiche legate alla interferenza delle lavorazioni e all'elevato numero di addetti mediamente operanti, tra cui rientrano sicuramente i porti, i centri intermodali di trasporto, gli impianti siderurgici, i cantieri (con almeno 30.000 uomini-giorno). In tali ambiti, il legislatore ha previsto che il RLS di sito produttivo sia individuato dai e tra i RLS delle aziende che nello stesso operano, ai quali spetta valutare se sussistano esigenze di coordinamento funzionale. Alla contrattazione collettiva compete stabilire le modalità di individuazione del RLS di sito e di coordinamento delle attività dei vari RLS aziendali, garantendo anche l'esplicitamento della rappresentanza in quelle aziende o cantieri del sito in cui non vi siano RLS aziendali³⁸.

A proposito di attribuzioni, il d.lgs. n. 81/2008 ne aggiunge di significative, tra cui il rafforzamento delle procedure di consultazione degli RLS sulla designazione del medico competente e sull'organizzazione della formazione, l'estensione del diritto di ricorrere alle autorità competenti contro le misure di prevenzione e protezione dai rischi e i mezzi impiegati per attuarle nonché di essere dalle stesse (autorità) "sentiti" in occasioni di visite e verifiche, una maggiore disponibilità di tempo, di mezzi e di spazi, l'accesso ai c.d. dati informatici³⁹.

In merito agli Organismi paritetici, il d.lgs. n. 81/2008, pur lasciando alla contrattazione ampi margini di manovra, assegna loro nuovi e importanti compiti dai quali emerge il disegno di definire un vero e proprio sistema integrato di gestione bilaterale e partecipata della sicurezza finalizzato a supportare le imprese nell'individuazione delle migliori soluzioni tecniche e organizzative di tutela, nello svolgere e promuovere attività di formazione, nell'asseverare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi e gestionali (art. 30), nel designare e comunicare il nominativo dei RLST, nonché nel comunicare (all'Inail) l'elenco

³⁷ P. CAMPANELLA, I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, in ZOPPOLI L., PASCUCCI P., NATULLO G. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano, 2010, pp. 479-480.

³⁸ P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs act*, Collana Quaderni di Olympus, n. 5, Aras Edizioni, Fano, 2017, p. 254 ss.; L. ANGELINI, *La rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nelle società di capitali e nelle aggregazioni economiche complesse*, cit., p. 114 ss.

³⁹ Da valorizzare in chiave partecipativa è sicuramente anche l'istituto della «riunione periodica» (art. 35), il più adatto a favorire il confronto fra tutti gli attori del sistema di prevenzione aziendale, cui il decreto 81 aggiunge la questione dei Codici buone prassi contratti: P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 199-200.

delle imprese che hanno aderito alla pariteticità e alla rappresentanza territoriale⁴⁰.

6. I RLS nei dieci anni (e più) di applicazione del d.lgs. n. 81/2008

È fuori di dubbio che il d.lgs. n. 81/2008 abbia fatto alcune scelte importanti per valorizzare la rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza, sia garantendo, attraverso i rappresentanti territoriali, il formale insediamento della rappresentanza in tutte le aziende nelle quali i lavoratori non avessero altrimenti designato o eletto propri rappresentanti, sia affrontando, mediante l'individuazione dei RLS di sito, le esigenze di tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori in contesti produttivi molto articolati e complessi che la contrattazione collettiva dovrebbe estendere con maggior determinazione anche a realtà sostanzialmente "affini", quelle dei gruppi e delle reti/filiere d'impresa⁴¹.

Nonostante ciò, le indagini sugli RLS svolte in questo ultimo decennio continuano a restituirci l'immagine di una rappresentanza in difficoltà, sicuramente incapace di dare concretezza alle prerogative di partecipazione, appesantita da una formazione insufficiente, dalla scarsa considerazione del suo ruolo da parte di datori di lavoro e dirigenti, dalla poca credibilità per lo scarso livello di competenze che sarebbe realmente in grado di esprimere da parte degli stessi Organismi di vigilanza⁴².

Pur dovendo dare atto senza infingimenti di quanto impietosamente attestano gli studi e le ricerche più autorevoli soprattutto rispetto al mancato raggiungimento di un adeguato livello di coinvolgimento e di partecipazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti, qualche speranza su una possibile inversione di rotta viene dalla firma, avvenuta nell'arco di pochi mesi, di tre importanti documenti dai contenuti chiari e convergenti rispetto alla strategia di intervento che le Parti sociali intendono mettere in campo su questi temi.

⁴⁰ P. PASCUCCI, *Definizione, ruolo e funzioni dei "genuini" organismi paritetici in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in P. LOI, R. NUNIN (a cura di), *La bilateralità nel tempo a garanzia dell'artigianato*, EUT, Trieste, 2019, p. 93 ss.; M. RICCI, *Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 329 ss.

⁴¹ Sulla rappresentanza per la sicurezza: nei contratti di rete, S. BORELLI, *La sicurezza dei lavoratori nel contratto di rete. Discutendo dell'approccio contrattuale, istituzionale e funzionale*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 285 ss.; nell'appalto, B. DE MOZZI, *Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nell'appalto*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO e F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela della sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milano, Utet Giuridica, 2011, p. 203 ss., p. 206 ss.; S. BATTISTELLI, *Hard law e soft law alla prova della sicurezza sul lavoro negli appalti*, in questa "Rivista", n. 2, 2019, I, p. 25 ss.; L. ANGELINI, *La rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nelle società di capitali e nelle aggregazioni economiche complesse*, cit., p. 119 ss.

⁴² Cfr.: INAIL, *IMPACT-RLS: indagine sui modelli partecipativi aziendali e territoriali per la salute e la sicurezza sul lavoro. il ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e le interazioni con gli attori della prevenzione*, Roma, Collana Ricerche, 2017; M. MARCHIORI, *Riflessioni sui risultati delle indagini empiriche: luci e ombre del ruolo del RLS nel settore dell'igiene ambientale*, in S. CIUCCIOVINO e M. MARCHIORI, *Le pratiche partecipative per la tutela della salute e della sicurezza*, cit., p. 203 ss.; S. CANTONI, P. PASCUCCI, *Il d.lgs. n. 81/2008 dieci anni dopo*, Documento CHIP-Osservatorio Olympus, 2019, pp. 36-37, in <http://olympus.uniurb.it>.

Il primo documento, il c.d. Patto per la fabbrica siglato da Confindustria CGIL CISL UIL (9 marzo 2018)⁴³, sostanzialmente destinato a ridefinire gli indirizzi e i contenuti delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva, oltre a confermare la bontà del modello di contrattazione su due livelli (nazionale e decentrato, territoriale o aziendale), approfondisce con attenzione anche il tema della partecipazione. Consapevoli di doversi confrontare con significativi e continuativi cambiamenti economici, produttivi e tecnologici, le Confederazioni firmatarie ritengono indispensabile poter contare su un maggior livello di coinvolgimento e partecipazione fra impresa e lavoratori su tutto quanto attenga gli aspetti organizzativi della produzione e del lavoro. In questa prospettiva d'azione, la tutela della salute e sicurezza costituisce sicuramente un ambito privilegiato attraverso il quale favorire lo sviluppo di un sistema di relazioni industriali che sia nel complesso più responsabile e partecipato, soprattutto per quanto concerne la valorizzazione della rappresentanza aziendale e territoriale e dei sistemi di bilateralità.

Il *focus* che il Patto dedica ai temi della salute e sicurezza dei lavoratori, non scevro da qualche lacuna e da alcune ombre, è stato sicuramente sollecitato dalla sottoscrizione (19 gennaio 2018) di un documento unitario di CGIL CISL UIL condiviso con i coordinatori unitari per la salute e la sicurezza dei lavoratori che individua diversi obiettivi da perseguire, di cui vorrei segnalare soltanto due, uno relativo alla rappresentanza, l'altro alla contrattazione aziendale⁴⁴. Per quanto riguarda il primo, le Confederazioni assumono solennemente l'impegno di assicurare la presenza dei RLS (aziendali e territoriali che siano) in tutte le aziende, di sostenere la costituzione di Organismi paritetici nei settori in cui non si sia autonomamente consolidato un sistema di pariteticità ricorrendo all'operatività del fondo dedicato e di procedere all'istituzione capillare della rappresentanza di sito produttivo. Sulla contrattazione collettiva aziendale, la convinzione comune è che soltanto attraverso la realizzazione di una forte sinergia d'azione tra RLS e RSA/RSU sarà possibile garantire una contrattazione che anche sui temi della salute e sicurezza sia efficace e davvero migliorativa delle condizioni dei lavoratori. Una contrattazione che non deve rinunciare a individuare modelli innovativi (territoriali, di gruppo, di filiera e aziendali), nell'ambito dei quali inserire adeguati capitoli su salute e benessere dei lavoratori, orientare le tutele legislative relative agli orari di lavoro e affrontare tutte le questioni organizzative che possono incidere sulle condizioni lavorative.

⁴³ CONFINDUSTRIA E CGIL, CISL, UIL, *Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva*, ratifica dell'accordo del 28 febbraio 2018, Roma, 9 marzo 2018. Per approfondire: M. RICCI, *L'Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018: una svolta, dagli esiti incerti*, in "Argomenti di Diritto del Lavoro", n. 6/2018, p. 1399 ss. Nell'Accordo si prevede anche un'eventuale terza fase nella quale definire un quadro normativo idoneo ad attribuire efficacia generalizzata ai contratti collettivi.

⁴⁴ CGIL, CISL, UIL, "Un'azione di prevenzione efficace, partecipata e diffusa". *Obiettivi e priorità di un percorso per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro*, Marghera, 19 gennaio 2018.

Il Patto per la fabbrica e il documento unitario sulla strategia sindacale in materia di salute e sicurezza dei lavoratori si muovono in perfetta coerenza con i caposaldi che reggono il nostro sistema di relazioni industriali, rimasti sostanzialmente inalterati nonostante il convulso succedersi (a volersi limitare all'ultimo decennio) di eventi dalla portata potenzialmente dirompente come la firma di un Accordo separato (nel 2009) o come la (clamorosa) decisione della Fiat di uscire dal sistema confindustriale. Per superare le ragioni dello strappo, rispetto ai contenuti del Protocollo Giugni, l'Accordo interconfederale del 2011 (poi confluito, con modifiche, nel Testo Unico della Rappresentanza del 2014) ha cercato di dare maggiore certezza e affidabilità al funzionamento del sistema di relazioni industriali affrontando i temi della certificazione della rappresentatività e dell'efficacia vincolante del contratto aziendale, se approvato dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze o confermato dal voto maggioritario dei lavoratori⁴⁵. Per quanto riguarda le rappresentanze aziendali, sicuramente da sottolineare è l'abolizione del terzo riservato a CGIL, CISL, UIL per la costituzione delle RSU, le quali "tornano" così a essere soggetti interamente elettivi⁴⁶, ma anche il recuperato protagonismo delle RSA, valorizzate come strumento fondamentale e irrinunciabile per l'avvio della sindacalizzazione delle imprese e lo sviluppo (indispensabile) della contrattazione aziendale, rispetto al quale viene confermata la titolarità congiunta di rappresentanze sindacali e federazioni di categoria. Dunque, seppur attraverso un differente bilanciamento, elezione diretta da parte di tutti i lavoratori rappresentati e dimensione sindacale associativa restano i due necessari pilastri su cui si reggono le sorti di una buona rappresentanza e di una efficace contrattazione aziendale, nell'ambito di un sistema di relazioni industriali che resta saldamente ancorato alla (pur variegata) categoria dei modelli a canale unico di rappresentanza.

6.1. *Il primo Accordo attuativo del "Patto per la fabbrica". La designazione/elezione dei RLS nel nuovo Accordo Interconfederale per le imprese aderenti a Confindustria*

Il terzo documento da prendere in considerazione, sicuramente il più importante ai fini della riflessione da compiere, è l'Accordo Attuativo del Patto per la fabbrica firmato il 12 dicembre 2018 (il primo) riguardante proprio la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, strutturato in due parti, la seconda delle quali è interamente dedicata ad accogliere il nuovo Accordo interconfederale sulla

⁴⁵ U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Milano, Cedam, 2017, p. 44 ss.; M. RICCI, *L'Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018*, cit., p. 1402 ss.

⁴⁶ Con decisioni da assumere a maggioranza (e con vincolo di mandato): A. DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2014, II, p. 288.

rappresentanza e la pariteticità in ambito confindustriale, che sostituisce integralmente la vecchia intesa del 1995⁴⁷.

In relazione ai contenuti innovativi di tale Accordo, volendosi limitare agli aspetti relativi alla costituzione della rappresentanza, occorre innanzitutto rilevare come nelle aziende o unità produttive fino a 15 lavoratori, o in quelle con più di 15 dove non sia presente una rappresentanza sindacale e non si intenda procedere alla sua costituzione, l'RLS dovrà essere eletto e designato (secondo le modalità previste) dai lavoratori al loro interno entro un termine di attivazione della relativa procedura di sessanta giorni, trascorso il quale la rappresentanza dei lavoratori sarà assicurata dal competente RLST. Con la previsione di questo termine, l'Accordo intende garantire non soltanto che in ogni azienda si costituisca rapidamente la rappresentanza, ma anche che i lavoratori possano sempre esercitare l'opzione (seppur entro un termine breve e perentorio) per la elezione/designazione del rappresentante al loro interno, così da rispettare la volontà del legislatore che considera una tale scelta come la preferibile. I firmatari dimostrano qui di aver ben compreso quanto sia importante non compromettere la tenuta del legame tra la rappresentanza (speciale) per la sicurezza e (tutti) i lavoratori rappresentati, i quali non devono nutrire dubbi circa il fatto che la presenza del rappresentante territoriale nella loro azienda, ovviamente quando avviene *ope legis* fuori dai contesti in cui è considerata l'opzione preferibile, non sia un'imposizione ma soltanto la conseguenza (inevitabile) di una loro scelta, che proprio per questo dev'essere libera e consapevole. Per il vero, si sarebbe potuto e dovuto fare molto di più, soprattutto nel rassicurare i lavoratori più motivati e potenzialmente disponibili a candidarsi attraverso la previsione di forme e strumenti di aiuto e sostegno nello svolgimento delle funzioni rappresentative. In questa prospettiva sono da guardare con particolare favore alcuni (sporadici) tentativi portati avanti dalla contrattazione collettiva territoriale dell'edilizia che prevedono la possibilità per il RLS aziendale che lo voglia, di relazionarsi non soltanto con la rappresentanza territoriale ma anche con gli stessi Organismi paritetici, per ottenere da entrambi sostegno e supporto. Dunque, seppur immaginate dal legislatore come forme alternative, rappresentanza aziendale e territoriale non sono necessariamente costrette ad esserlo, o quanto meno la contrattazione collettiva può legittimamente decidere di attivare tra loro forme di collaborazione che consentano anche agli rappresentanti aziendali, preferibilmente tramite gli RSLT, di accedere a molti dei servizi offerti dalla pariteticità⁴⁸.

⁴⁷ Sulla struttura e sui contenuti dell'accordo, *amplius*, C. FRASCHERI, *Una conferma del modello partecipativo quale via privilegiata per la prevenzione e le tutele della salute e sicurezza sul lavoro dalle Parti sociali per il settore industria. Intesa tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil, sui temi della salute e sicurezza sul lavoro*, in questa "Rivista", 2, 2018, II, p. 3 ss. V. anche: L.M. PELUSI, *Salute e sicurezza, accordo attuativo del patto per la fabbrica*, in "Guida al lavoro", n. 5/2019, p. 22 ss.; S. BATTISTELLI, *Hard law e soft law*, cit., p. 21, che evidenzia l'atteggiamento eccessivamente cauto tenuto dalle Confederazioni, le quali non avrebbero colto l'occasione per rafforzare sostanzialmente le funzioni dei RLS.

⁴⁸ Così, L. ANGELINI, *Questioni aperte in materia di rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza*, Relazione, in <http://olympus.uniurb.it>.

Per quanto riguarda le aziende con più di 15 dipendenti, in questo diversamente dal vecchio Accordo del 1995 che prevedeva che i RLS dovessero essere eletti e designati soltanto all'interno della RSU, il nuovo (Accordo) consente che anche nell'ambito delle RSA possano svolgersi le funzioni di rappresentanza per la sicurezza: ai componenti delle stesse RSA presenti in azienda è affidato il compito di eleggerli al loro interno. Nel caso in cui in azienda sia costituita una RSU, le funzioni di RLS saranno svolte dai rappresentanti che, essendosi formalmente candidati, abbiano ottenuto il maggior numero di preferenze tra i rappresentanti effettivamente eletti nella RSU: nell'ipotesi in cui nessuno dei candidati (a svolgere le funzioni di RLS) venga eletto (o lo siano in numero insufficiente rispetto al numero previsto), spetterà ai Rappresentanti eletti procedere alla designazione al loro interno⁴⁹.

Se l'obiettivo di favorire la confluenza della rappresentanza per la sicurezza nella rappresentanza sindacale è condivisibile, essendo questa, sia per il legislatore che per il nostro sistema di relazioni industriali a canale unico di rappresentanza quella che è stata già qui definitiva come la *best solution*, le modalità che l'Accordo ha individuato per realizzarla suscitano riserve circa la possibilità che si concretizzi davvero quell'auspicata "convergenza virtuosa" fra rappresentanze (speciale e generalista) destinata a rafforzarle entrambe. Ovviamente, *nulla quaestio* se tra i rappresentanti eletti nella RSU vi siano anche coloro che hanno partecipato alle elezioni candidandosi formalmente a svolgere anche il ruolo di RLS, dovendosi in questo caso riconoscere appieno il valore della candidatura sia sotto l'aspetto della manifesta disponibilità ad assumere le responsabilità del ruolo sia per quanto concerne la legittimazione conferita dalla maggioranza dei lavoratori rappresentati attraverso l'elezione. Al contrario, qualora nessuno dei candidati a RLS dovesse risultare eletto come componente della RSU, lasciare ai soli rappresentanti sindacali eletti di designare al loro interno decidere chi ne dovrà svolgere le funzioni è una soluzione non convincente, e solo in apparenza rispecchia quella in cui vengono a trovarsi le piccole aziende quando i lavoratori, non attivandosi entro il termine previsto saranno tutelati dal rappresentante territoriale. È senz'altro vero che in entrambi i casi l'obiettivo perseguito è garantire l'individuazione del rappresentante e che neppure l'RLST riceve alcuna legittimazione diretta da parte dei lavoratori che rappresenterà. Tuttavia, mentre il rappresentante territoriale ottiene il mandato nel rispetto di una specifica procedura di individuazione che ne attesta la legittimazione, le attitudini, la competenza, le capacità, la soluzione pensata quando i candidati alle funzioni RLS non sono stati eletti (come componenti della RSU) garantisce soltanto la regolare costituzione della rappresentanza sindacale ma non anche quella della rappresentanza per la sicurezza⁵⁰. L'unica alternativa praticabile

⁴⁹ M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza e nuovi scenari del mondo del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 204.

⁵⁰ Qualche perplessità suscita anche la soluzione prevista nel caso in cui il componente della RSU o della RSA si trovi a decadere, dimettersi, cambiare appartenenza sindacale, che comporta

non può che essere l'annullamento e la ripetizione delle elezioni⁵¹, con la presentazione di nuove candidature da sottoporre alla legittimazione del voto dei lavoratori per l'esercizio di entrambe le funzioni di rappresentanza. Rispetto all'individuazione dei RLS tra i componenti delle RSA, che desta non meno preoccupazioni, una soluzione credibile potrebbe essere quella di prevedere che il RLS, pur individuato tra i membri delle RSA, sia anch'esso eletto da tutti i lavoratori dell'azienda o dell'unità produttiva, e non soltanto dai membri delle RSA.

Al di là di quali saranno, dei correttivi sembrano comunque necessari: occorre evitare che l'adozione di procedure di individuazione della rappresentanza poco convincenti non soltanto accentuino i rischi di annullamento/assorbimento della rappresentanza specialistica in quella sindacale generalista, ma inducano i lavoratori a dubitare circa la linearità del comportamento tenuto dalle Confederazioni nel darsi regole che sembrano non del tutto coerenti con le condivisibili strategie che hanno dichiarato di voler perseguire. Ogni possibile ambiguità in tal senso va fugata. Se si vuole che la designazione/elezione dei RLS realizzi la virtuosa convivenza su cui si è già avuto modo di argomentare, è alla rappresentanza sindacale aziendale che spetta il compito di "aprirsi" lasciandosi contaminare fino in fondo dalle dinamiche collaborativo-partecipative di quella specialistica, procedure e contenuti della contrattazione collettiva compresi⁵².

7. Per concludere. Oltre le regole, i valori (soprattutto al tempo del coronavirus)!

Per rendere la rappresentanza per la sicurezza più efficace, la definizione delle regole che servono a disciplinarne il modello, la struttura, gli strumenti e le prerogative sono molto importanti. Dunque, ben fanno le Parti sociali, anche attraverso la contrattazione collettiva, ad impegnarsi in tal senso. Il livello di consapevolezza e di visione che si palesa nei contenuti delle più recenti intese è nel complesso apprezzabile, e testimonia una feconda tensione con le mutate esigenze sociali, economico-produttive del Paese, muovendosi coerentemente anche con l'evoluzione di un sistema di relazioni industriali sempre più disponibile ad aprirsi a dinamiche partecipative (in certi casi addirittura collaborative), soprattutto per quanto concerne una contrattazione aziendale in cerca di protagonismo.

C'è tuttavia un rischio che una spasmodica attenzione alle regole porta con sé: implementare un modello di rappresentanza sempre più istituzionalizzato che

l'immediata decadenza anche dal ruolo di RLS, essendo possibile proseguire nell'esercizio della funzione solo fino a nuova elezione e, comunque, al massimo per ulteriori sessanta giorni. Cfr. C. FRASCHERI, *Una conferma del modello*, cit., p. 16.

⁵¹ In coerenza con i principi del Testo Unico della Rappresentanza, l'Accordo Confindustria 2018, diversamente dall'Accordo del 1995 che prevedeva anche la possibilità di componenti aggiuntivi (non facenti parte della RSU), esclude che il ruolo di RLS possa essere ricoperto da persone non elette tra le RSU, realizzando così una perfetta compenetrazione tra rappresentanze per la sicurezza e rappresentanze sindacali. Vedi, M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori*, cit., p. 205.

⁵² M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori*, cit., p. 206.

potrebbe non considerare l'importanza di conservare con cura il legame che deve tenere uniti il rappresentante alla collettività rappresentata, come l'esperienza dei gruppi operai omogenei e dei loro delegati ci ha ricordato attraverso l'affermazione dei principi della non delega e della validazione consensuale dei rischi.

Non saprei dire se nell'attuale situazione sociopolitica ed economica quell'insieme di condizioni (con la loro forte carica ideale e identitaria) che negli anni 60'/70' spinsero così tanti lavoratori a prendersi direttamente carico della loro salute e sicurezza, aggregandosi e agendo come un'unica "comunità di rischio", possano riproporsi. Resta tuttavia validissimo l'insegnamento che ci viene da quella straordinaria vicenda: quando è in gioco la tutela della salute e sicurezza, nessuna vera conquista è possibile se si prescinde dalla partecipazione e dall'effettivo coinvolgimento dei lavoratori che, una rappresentanza collettiva che essi non abbiano adeguatamente legittimato, nella quale non si riconoscano e che, soprattutto, non si dimostri nei fatti capace di interpretare tutti i loro bisogni non è sicuramente in grado di realizzare.

Su quanto sia cruciale il coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze rispetto alla tutela collettiva della loro salute e sicurezza ne facciamo esperienza in questi terribili giorni nei quali l'emergenza coronavirus colpisce il mondo intero e sembra accanirsi con particolare veemenza proprio su Italia e Spagna. Di fronte alla crescente preoccupazione e al disorientamento determinato dall'incedere rapido e spietato del contagio, accanto ai reiterati (e convulsi) provvedimenti emergenziali emanati dal Governo e dalle autorità sanitarie è comparso anche un Protocollo nel quale le Parti sociali (14 marzo 2010) hanno condiviso (con il Governo) la regolamentazione delle misure di contenimento della diffusione del Covid-19 nell'ambito delle attività produttive, da applicarsi considerando le peculiarità delle diverse organizzazioni aziendali, previa consultazione delle rappresentanze sindacali e prevedendo la costituzione di un Comitato *ad hoc* per verificarne l'applicazione, in cui sono ovviamente coinvolti le rappresentanze sindacali aziendali e gli RLS⁵³. Senza alcun dubbio, le imprese che da tempo si sono impegnate nel far crescere e consolidare un sistema prevenzionale efficiente e partecipato saranno sicuramente riuscite ad affrontare con minori difficoltà l'attuazione delle impegnative misure emergenziali; e così sarà anche quando arriverà, speriamo presto anche se non subito, il momento di riprendere progressivamente le attività produttive, con tutta la prudenza e le cautele che dovranno essere adottate per mettere al riparo la salute dei lavoratori.

La sfida epocale, imprevedibile e imprevedibile per dimensioni e portata che il coronavirus ha lanciato (anche) a tutto il mondo del lavoro non può non farci vacillare di fronte all'immane impresa che ci attende, durante la quale saranno messe a dura prova la determinazione, le responsabilità, le capacità, la resilienza di

⁵³ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* e L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, entrambi in questa "Rivista", 2, 2019, I, rispettivamente, p. 98 e p. 122.

ciascuno di noi. Insieme ce la faremo sicuramente, e ci agevolerà non poco saper accedere con umiltà, metodo, creatività e visione a quel grande patrimonio di ideali, valori, saperi, esempi (edificanti) lasciato in dote da coloro che prima di noi si sono dovuti confrontare con altre sfide, diverse, ma non meno ardue.

Abstract

Il saggio ripercorre le principali tappe dell'evoluzione del modello di tutela collettiva della salute e sicurezza in Italia, concentrandosi in particolare sulla figura dei Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e sulle criticità che nel tempo ne hanno condizionato l'azione, nonostante il consistente pacchetto di diritti e prerogative attribuito dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Dopo il rafforzamento di ruolo e funzioni attuato con il d.lgs. n. 81/2008, che ha valorizzato la rappresentanza territoriale e istituito la nuova figura di rappresentante di sito produttivo, la recente firma da parte delle Confederazioni Sindacali e di Confindustria di tre importanti accordi sulla strategia da seguire per rendere più efficace la tutela collettiva della salute e sicurezza dei lavoratori, induce a sperare che potremo in futuro contare su una rappresentanza più motivata e competente e su una contrattazione aziendale attenta e molto meglio orientata.

The essay recaps step by step the evolution of the health and safety protection system in Italy, by focusing in particular on the role of workers' safety representative and on the critical issues that have been an impact on their action over time, despite the substantial core rights and prerogatives envisaged by the law and the collective agreements. At first, the role and the prerogatives of the workers' safety representative were implemented by the d.lgs. n. 81/2008, which enhanced the representation at territorial level and established a representation at production site level, later the three important agreements recently signed by the Trade Union Confederations and Confindustria based on a common strategy to make health and safety protection more effective, let us expect a more motivated and skilled representation and better oriented collective agreements at company level

Parole chiave

Salute e sicurezza, rappresentanza dei lavoratori, partecipazione, contrattazione aziendale

Keywords

Health and safety at the workplace, workers' safety representation, participation, collective agreements at company level

Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello *ius superveniens* del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020**

di Paolo Pascucci*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il d.P.C.M. del 22 marzo 2020. – 3. Le due linee di intervento del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. – 3.1. La “legificazione” delle misure di contenimento. – 4. Le misure di contenimento dell’emergenza negli ambienti di lavoro e il “nuovo” valore dei protocolli di sicurezza anti-contagio. – 5. Il nuovo apparato sanzionatorio. – 6. Il lato oscuro della vigilanza. – 7. La conferma dell’autonomia e della specialità del sistema di contenimento del contagio. – 7.1. La questione della valutazione dei rischi: una sintesi. – 7.2. Il d.l. n. 19/2020 e il sistema di gestione dell’emergenza Covid-19: prevenzione o precauzione?

1. Premessa

In due saggi pubblicati recentemente, rispettivamente il 17 marzo 2020¹ e il 19 marzo 2020², si è avuta occasione di svolgere alcune prime riflessioni sulle questioni interpretative che la diffusione della pandemia del coronavirus Covid-19³ ha fatto emergere in Italia con riferimento all’applicazione della disciplina della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008.

* Paolo Pascucci è professore ordinario di diritto del lavoro nell’Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it

** Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto al vaglio del Comitato di redazione.

¹ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in “giustiziavivile.com”, n. 3/2020, 17 marzo 2020.

² P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in questa “Rivista”, 2019, n. 2, I, p. 98 ss.

³ Sulla pandemia, oltre agli articoli pubblicati in “giustiziavivile.com”, n. 3/2020, v., L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa “Rivista”, 2019, n. 2, I, p. 122 ss., nonché, in questo fascicolo di questa “Rivista”, A.P. BAYLOS GRAU, *Revisitando el derecho del trabajo desde la óptica de la seguridad y salud laboral. Una introducción*, p. 14; F. TRILLO PÁRRAGA, *Apuntes para la reconstrucción de un derecho del trabajo insolente y sensible. A propósito del concepto de trabajador subordinado*, p. 58; A. MERINO SEGOVIA, *Promoción de la seguridad y salud en los lugares de trabajo. Medidas de participación e intervención colectiva*, pp. 80-81; L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia*, p. 114 ss. V. anche F. TRILLO PÁRRAGA y A. GUAMÁN, *Medidas laborales contra el COVID-19: primero, salvar vidas*, in www.olympus.it.

Seppur con un diverso livello di approfondimento, in entrambi i saggi si è soffermata l'attenzione:

- innanzitutto, sulla natura del rischio biologico da Covid-19, distinguendo le ipotesi in cui esso si configura come un rischio specifico (aziende sanitarie, ospedaliere, laboratori ecc.) da quelle in cui appare invece come un rischio generico (altre realtà produttive);

- in secondo luogo, in ragione della predetta configurazione, sulla necessità o meno di aggiornare il documento di valutazione dei rischi a fronte della diffusione della pandemia, tentando di verificare se ci si trovi di fronte ad un problema di organizzazione aziendale o di salute pubblica;

- sul ruolo che il sistema di prevenzione aziendale delineato e disciplinato dal d.lgs. n. 81/2008 gioca rispetto all'emersione della pandemia;

- sulle "raccomandazioni" di cui all'art. 1, n. 7, del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 e, in particolare, su quella di cui alla lett. d) relativa all'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio;

- sulla natura e sui principali contenuti del Protocollo nazionale di sicurezza anti-contagio sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020;

- sull'effettività delle predette "raccomandazioni" e dello stesso Protocollo e, quindi, sulla necessità di individuare strumenti di controllo e sanzionatori capaci di garantirne l'osservanza a fronte dell'estrema incertezza del quadro normativo risultante dalla combinazione della fonte legislativa primaria (il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), delle sue fonti attuative secondarie (*in primis* il citato d.P.C.M. dell'11 marzo 2020), nonché di due ulteriori disposizioni legislative contenute tra le pieghe di una serie di previsioni volte a contenere il drammatico impatto economico della pandemia (gli artt. 15 e 16 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18).

A distanza di pochissimi giorni dalla pubblicazione dei predetti saggi, nel continuo succedersi ed affastellarsi di atti normativi finalizzati a far fronte ad un'emergenza sempre più devastante e difficile da gestire, sono intervenuti due altri provvedimenti – il d.P.C.M. del 22 marzo 2020 e il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 – alla luce dei quali si rende necessario tornare brevemente su alcuni degli argomenti già trattati nei saggi citati⁴.

È tuttavia opportuno precisare fin d'ora che, contrariamente ad un celebre adagio, in questo caso le nuove «parole» del Presidente del Consiglio dei Ministri e soprattutto quelle «del legislatore» non sembrano produrre l'effetto per cui «intere biblioteche diventano carta straccia»⁵. Infatti, se per un verso, le nuove regole inducono certamente a rivedere un'ipotesi interpretativa che in quei saggi era stata prospettata a fronte dell'incertezza normativa alimentata dalle previsioni sibilline contenute nel d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, per altro verso invece confermano e

⁴ Va altresì ricordato che, con il d.P.C.M. del 1° aprile 2020, l'efficacia temporale delle misure di contenimento è stata estesa al 13 aprile 2020.

⁵ J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* [1848], in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1964, trad. it. di P. FREZZA, p. 18.

anzi rafforzano decisamente l'impianto teorico ed argomentativo su cui quei saggi sono stati costruiti.

2. Il d.P.C.M. del 22 marzo 2020

Se con il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 erano state sospese le attività commerciali al dettaglio, fatte salve quelle di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 1, nonché alcune attività connesse ai servizi di ristorazione e quelle inerenti ai servizi alla persona, con il successivo decreto presidenziale del 22 marzo 2020 si è provveduto ad ampliare considerevolmente l'area delle attività sospese ricomprendendovi tutte quelle produttive industriali e commerciali (ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 1 e tutta una serie di attività "essenziali"), ferma restando la possibilità per le stesse di proseguire se organizzate in modalità a distanza o di lavoro agile.

Inoltre, l'art. 1, comma 3, dello stesso d.P.C.M. del 22 marzo 2020 ha previsto che le «imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali», il quale, come è noto, ha rappresentato la prima attuazione di una delle "raccomandazioni" contenute nell'art. 1, n. 7, del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020⁶.

La citata previsione d.P.C.M. del 22 marzo 2020 pare aver iniziato a cogliere un'esigenza tempestivamente segnalata all'indomani della sottoscrizione del Protocollo là dove, evidenziandosi le problematiche legate alla sua natura giuridica ed efficacia soggettiva, si era auspicato che per «scongiurare il rischio» di una sua applicazione «a macchie di leopardo, sarebbe forse necessario un recepimento del suo contenuto in atti pubblicistici, traducendo in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie»⁷.

Nonostante questo rilievo attribuito al Protocollo, non era del tutto chiaro se il d.P.C.M. del 22 marzo 2020 gli avesse garantito un adeguato sistema di effettività, restando sullo sfondo le perplessità avanzate in merito al controllo sulla sua osservanza e sulle conseguenze delle eventuali violazioni⁸.

3. Le due linee di intervento del d.l. 25 marzo 2020, n. 19

L'intervento regolativo del d.l. n. 19/2020 si sviluppa essenzialmente su due direttrici, peraltro accomunate da una medesima prospettiva unitaria.

⁶ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 106 ss.; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19*, cit., p. 132 ss.

⁷ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 109.

⁸ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 114 ss.

Da un lato, il d.l. n. 19/2020 pare premurarsi di fare sostanzialmente “il punto” della situazione, riconducendo innanzitutto in un “unico” provvedimento legislativo d’urgenza – come tale soggetto al controllo parlamentare in sede di conversione in legge *ex art. 77 Cost.* – tutto il quadro delle misure di contenimento emerse finora in precedenti provvedimenti (decreti legge o d.P.C.M.), le quali risultano ora ricomprese in un lunghissimo elenco che, a differenza di precedenti cataloghi⁹, pare tuttavia esaustivo e non meramente esemplificativo¹⁰. A ben guardare, il d.l. n. 19/2020 costituisce al momento il punto di riferimento fondamentale di tutta la materia, avendo altresì provveduto ad abrogare esplicitamente, con l’art. 5, il suo diretto “predecessore”, vale a dire il d.l. n. 6/2020.

Da un altro lato, la stessa prospettiva di “unitarietà” emerge con riferimento al sistema dei controlli e delle sanzioni per il mancato rispetto delle misure di contenimento.

Infatti, per un verso, l’art. 4, comma 1, dello stesso d.l. n. 19/2020 prevede che, fatte salve le ipotesi in cui le trasgressioni di quelle misure integrino gli estremi di specifiche fattispecie di reato, la materia sia depenalizzata e tali trasgressioni siano punite con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3000, escludendosi esplicitamente l’applicazione delle sanzioni contravvenzionali di cui all’art. 650 c.p. (prevista originariamente dall’art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020)¹¹ o di cui ad ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all’art. 3, comma 3, dello stesso d.l. n. 19/2020¹². D’altra parte, la suddetta depenalizzazione risulta anche dall’art. 5 dello stesso d.l. n. 19/2020 là dove ha esplicitamente abrogato quasi *in toto* il d.l. n. 6/2020, compreso l’art. 3, comma 4, di quest’ultimo che appunto contemplava la sanzione di cui all’art. 650 c.p.

Per altro verso, l’art. 4, comma 3, del d.l. n. 19/2020 stabilisce che le violazioni sono accertate ai sensi della l. 24 novembre 1981, n. 689, applicandosi i commi 1, 2 e 2.1 dell’art. 202 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 in materia di

⁹ Quello di cui all’art. 1, comma 2, dell’ora abrogato d.l. n. 6/2020.

¹⁰ Art. 1, comma 2, lett. *a-bb*, del d.l. n. 19/2020.

¹¹ L’art. 4, comma 8, del d.l. n. 19/2020 stabilisce che le disposizioni dello stesso art. 4 che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 19/2020, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà.

¹² Tale disposizione, rubricata come “Misure urgenti di carattere regionale o infraregionale”, prevede quanto segue: «1. Nelle more dell’adozione dei decreti per Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all’articolo 1, comma 2, esclusivamente nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale. 2. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1. 3. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente».

pagamento in misura ridotta, e che le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'art. 2, comma 1, sono irrogate dal Prefetto¹³.

3.1. La “legificazione” delle misure di contenimento

Non è chiaro se, riconducendo tutte le misure di contenimento in un provvedimento avente natura ed efficacia di legge, il Governo abbia inteso in qualche modo far tesoro delle non poche critiche rivolte al ripetuto utilizzo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁴.

Vero è, però, che l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020 – esattamente come era già stabilito nell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 6/2020 – continua a prevedere anch'esso che le misure di contenimento di cui all'art. 1 siano adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁵. Così come è vero che l'art. 2, comma 3, dello stesso d.l. n. 19/2020 da un lato prevede la “salvezza” degli effetti prodotti e degli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020, ovvero ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978; da un altro lato, dispone che continuino ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, del 9 marzo 2020, dell'11 marzo 2020 e del 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto (d.l. n. 19/2020), mentre le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni.

In tal modo, tutte le misure di contenimento previste in precedenza mediante atti secondari risulterebbero confermate mediante il loro richiamo/sussunzione nel nuovo provvedimento che, essendo destinato alla conversione in legge,

¹³ Mentre le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'art. 3 (vale a dire le misure urgenti di carattere regionale o infraregionale) sono irrogate dalle autorità che le hanno disposte. Ai relativi procedimenti si applica l'art. 103 del d.l. n. 18/2020, il quale dispone in merito alla sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed agli effetti degli atti amministrativi in scadenza.

¹⁴ V., tra gli altri, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in “Questione giustizia”, 18 marzo, 2020; G. GUZZETTA, *Lettera aperta al Presidente della Repubblica*, in “Il dubbio”, 22 marzo 2020; M. AINIS, *Il virus della decretite*, in “La Repubblica”, 24 marzo 2020.

¹⁵ Su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. Si prevede inoltre che i d.P.C.M. possono essere altresì adottati su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, mentre, per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, gli stessi provvedimenti sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630. L'art. 2, comma 2, dispone inoltre che, nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'art. 1 possono essere adottate dal Ministro della salute *ex art.* 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833.

garantirebbe in qualche maniera l'esercizio da parte del Parlamento di quel controllo su quelle misure apparso finora carente. D'altro canto, è agevole riscontrare come nel lungo elenco previsto nell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 19/2020 siano ricomprese nella sostanza tutte le misure di contenimento finora adottate e come, presumibilmente (ma il condizionale in queste circostanze è sempre d'obbligo), solo nell'ambito di tale elenco si possa attingere per il futuro.

4. Le misure di contenimento dell'emergenza negli ambienti di lavoro e il "nuovo" valore dei protocolli di sicurezza anti-contagio

Lasciando ovviamente ai costituzionalisti il giudizio sulla tecnica legislativa adottata, in questa sede occorre concentrare l'attenzione sul fatto che tra le misure di contenimento contemplate nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 19/2020 sono comprese anche quelle che hanno una ricaduta sugli ambienti di lavoro.

Infatti, alla lett. *z* si parla di «limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali¹⁶, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale».

Inoltre, alla lett. *ff* ci si riferisce alla «predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente».

Infine, la lett. *gg* parla della «previsione che le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio», mentre «per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale», si fa riferimento alla «previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale».

Non è chi non veda come queste misure di contenimento riecheggino esplicitamente quelle che sono oggetto delle "raccomandazioni" di cui all'art. 1, nn.

¹⁶ «Altre» rispetto alle attività di cui in precedenza, nella stessa norma, si prevede la limitazione o la sospensione: le attività commerciali di vendita al dettaglio, a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità da espletare con modalità idonee ad evitare assembramenti di persone, con obbligo a carico del gestore di predisporre le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio (lett. *n*); le attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti (lett. *n*).

7 e 8, del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020¹⁷, le quali, anche là dove non siano espressamente menzionate dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 19/2020, nondimeno vi si riconducono in virtù del ripetuto richiamo da parte di tale disposizione dei “protocolli di sicurezza anti-contagio”. Infatti, le misure come l'incentivazione delle ferie e dei congedi retribuiti per i dipendenti, la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione, l'incentivazione delle operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro e la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti e il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni rientrano esplicitamente tra gli oggetti del Protocollo nazionale sottoscritto il 14 marzo 2020, il quale costituisce un imprescindibile punto di riferimento per l'adozione dei singoli protocolli aziendali di sicurezza anti-contagio non solo per l'esplicita volontà dei suoi autori¹⁸, ma anche per il suo menzionato richiamo da parte dell'art. 1, comma 3, del d.P.C.M. del 22 marzo 2020.

Considerando che anche le misure di cui a tale decreto presidenziale rientrano tra quelle confermate e sussunte nel d.l. n. 19/2020 e che quest'ultimo ricomprende espressamente i protocolli di sicurezza anti-contagio tra le misure di contenimento tipizzate dallo stesso decreto, appare difficile dubitare della “nuova” valenza del Protocollo nazionale.

Data la particolare finalità che il Protocollo persegue in questo contesto di emergenza, non pare ragionevole contestare, facendo leva sulla sua origine negoziale, la sua potestà *lato sensu* normativa, come d'altronde accade quando un prodotto dell'autonomia negoziale privata viene assunto dall'ordinamento statale per perseguire finalità di tutela dell'interesse pubblico generale. E ciò a maggior ragione quando, come nel caso in esame, l'autonomia negoziale è stata sollecitata fin dall'origine ad operare nell'ambito dell'ordinamento statale¹⁹ ed il suo prodotto finale è stato condiviso e “validato” dallo stesso ordinamento dello Stato mediante l'attiva partecipazione e la sottoscrizione dell'Esecutivo²⁰.

Semmai, ma non è possibile farlo approfonditamente in questa sede, sarebbe interessante verificare se la stessa forza normativa caratterizzi anche i protocolli settoriali o aziendali sottoscritti in seguito a quello nazionale del 14 marzo 2020, i quali, a differenza di questo, ovviamente non hanno visto la partecipazione dell'Esecutivo. Senonché, poiché l'art. 1, comma 3, del d.P.C.M. del 22 marzo 2020 prevede che «le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i *contenuti*²¹ del protocollo condiviso» del 14 marzo, pare più che ragionevole ritenere che, ove i

¹⁷ Su cui v. diffusamente P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus*, cit., p. 106 ss.

¹⁸ La Premessa del Protocollo prevede infatti che lo stesso contiene linee guida condivise per agevolare le imprese nell'adozione di specifici protocolli di sicurezza anti-contagio.

¹⁹ V. l'art. 1, n. 9, del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, il quale, con riferimento alle attività produttive, ha previsto che in relazione a quanto disposto nell'ambito dei nn. 7 (la cui lett. *d* riguarda l'assunzione dei protocolli di sicurezza) e 8, si favoriscano intese tra organizzazioni datoriali e sindacali.

²⁰ Con tutte le più che debite differenze del caso, il meccanismo ricorda in parte quanto accade nel caso degli accordi sulle prestazioni indispensabili valutati idonei dalla Commissione di garanzia ai fini del contenimento tra il godimento del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali ed i diritti costituzionalmente garantiti degli utenti di tali servizi in base alla l. n. 146/1990.

²¹ Corsivo mio.

protocolli di settore o aziendali presentino sostanzialmente i contenuti del protocollo capostipite, condividano anche la sua *vis* normativa.

5. Il nuovo apparato sanzionatorio

Nei due saggi citati nella premessa di questo scritto si era cercato di comprendere se, in forza dell'interazione tra il d.l. n. 6/2020 e il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 (che da quel decreto-legge traeva linfa e spunto), le "raccomandazioni" contenute nell'art. 1, nn. 7 e 8, di tale d.P.C.M. riguardanti le misure di contenimento da rispettare nelle attività produttive non sospese fossero presidiate dall'apparato sanzionatorio previsto nello stesso d.l. n. 6/2020. Quest'ultimo, all'art. 3, comma 4, stabiliva che, salvo che il fatto non costituisse più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto – sia di quelle espressamente previste nell'elenco esemplificativo di cui all'art. 1, comma 2, del medesimo d.l. n. 6/2020, sia di quelle individuate dai successivi d.P.C.M. in base all'art. 3, comma 1, dello stesso d.l. n. 6/2020 – fosse punito ai sensi dell'art. 650 c.p. Inoltre, l'art. 3, comma 5, dello stesso d.l. n. 6/2020 attribuiva al Prefetto, previa informazione al Ministro dell'interno, il compito di assicurare l'esecuzione delle misure di contenimento avvalendosi delle Forze di polizia e, ove necessario, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali.

In merito a tutto ciò era subito apparso evidente che se l'applicazione dell'art. 650 c.p. (così come del resto il supporto delle Forze di polizia ed armate nell'attività di controllo) non creava problemi di sorta a fronte della violazione delle misure di contenimento oggetto di un precetto chiaro e ben definito²², ben diversamente stavano le cose nei casi delle misure oggetto delle "raccomandazioni" di cui all'art. 1, nn. 7 e 8, del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020. Si era infatti rilevato come sia il particolare tenore del predicato verbale «si raccomanda», sia il carattere tendenzialmente "aperto" dei comportamenti oggetto di tali raccomandazioni, sia infine la necessità di una valutazione del datore di lavoro in ordine alla praticabilità organizzativa di detti comportamenti inducessero «a dubitare – in considerazione dei principi penalistici di legalità e di tassatività – che il datore di lavoro» che non vi desse corso potesse «essere penalmente sanzionato *ex* art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 (con l'art. 650 c.p.)» al pari di chi trasgredisce «i veri e propri ordini di sospensione delle attività di cui ai nn. 1-3 del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020», oppure le altre misure di contenimento a contenuto ben determinato di cui al d.l. n. 6/2020. Dubbi che si riproponevano a maggior ragione anche nel caso delle violazioni del Protocollo di sicurezza anti-contagio del 14 marzo 2020 e dei conseguenti protocolli settoriali o aziendali anche in considerazione della natura giuridica di tali atti²³.

²² Vale a dire la gran parte di quelle previste nell'art. 1, comma 2, dello stesso d.l. n. 6/2020.

²³ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus*, cit., p. 114 ss.

Non a caso, a fronte dell'estrema "elasticità" del quadro normativo connesso alle "raccomandazioni" del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 e dei serissimi dubbi circa la legittimità dell'applicazione in tal caso dell'art. 650 c.p., si era proposta un'interpretazione "creativa" volta ad individuare nello strumento della "disposizione" di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 520/1955 e all'art. 302-*bis* del d.lgs. n. 81/2008 l'arma con cui far valere il rispetto delle misure in esame²⁴. D'altronde, la competenza ad utilizzare tale strumento da parte del personale ispettivo istituzionalmente preposto ad esercitare la vigilanza sull'applicazione della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (ASL, nonché INL nelle ipotesi di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 81/2008), pareva oltretutto garantire una più oculata, consapevole ed esperta attività di controllo rispetto all'applicazione di misure precauzionali che, pur se finalizzate a fronteggiare un'emergenza straordinaria eccedente le normali misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 81/2008, si riferivano pur sempre a contesti lavorativi rispetto alle cui specificità la vigilanza delle Forze di polizia ed armate sarebbe potuta risultare inadeguata.

Sta di fatto, però, che le sopravvenute previsioni del recente d.l. n. 19/2020, tagliando la classica testa al toro, hanno fatto venir meno l'esigenza di interpretazioni adeguate, pur dovendosi chiedere se i problemi poc'anzi evidenziati in merito all'esigenza di determinatezza della fattispecie illecita possano stemperarsi per il sol fatto che la sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. è stata soppiantata da quella amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000. Peraltro, al di là dei possibili dubbi sulla minore efficacia deterrente di tale sanzione²⁵, non si deve dimenticare che, se è vero che anche le sanzioni amministrative sono assoggettate al principio di legalità *ex art.* 1 della l. n. 689/1981 (d'altronde espressamente richiamata dallo stesso d.l. n. 19/2020), tale principio viene inteso in maniera meno rigorosa rispetto alla materia penale: infatti, come rilevato dalla Suprema Corte, in tema di sanzioni amministrative, l'art. 1 della l. n. 689/1981, non contiene – a differenza di quanto accade per gli illeciti penali per i quali opera il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. – una riserva di legge tale da escludere la possibilità di integrare il precetto sanzionatorio, avente base nella legge, mediante norme regolamentari delegate, confacenti al particolare ambito tecnico-specialistico cui si riferiscono²⁶.

Certo è che ora il collegamento tra le misure di contenimento riguardanti i contesti di lavoro e la sanzione per le relative violazioni appare decisamente più nitido e che, soprattutto, tali misure sono ormai state tutte definite in dettaglio nel Protocollo di sicurezza anti-contagio del 14 marzo 2020, il cui rispetto è espressamente richiesto tanto nel d.P.C.M. del 22 marzo 2020 quanto nel d.l. n. 19/2020, sia *per relationem* (mediante la "validazione/sussunzione" degli effetti di tale d.P.C.M.), sia più genericamente con il riferimento a «protocolli di sicurezza

²⁴ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus*, cit., p. 117 ss.

²⁵ Cfr. A. ZINITI, *Coronavirus, il procuratore Patronaggio: "Depenalizzare le sanzioni è stato un errore, ci voleva più coraggio"*, in "La Repubblica", 27 marzo 2020.

²⁶ Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2015, n. 1043.

anti-contagio», i quali fra l'altro si stanno rapidamente diffondendo e moltiplicando in molti settori²⁷.

Dunque, un considerevole salto di qualità rispetto a quando quelle misure costituivano ancora solo l'oggetto "allo stato nascente" delle "raccomandazioni" del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020: il che, per la verità, accadeva solo pochissimi giorni orsono, ma, come si è avuto modo di imparare, in questa drammatica emergenza "ogni giorno ha", oltre che "la sua pena", anche... il suo decreto.

In questo quadro più nitido, anche le competenze del Prefetto parrebbero assumere contorni più definiti. Il che vale soprattutto per quanto concerne l'assicurazione dell'esecuzione delle misure di contenimento di cui all'art. 4, comma 9, del d.l. n. 19/2020. Infatti, sebbene tale compito spettasse già al Prefetto anche in base all'art. 3, comma 5, del d.l. n. 6/2020, la nuova competenza prefettizia ad irrogare anche le sanzioni amministrative *ex art.* 4, comma 3, secondo periodo, del d.l. n. 19/2020 (prima, trattandosi di una sanzione penale, la questione si riconduceva in sede giudiziaria) dovrebbe rendere maggiormente efficace la competenza dello stesso Prefetto ad assicurare l'esecuzione delle misure e, quindi, il controllo sulla stessa.

6. Il lato oscuro della vigilanza

I problemi più acuti emergono in relazione al modo con cui avviene tale controllo, permanendo inalterati i dubbi poc'anzi richiamati in merito alle reali capacità del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate di svolgere un'adeguata vigilanza sul rispetto delle misure di contenimento nei contesti lavorativi. Invero, non dovrebbe affatto trascurarsi come l'attività di vigilanza su misure che, pur non riconducendosi direttamente al tradizionale sistema di prevenzione aziendale, nondimeno presentano evidenti punti di contatto e di interazione con quest'ultimo, presuppone una sensibilità ed una competenza professionale che soggetti istituzionalmente chiamati invece ad occuparsi di gestione dell'ordine pubblico potrebbero non avere.

Non foss'altro, vale qui la pena ricordare – ancorché ormai a mo' di pura testimonianza – come, nei giorni appena trascorsi, la decisione in alcune realtà regionali di coinvolgere nell'attività di vigilanza il personale ispettivo delle ASL, invitato ad adottare lo strumento della "disposizione" di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 529/1955 a fronte di casi di rispetto insufficiente delle misure di contenimento, abbia consentito di migliorare immediatamente la situazione "senza colpo ferire", stante la natura ordinatoria e non immediatamente sanzionatoria della "disposizione"²⁸.

²⁷ Vedili in:

https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22008:acc&catid=151&Itemid=101.

²⁸ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus*, cit., p. 119.

D'altro canto, proprio il fatto che non poche delle misure di contenimento, "oggetto" delle "raccomandazioni" del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, ora contenute nel Protocollo del 14 marzo 2020, presentino margini di discrezionalità in merito alla loro attuazione, che variano a seconda del tipo e dell'assetto dell'organizzazione produttiva, evidenzia a tutto tondo l'esigenza che a sindacare l'esercizio di tale discrezionalità siano soggetti capaci anche di suggerire le soluzioni più idonee, il che presuppone una conoscenza dei contesti lavorativi che solo il personale ispettivo delle ASL e dell'INL pare possedere in maniera adeguata.

Né il problema parrebbe risolvibile sostenendo che, nonostante il mancato richiamo nell'art. 4, comma 9, del d.l. n. 19/2019, il personale ispettivo delle ASL e dell'INL sarebbe comunque competente a vigilare sul rispetto delle misure di contenimento in forza della sua competenza a vigilare in materia di sicurezza sul lavoro: infatti – fatta salva l'ipotesi relativa ai dispositivi di protezione individuale di cui all'art. 16 del d.l. n. 18/2019, per la quale la competenza del predetto personale è confermata dall'esplicito richiamo dell'art. 74, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 – le misure di contenimento pertengono ad un sistema speciale di gestione dell'emergenza che va oltre la dimensione del sistema di prevenzione aziendale del d.lgs. n. 81/2008.

Pertanto, la mancata ricomprensione da parte del d.l. n. 19/2020 del personale ispettivo delle ASL e dell'INL tra i soggetti chiamati a vigilare sul rispetto delle misure di contenimento nei contesti lavorativi induce a sollecitare un ripensamento del legislatore in sede di conversione del predetto decreto legge. In tal senso sarebbe auspicabile *un'integrazione mirata* dell'art. 4, comma 9, primo periodo, del d.l. n. 19/2020, aggiungendo al testo di tale disposizione un ulteriore periodo (il terzo) che potrebbe così recitare: «Il Prefetto assicura l'esecuzione delle misure di contenimento nei luoghi di lavoro potendosi avvalere anche del personale ispettivo della Azienda sanitaria locale competente per territorio e dell'Ispettorato nazionale del lavoro».

In ogni caso, si dovrebbe far di tutto per valorizzare per quanto possibile l'esperienza e la competenza del menzionato personale ispettivo quanto meno per offrire un sostegno alle imprese ed ai lavoratori nella non facile attuazione delle predette misure. Non si deve infatti dimenticare che, poiché tale personale ispettivo continuerà comunque a svolgere i propri compiti istituzionali di vigilanza in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro *ex art.* 13 del d.lgs. n. 81/2008 accedendo nei luoghi di lavoro, la sua presenza in questi ultimi potrà costituire un'occasione preziosa per supportare l'adeguamento delle imprese agli standard precauzionali.

È peraltro evidente che ove il personale ispettivo di ASL e INL, trovandosi in azienda, venisse a conoscenza di eventuali trasgressioni delle misure di contenimento dovrebbe informarne tempestivamente la Prefettura competente.

Da ultimo, ma non certo per importanza, occorre sottolineare come le nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 19/2020 non abbiano invece introdotto alcuna innovazione per quanto riguarda il rispetto delle disposizioni in materia di

dispositivi individuali di protezione che, nel caso di specie, coincidono con le mascherine di cui agli artt. 15 e 16 del d.l. n. 18/2020. Infatti, in virtù dell'espresso richiamo, nella seconda di tali norme, all'art. 74, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, qualunque violazione relativa alla fabbricazione, alla fornitura, alla consegna ed all'utilizzazione di tali dispositivi di protezione ricade sotto l'egida dell'apparato sanzionatorio contravvenzionale dello stesso d.lgs. n. 81/2008, per quanto concerne tutti i soggetti in tal senso punibili, con la conseguente applicazione della prescrizione di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 758/1994 per la quale resta ovviamente confermata la competenza del personale ispettivo di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 81/2008.

7. La conferma dell'autonomia e della specialità del sistema di contenimento del contagio

A distanza di varie settimane dall'emersione della pandemia, è ormai evidente come il sistema pubblico di gestione dell'emergenza risulti improntato ad una logica di forte centralizzazione che fa leva sull'esercizio di poteri normativi straordinari in capo all'Esecutivo che producono regole emergenziali volte a tutelare la salute della popolazione nel suo complesso. Tutto ciò emerge in modo cristallino nel d.l. n. 19/2020, dal quale, per certi versi, parrebbe prender corpo l'immagine di una sorta di "militarizzazione" della gestione dell'emergenza.

Al di là delle valutazioni che possono esprimersi sull'opportunità o meno di un simile approccio, è comunque indubbio come anche l'impianto regolativo consolidatosi con il d.l. n. 19/2020 confermi appieno, ove mai ve ne fosse stato ancora bisogno, che la gestione dell'emergenza in atto risponde ad una logica di tutela della salute pubblica, la quale, nel caso dei contesti lavorativi, pur potendosi intersecare con quella del sistema di prevenzione aziendale, mantiene intatte la propria autonoma ragion d'essere e le proprie speciali modalità di esercizio.

Nei due saggi citati in premessa, si è già avuto modo di diffondersi ampiamente sulla questione, con particolare riferimento alle ragioni che inducono a ritenere che, nei contesti lavorativi diversi da quelli sanitari, il sistema di gestione dell'emergenza Covid-19 sia ultroneo rispetto a quello di prevenzione aziendale di cui al d.lgs. n. 81/2008 e come, in ragione di ciò, in questa fase emergenziale non sia necessario aggiornare il documento di valutazione dei rischi, beninteso nei contesti lavorativi diversi da quelli "sanitari"²⁹, giacché, mentre in questi ultimi il rischio biologico da corona costituisce un rischio specifico, negli altri contesti è un rischio generico.

²⁹ In senso conforme v. A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19*, cit., p. 123 ss.

7.1. *La questione della valutazione dei rischi: una sintesi*

Rinviando a quanto già scritto sul tema, qui si può brevemente ricordare come per sostenere la tesi della necessità di aggiornare la valutazione dei rischi non sarebbe sufficiente far leva sul fatto che l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 impone di valutare «tutti» i rischi, giacché la norma si riferisce a «tutti» i rischi presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui operano i lavoratori, vale a dire i rischi specifici che sono connessi al *contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole* che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il perseguimento delle proprie finalità produttive. D'altronde, nell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, anche l'obbligo di aggiornare la valutazione dei rischi e le misure di prevenzione riguarda sempre l'organizzazione nel senso appena evocato.

Come già evidenziato, il fatto che, manifestandosi attraverso il contatto tra le persone, il rischio biologico derivante dal coronavirus si insinui nelle organizzazioni produttive in cui operano persone che lavorano non significa che esso – fatte salve specifiche attività lavorative, come quelle dei servizi sanitari ed ospedalieri – si tramuti in un rischio specifico professionale. Esso resta pur sempre un rischio generico che non nasce dall'organizzazione messa in campo dal datore di lavoro o che necessariamente si manifesta in tale organizzazione, ma che semmai “approfitta” dell'organizzazione e del complesso sistema di relazioni personali su cui essa si regge per manifestarsi e diffondersi, provenendo dall'esterno dell'organizzazione medesima. D'altro canto, la specifica disciplina dell'esposizione ad agenti biologici prevista dal Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 266-286) si riferisce ad ipotesi³⁰ ben diverse da quelle – come nel caso del coronavirus o dei virus influenzali – in cui un agente biologico “esterno” – agendo su di un ambito territoriale sconfinato – si insinui improvvisamente anche in un'organizzazione produttiva in cui non sono presenti o “dedotti” agenti biologici.

Fermo restando che la normativa prevenzionistica di cui al d.lgs. n. 81/2008 ha natura penale ed è quindi soggetta a stretta interpretazione, non pare sostenibile che qualunque fattore “esterno” che si rifletta sull'azienda divenga uno specifico rischio professionale. D'altronde, nel caso dell'epidemia in atto, la situazione è diversa da quella che emerge a fronte di altri rischi “esogeni”. Ad esempio, ove si inviino lavoratori in paesi nei quali sia nota e prevedibile la presenza di epidemie, è indubbio che nell'organizzazione di tale impresa – intesa in senso non reificato come il progetto produttivo e come il complesso delle regole che lo governano –

³⁰ Vale la pena di ricordare che tale specifica disciplina riguarda «tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici» (art. 266, comma 1): o in quanto il datore di lavoro deliberatamente «intenda esercitare attività che comportano uso di agenti biologici», derivandone specifici obblighi di comunicazione *ex* art. 269, comma 1, o di autorizzazione *ex* art. 270, comma 1; o in quanto, pur non avendo «la deliberata intenzione di operare con agenti biologici» (art. 271, comma 4), il datore di lavoro organizzi attività lavorative che, per la loro modalità di esercizio, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori a tali agenti, come tutte le attività elencate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV al d.lgs. n. 81/2008, o attività in cui il rischio biologico sia intimamente connesso all'uso di certi strumenti o a certe modalità della lavorazione (si pensi al rischio tetanico nella attività di falegnameria ecc.).

sia insito quel rischio, dovendo il datore di lavoro valutarlo e, ove sia ineliminabile, adottando le misure atte a contrastarlo e ridurlo.

Che nel caso del coronavirus le cose stiano diversamente lo dimostra il fatto che si tratta di un rischio che grava non su di una o più organizzazioni, ma sul mondo intero. Mentre nell'esempio precedente si potrebbe evitare il rischio non inviando il lavoratore all'estero o magari facendolo lavorare con gli interlocutori di quel paese in *smart working*, nel caso del coronavirus non si può essere del tutto certi di evitare il contagio neppure ricorrendo allo *smart working*, potendo paradossalmente il lavoratore contagiarsi anche fuori dall'azienda.

Vale la pena ribadire quanto già scritto: di fronte alla comparsa di un rischio biologico generico di portata globale che minaccia la salute pubblica spetta alle *pubbliche autorità* – depositarie dei necessari poteri e delle necessarie competenze scientifiche – rilevarlo, darne comunicazione, indicare le misure di prevenzione e farle osservare, dovendo il datore di lavoro rispettarle (come del resto qualunque altro cittadino dovrà fare) senza stravolgere il proprio normale progetto prevenzionistico in azienda. Quelle misure pubbliche *si affiancano provvisoriamente* – per la durata della fase di emergenza – a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione. *La valutazione di quel rischio è operata a monte dalla pubblica autorità*, ai cui comandi il datore di lavoro deve adeguarsi adattando a tal fine la propria organizzazione alle *misure di prevenzione dettate dalla stessa pubblica autorità*. Tale *riorganizzazione* non è altro che un adeguamento alle direttive pubbliche e, come tale, non pare costituire un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex art. 29 del d.lgs. n. 81/2008*, con la conseguenza che l'eventuale inosservanza delle direttive pubbliche rileva non già ai sensi dell'art. 55 dello stesso decreto, bensì in relazione alle speciali sanzioni pubblicistiche sancite dalla pubblica autorità.

Giova ripetere che le modifiche che il datore di lavoro apporta alla propria organizzazione in esito alle indicazioni della pubblica autorità non sono frutto di una sua libera determinazione, ma sono condizionate da queste ultime. D'altronde, l'obbligo di valutazione dei rischi (e ciò che ne consegue) è intimamente collegato al fatto che il datore di lavoro è il responsabile dell'organizzazione in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa³¹. Solo a lui, come soggetto legittimato ad esercitare la libertà costituzionale di iniziativa economica privata in virtù ed entro i limiti dell'art. 41 Cost., spetta definire l'organizzazione della propria impresa valutandone i rischi per i propri lavoratori, avvalendosi a tal fine della collaborazione del RSPP e del medico competente e consultando il RLS, ma, non a caso, senza poter delegare tale obbligo a chicchessia³², spettando a lui solo individuare nel documento di valutazione dei rischi le misure di prevenzione da adottare nella propria organizzazione.

Dinnanzi all'emergenza in atto, la pubblica autorità, per esigenze di salute pubblica, ha avocato a sé quei poteri che normalmente spetterebbero al datore di

³¹ Art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008.

³² Art. 17, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008.

lavoro, sospendendo in certi casi finanche l'esercizio della libertà costituzionale di intrapresa, mentre, là dove non ha ritenuto di doverla sospendere per non paralizzare il paese, ha provveduto essa stessa, in esito alla valutazione del rischio connesso al contagio che aveva effettuato a monte, ad individuare le misure di contenimento e di prevenzione da adottare nelle organizzazioni produttive (come, del resto, quelle che ogni altro cittadino deve rispettare nella propria sfera privata). Anche ove non sia stato privato della libertà di intrapresa, il datore di lavoro è stato esautorato dalla possibilità di valutare quel rischio pandemico imminente ovunque, anche perché, pur potendo disporre del medico competente (purché nominato), non avrebbe comunque avuto a disposizione le elevate competenze scientifiche necessarie per valutare adeguatamente un rischio di tal genere e le sue conseguenze, con il rischio di individuare misure di prevenzione non adeguate o diverse da azienda ad azienda, con prevedibili e preoccupanti ripercussioni anche oltre i confini aziendali. In via di astrazione, è come se la posizione di garanzia datoriale fosse stata funzionalizzata a tutelare un interesse pubblico generale da altri valutato, potendo le sue azioni riverberare effetti anche sulla popolazione esterna.

7.2. Il d.l. n. 19/2020 e il sistema di gestione dell'emergenza Covid-19: prevenzione o precauzione?

Sia chiaro. Nessuno, tantomeno chi scrive, si nasconde che la tesi della non necessità di aggiornare la valutazione dei rischi non è unanimemente condivisa³³.

Senonché, al di là della validità delle ragioni già addotte a sostegno di tale tesi, non si può non tenere in adeguata considerazione che lo stesso legislatore, pur

³³ V. R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Milano, WKI, 2020, e-book, p. 10 ss.; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in "giustiziacivile.com", 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in "Punto sicuro", 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in "Guida al lavoro", 2020, n. 10, p. 13. In argomento, v. altresì F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in "giustiziacivile.com", 18 marzo 2020, pp. 3-4.

Va ricordato che, con la circolare del 3 aprile 2020, n. 13, l'Inail è intervenuto sulla sospensione dei termini di prescrizione e decadenza per il conseguimento delle prestazioni Inail e sulla tutela infortunistica nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, alla luce dell'art. 34, commi 1 e 2, e dell'art. 42, commi 1 e 2, del d.l. n. 18/2020. Quest'ultima disposizione prevede che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli artt. 19 ss. del d.l. 27 febbraio 2019. La configurazione dell'infezione da coronavirus in occasione di lavoro come infortunio (*rectius* malattia-infortunio) (su cui v. in particolare L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in questo stesso fascicolo di questa "Rivista", II, p. 1 ss.) non pare comunque tale da contraddire l'inquadramento del sistema di emergenza qui proposto, non dovendosi trascurare che la tutela assicurativa apprestata dall'Inail vale anche in ipotesi in cui l'infortunio prescinde dalla valutazione dei rischi, come nel caso di quello *in itinere*.

non menzionandola esplicitamente, l'abbia comunque fatta propria nel momento in cui, "assorbendo" nel d.l. n. 19/2008 tutte le varie disposizioni emanate per contenere il contagio, ha confermato *apertis verbis* come il sistema di gestione dell'emergenza sia totalmente eccezionale, autonomo e speciale rispetto ad altri sistemi, tra cui quello di prevenzione aziendale di cui al d.lgs. n. 81/2008. Come già era evidente con gli altri atti normativi susseguiti in questa concitata fase di emergenza, è emerso nitidamente come la lotta alla diffusione del coronavirus sia – come del resto non potrebbe non essere – un "affare di Stato".

Semmai ve ne fosse ancora bisogno, la conferma inequivoca di ciò scaturisce dal sistema di controllo e sanzionatorio: l'attuazione di *tutte le misure di contenimento* – comprese ovviamente quelle che riguardano i contesti lavorativi e quelle che risultano specificate nel Protocollo del 14 marzo 2020 e nei conseguenti protocolli settoriali o aziendali – è assoggettata ad uno speciale controllo statale che fa capo ai Prefetti, i quali, oltre ad avvalersi a tal fine delle Forze pubbliche di cui all'art. 4, comma 9, del d.l. n. 19/2020, hanno la competenza esclusiva ad irrogare le sanzioni amministrative per qualunque violazione a dette misure³⁴. Fatta salva l'ipotesi, più volte richiamata, relativa ai dispositivi di protezione, le violazioni delle misure di contenimento sono estranee alle sanzioni contravvenzionali del d.lgs. n. 81/2008 ed all'applicazione della prescrizione del d.lgs. n. 758/1994.

Ce n'è quanto basta per cogliere come l'attuale gestione dell'emergenza del coronavirus si iscriva in una logica di *precauzione* più che di *prevenzione*.

A tale proposito vale la pena ricordare come, in vista dell'emanazione del d.lgs. n. 81/2008, analizzando il criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 123/2007 che contemplava l'applicazione della normativa delegata non solo a «tutti i settori di attività», ma anche a «tutte le tipologie di rischio», voci autorevoli si fossero chieste se ciò potesse aprire «uno spiraglio all'ingresso nel sistema italiano del "principio di precauzione" di origine comunitaria (cfr. art. 174, comma 2, del Trattato UE)³⁵, ove non si ritenga... che lo stesso sia stato già recepito dall'art. 2087 c.c. in ragione della sua storica *vis* espansiva e della capacità di auto-adattamento quanto ai contenuti», sottolineandosi altresì come «in forza di tale principio l'assenza di "certezza scientifica", a fronte di un rischio potenziale e di ragionevoli dubbi circa la possibilità che si producano effetti gravi e negativi per la salute del lavoratore, non deve impedire che si adottino da parte del datore di lavoro misure e cautele appropriate in via preventiva»³⁶.

A tale sollecitazione si era risposto che l'inclusione di questa logica avrebbe richiesto di «essere espressamente contemplata nella legge attuativa, anche in considerazione del fatto che, allo stato attuale, il principio di precauzione "non è

³⁴ Anche la possibilità, prevista nell'art. 3 del d.l. n. 19/2020, di disporre a livello regionale ulteriori misure (v. *supra* nota 12) conferma la dimensione pubblicistica del sistema di gestione dell'emergenza che fa leva sui poteri statali centrali e periferici e su quelli regionali.

³⁵ Ora art. 191, par. 2, del Trattato UE.

³⁶ L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in P. PASCUCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro, Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007)*, Roma, Ministero della salute-Ispesl, 2007, p. 29, nonché in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2007, p. 799 ss.

suscettibile di tradursi, per difetto di concretezza, in un tassativo comando giuridico” (Tar Lazio, sez. I, 31 maggio 2004, n. 5118)³⁷. Emanato poi il d.lgs. n. 81/2008, non si era mancato di segnalare come, sebbene il principio di precauzione fosse stato già recepito nell’ordinamento italiano in materia ambientale³⁸ e in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici³⁹, il d.lgs. n. 81/2008 escludesse ogni richiamo a tale principio⁴⁰, come del resto confermerebbe la stessa definizione di “prevenzione” accolta nell’art. 2, comma 1, lett. *n*⁴¹, la quale indicherebbe che «la serie delle incombenze datoriali rientra nell’ambito dell’apprestamento di un adeguato sistema prevenzionistico», come tale da non confondere «con un sistema cautelare improntato al principio di precauzione», giacché «prevenzione e precauzione... attendono a campi applicativi distinti»⁴².

Esaminando la vicenda odierna, appare evidente che, specialmente considerando la perdurante “incertezza scientifica” che circonda la pandemia, le sue origini ed i suoi possibili sviluppi, il sistema messo in atto sia tipicamente *precauzionale*, come confermano anche i severi provvedimenti di restrizione di libertà fondamentali costituzionalmente riconosciute, come quelle di circolazione delle persone (artt. 116 e 120, comma 1, Cost.) e di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). E quand’anche si ritenga che il principio di precauzione non sia estraneo al sistema di cui al d.lgs. n. 81/2008, certo è che tale principio nell’attuale emergenza si estrinseca attraverso un sistema differente.

Come si è già sottolineato nei saggi precedenti, non mancano momenti di formale “comunicazione e interazione” tra il sistema statuale di gestione dell’emergenza e il sistema di prevenzione aziendale – come accade in merito ai dispositivi di protezione individuale (art. 16 del d.l. n. 18/2020) – così come non difettano occasioni di “reciproco sostegno” tra i due sistemi, come nel caso il cui il punto 12 del Protocollo del 14 marzo 2020 stabilisce, da un lato, che, nell’integrare e proporre tutte le misure di regolamentazione legate al Covid-19, il medico competente collabora con il datore di lavoro ed i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, e, da un altro lato, lo stesso medico competente segnala all’azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti e

³⁷ V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 60/2007”, pp. 13-14.

³⁸ Cfr. l’art. 3-ter del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

³⁹ Cfr. l’art. 1, comma 1, lett. *b*, della l. 22 febbraio 2001, n. 36.

⁴⁰ Per la verità, nel Titolo I, l’unico riferimento testuale alla precauzione si rintraccia nell’art. 46, comma 3, lett. *a*, n. 2 (in materia di prevenzione incendi), in cui si parla di “misure precauzionali di esercizio” come oggetto di definizione da parte di un decreto interministeriale. Nelle restanti disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 il termine, o come aggettivo o come sostantivo, compare più volte, ma non è chiaro se sia utilizzato nel senso proprio oppure come, parrebbe possibile, come sinonimo di prevenzione o di protezione.

⁴¹ Il «complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno».

⁴² G. NICOLINI, *Disposizioni generali: nuove definizioni e allargamento del campo di applicazione*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, in “Igiene & sicurezza del lavoro”, 2008, pp. 245-246.

l'azienda provvede alla loro tutela nel rispetto della *privacy* dovendo il medico *applicare le indicazioni delle autorità sanitarie*⁴³.

È peraltro evidente che se, in questa acuta fase critica, il tradizionale sistema di prevenzione aziendale assume un carattere decisamente “servente” rispetto al sistema pubblicistico di gestione dell'emergenza, quando – come è ovviamente auspicabile – tale fase tenderà ad affievolirsi, occorrerà interrogarsi su come procedere. D'altronde, proprio mentre si scrive giungono notizie sull'ipotesi di una prossima parziale riapertura di alcune attività produttive funzionali a supportare quelle essenziali rimaste in funzione.

In altre parole, si tratterà di comprendere se, fino a quando la minaccia del coronavirus non sarà definitivamente scongiurata, la necessità di convivere costringerà a conservare l'attuale regime rigidamente emergenziale o se, invece, esso possa essere affiancato e progressivamente sostituito da altri sistemi di protezione che, pur salvaguardando i principi precauzionali essenziali, facciano leva sulla diffusione di modelli di responsabilizzazione individuali e collettivi, come tali auspicabili anche e soprattutto nei contesti produttivi e lavorativi. In tal caso, anche il sistema di prevenzione aziendale del d.lgs. n. 81/2008 potrà e dovrà riassumere la propria piena centralità pur se, probabilmente, con qualche adattamento rispetto all'assetto attuale specialmente ove malauguratamente quella convivenza dovesse protrarsi a lungo⁴⁴.

Ciò comporterà, come è evidente, un intenso impegno di tutte le forze in campo, *in primis* di coloro che portano sulle spalle il peso delle responsabilità istituzionali e della rappresentanza degli interessi economici, sociali e professionali.

La illuminante vicenda del Protocollo nazionale di sicurezza anti-contagio, approdato alla sottoscrizione solo tre giorni dopo la sua previsione nel d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, dimostra come nulla sia impossibile quando, come in quel caso, tutti si assumono totalmente le proprie responsabilità. E la rapida ed intensa proliferazione dei conseguenti protocolli settoriali o aziendali lo conferma.

In fondo, la principale lezione che questa emergenza sta insegnando è proprio quella della responsabilità.

Pesaro-Urbino, 5 aprile 2020

Abstract

Richiamando i precedenti saggi in materia dello stesso autore, il saggio analizza le novità normative nella gestione dell'emergenza coronavirus introdotte dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020 e soprattutto dal decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19. Il saggio si sofferma in particolare sul nuovo sistema sanzionatorio introdotto dal decreto n. 19/2020 il quale conferma come il sistema di gestione dell'emergenza sia completamente riconducibile ad una logica di tutela della salute pubblica. Inoltre, il saggio si sofferma sulla distinzione

⁴³ Corsivo mio.

⁴⁴ V. C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in corso di pubblicazione in questo fascicolo di questa “Rivista”.

tra il sistema di gestione dell'emergenza del coronavirus e il tradizionale sistema di prevenzione aziendale sottolineando come il primo risponda al principio di precauzione, mentre il secondo attenga al principio di prevenzione. Infine si svolgono alcune considerazioni sulle possibili prospettive future ove sia necessario convivere per qualche tempo con la presenza del virus.

Referring to the previous essays by the same author, the essay analyzes the regulatory changes in the management of the coronavirus emergency introduced by the Prime Minister's decree of 22 March 2020 and, above all, by the decree law of 25 March 2020, n. 19. The essay focuses in particular on the new sanctioning system introduced by decree no. 19/2020 which confirms that the emergency management system is completely attributable to a logic of protection of public health. In addition, the essay focuses on the distinction between the coronavirus emergency management system and the traditional system of health and safety at work, emphasizing how the former responds to the precautionary principle, while the latter adheres to the prevention principle. Finally, some considerations are made on possible future perspectives if it would be necessary to live with the presence of the virus for some time.

Parole chiave

Coronavirus, emergenza, sicurezza, lavoro, precauzione, prevenzione

Keywords

Coronavirus, emergency, safety, work, precaution, prevention



Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19**

di Chiara Lazzari*

SOMMARIO: 1. Salute circolare e d.lgs. n. 81/2008. – 2. Dall'organizzazione all'ambiente (in senso lato). – 3. (segue)...e ritorno. – 4. Dall'emergenza alla normalità: prospettive *de iure condendo* per il dopo – Covid-19.

1. Salute circolare e d.lgs. n. 81/2008

L'idea, propugnata dalla virologa Ilaria Capua, che in queste drammatiche giornate tutti abbiamo imparato a conoscere, di una «salute circolare»¹, quale sistema di vasi comunicanti che impone di ricercare un equilibrio migliore fra uomo e ambiente complessivamente considerato, appare particolarmente intrigante anche per il giurista uso a occuparsi di sicurezza nei luoghi di lavoro, se non altro perché la normativa fondamentale in materia, ossia il d.lgs. n. 81/2008, accoglie del concetto di «salute» un'accezione molto ampia. In una visione olistica, invero, quest'ultima, in linea con le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità – altro soggetto protagonista di queste settimane – è definita dall'art. 2, comma 1, lett. *o*), di quel decreto quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità».

Con il richiamo alla Costituzione dell'OMS, da un lato, si porta così a compimento l'intuizione che già aveva ispirato la riforma sanitaria del 1978, istitutiva del SSN, ove si avvalorava un concetto unitario di salute, da declinare «senza variazioni di sostanza in tutti i luoghi in cui si svolge e si completa la personalità di ogni cittadino»²; non a caso, la stessa attribuzione alle Asl, da parte

* Chiara Lazzari è Ricercatrice *ex art.* 24, comma 3, lett. *b*, della l. n. 240/2010 di Diritto del lavoro e Docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo. chiara.lazzari@uniurb.it

** Questo saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ I. CAPUA, *Salute circolare. Una rivoluzione necessaria*, Milano, Egea, 2019.

² P. PASCUCCI, L. ANGELINI, C. LAZZARI, I “*sistemi*” di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro, in “Lavoro e diritto”, 2015, p. 621.

di quella riforma, della competenza in tema di vigilanza sulla sicurezza sul lavoro trovava – e trova – il proprio fondamento per l'appunto nell'unificazione della tutela del bene salute, complessivamente inteso, nel contesto naturale sia di vita che di lavoro dell'individuo³.

Dall'altro lato, pare evidente come la definizione ricordata evochi anche una condizione di equilibrio armonico del soggetto rispetto all'ambito fisico nel quale lo stesso si trova inserito, perché la salute dell'essere umano/lavoratore è pure un riflesso di ciò che lo circonda: in tal senso, l'aggettivo "sociale", con la rete di relazioni che richiama, non sembra lasciare dubbi al riguardo. Sicché, appare una logica conseguenza dell'inscindibile binomio salute/ambiente l'idea, diffusasi in anni più vicini, secondo cui nel contenuto del diritto fondamentale alla prima, sancito dall'art. 32 Cost., sarebbe da ricomprendere altresì il diritto alla salubrità del secondo⁴.

2. Dall'organizzazione all'ambiente (in senso lato)

Non è, allora, casuale che di recente si sia sviluppato un originale filone di ricerca meritoriamente volto proprio a esplorare le connessioni fra diritto del lavoro e ambiente inteso in senso lato, altresì nella prospettiva della salute e sicurezza⁵. Non occorre, del resto, indugiare oltre sull'impatto che un'organizzazione produttiva può avere rispetto al territorio circostante e alla salute della popolazione che lo abita: basti pensare, per tutti, a Taranto e al caso Ilva⁶.

D'altra parte, non mancano nel citato d.lgs. n. 81/2008 gli appigli testuali per fondare, anche normativamente, una tale prospettiva. Si pensi alla definizione di «prevenzione» adottata dal legislatore del 2008, che, mutuando i parametri posti dall'art. 2087 c.c., viene individuata nel «complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno» (art. 2, comma 1, lett. n), così da configurare un «insieme di *policy* indirizzate non soltanto alla comunità dei lavoratori in azienda»⁷; o, ancora, all'obbligo, posto in capo al datore di lavoro e al dirigente, di

³ P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza sulla sicurezza del lavoro in attesa del T.U.*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2008, p. 252.

⁴ M. D'ARRIGO COSIMO, *Salute (diritto alla)*, in "Enciclopedia del diritto", agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, § 3.

⁵ P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Modena, Adapt University Press, 2018, spec. p. 149 ss.; in argomento, cfr. pure A. MERINO SEGOVIA, *Promoción de la seguridad y salud en los lugares de trabajo. Medidas de participación e intervención colectiva*, in questo fascicolo di questa "Rivista", I, p. 92 ss.

⁶ Sul caso Ilva, per tutti, P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva"*. *Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in "I Working Papers di Olympus", 2013, n. 12; P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 120 ss.

⁷ S. BOLOGNA, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale*, 31 marzo 2020, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/>.

«prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza dei rischi» (art. 18, comma 1, lett. q). Invero, «questi dati normativi sembrano [...] indicare come lo stesso sistema di prevenzione aziendale dei rischi lavorativi costituisca uno strumento irrinunciabile per la implementazione di una seria politica ambientale dell'impresa»⁸.

Sotto questo profilo, peraltro, a essere chiamato in causa non è solo il tema della responsabilità sociale d'impresa (RSI)⁹, definita dall'art. 2, comma 1, lett. ff) del d.lgs. n. 81/2008 quale «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende e organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate», quantunque essa assuma via via maggiore rilevanza ai fini preventivi¹⁰. Ma, sul piano squisitamente cogente, pare imporsi un'interpretazione davvero globale, nel senso d'integrata, dell'obbligo di valutazione dei rischi, sempre meno legato al tradizionale concetto fisico di luogo di lavoro e sempre più dipendente da quello, non reificato, di organizzazione¹¹, che, del resto, nei nuovi contesti produttivi del lavoro digitale si sta caratterizzando in termini viepiù de-materializzati¹². Non a caso, l'art. 2, comma 1, lett. q), del d.lgs. n. 81/2008 opportunamente definisce detto obbligo quale «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività [...]»¹³: dai rischi generati dall'organizzazione medesima e destinati a riflettersi altresì sull'ambiente esterno e sulla popolazione, come nel caso, anch'esso di stringente attualità stante la rivoluzione tecnologica in corso, dell'utilizzo di droni per lo svolgimento di attività lavorative all'aperto¹⁴; ai rischi addirittura esogeni rispetto al progetto produttivo datoriale in senso stretto, ma pur sempre connessi all'occasione di lavoro, come quelli discendenti da condotte criminose/terroristiche di terzi o derivanti dalla presenza, nel luogo di destinazione

⁸ P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in questa "Rivista", 2019, n. 1, I, p. 56.

⁹ Per tutti, A. PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, Il Mulino, 2013.

¹⁰ Si veda, da ultimo, S. BATTISTELLI, *Hard law e soft law alla prova della sicurezza sul lavoro negli appalti*, in questa "Rivista", 2019, n. 2, I, p. 29 ss.

¹¹ Su tale concetto, volendo, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 52 ss.

¹² In proposito, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in "Rivista del diritto della sicurezza sociale", 2018, p. 455 ss.; per l'analisi del rapporto fra lavoro digitale e sicurezza, cfr. pure P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro*, cit., p. 37 ss.; F. MALZANI, *Salute e sicurezza dei lavoratori della gig economy*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 45 ss.; A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in questa "Rivista", 2018, n. 2, I, p. 37 ss.

¹³ P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras Edizioni, 2017, p. 170.

¹⁴ P. PASCUCCI, *La tutela della sicurezza sul lavoro nelle attività all'aperto con l'uso dei droni (SAPR)*, in "Cultura giuridica e diritto vivente", vol. 7 (2020), p. 2 ss.

in cui il lavoratore è inviato in missione, di malattie infettive non diffuse nel Paese di provenienza¹⁵. Invero, tale definizione, «facendo esplicito riferimento all'organizzazione come sede e fonte dei rischi, parrebbe evocare non solo una realtà logistico-funzionale (il luogo di lavoro ed il ciclo produttivo), ma anche lo stesso «insieme delle regole del processo» di lavoro», ossia un'«azione-che-organizza»¹⁶ più che un'entità materiale, della quale s'impone, pertanto, in un'ottica di prevenzione primaria, una considerazione in chiave analitica, tale, cioè, da permettere l'individuazione delle scelte rischiose e delle soluzioni organizzative alternative idonee a evitarle¹⁷.

3. (segue) ...e ritorno

Fin qui, però, non ci si discosta dall'idea, tutto sommato tradizionale, dell'organizzazione potenziale fonte di rischi non solo per i soggetti che nel suo ambito prestano la propria attività, ma altresì per i terzi che abitano l'ambiente nel quale essa è inserita, ancorché non siano da trascurare le ricadute che, sul piano dell'obbligo di valutazione dei rischi, sembrano derivare da ciò, come testé rilevato. L'emergenza da Covid-19, tuttavia, se letta con la lente interpretativa rappresentata dal concetto di «salute circolare», sollecita, a mio avviso, il compimento di un passo ulteriore, specie in prospettiva.

In effetti, detto concetto – che pare giuridicamente evocato, come si osservava poc'anzi, dall'art. 2, comma 1, lett. o), del d.lgs. n. 81/2008 – implica la necessità di affrontare il problema della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori in un'ottica di tipo bidirezionale. In altri termini, la permeabilità fra organizzazione e ambiente in senso ampio, che si è argomentata nel paragrafo precedente, non può non risultare, per l'appunto, da ambo i lati, perché l'idea di «salute circolare» comporta che, se si vuole davvero garantire al cittadino lavoratore il pieno godimento del diritto fondamentale di cui all'art. 32 Cost., il cerchio non possa essere percorso solo per metà. Invero, se i rischi professionali, quindi tipici dell'organizzazione, che possono produrre effetti anche sull'ambiente esterno e su chi lo abita, debbono essere oggetto di valutazione, si può fondatamente immaginare un'organizzazione che si disinteressa dei rischi generici i quali, però, penetrando all'interno della stessa, possono essere aggravati dall'occasione di lavoro?

A questo punto del discorso, tuttavia, occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco. Come i più approfonditi studi condotti in materia hanno dimostrato, e l'impianto regolativo consolidatosi con il recente d.l. n. 19/2020 ha

¹⁵ In proposito, da ultimo, cfr. L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in questa “Rivista”, 2019, n. 2, I, p. 83 ss.

¹⁶ B. MAGGI, *Introduzione*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, Bologna, TAO Digital Library, 2011, p. 3.

¹⁷ Sul punto, volendo, *amplius*, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali*, cit., p. 52 ss.

ulteriormente confermato¹⁸, nella situazione di piena emergenza che stiamo vivendo sembra doversi escludere un obbligo generalizzato di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro¹⁹, per il fatto che la valutazione del rischio determinato dal nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2), e dalla malattia (Covid-19) che esso causa, risulta operata a monte dallo stesso legislatore, in quanto dotato, nella fase emergenziale in atto, delle competenze tecnico/scientifico necessarie al riguardo. Sicché, solo nelle realtà che già si confrontavano con l'applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, come quelle dei servizi sanitari, i cui operatori sono esposti agli agenti biologici presenti nei pazienti, o dei laboratori nei quali la manipolazione di tali agenti avviene per scopi di ricerca, il DVR dovrà essere aggiornato. Non a caso, la disciplina contenuta nel Titolo citato si riferisce «a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici» (art. 266, comma 1) o a causa di un uso deliberato degli stessi da parte del datore di lavoro o in quanto, pur non essendoci intenzione di operare con essi (art. 271, comma 4), il datore organizza attività lavorative, quali quelle elencate in via esemplificativa nell'Allegato XLIV al d.lgs. n. 81/2008, che, per le loro modalità di svolgimento, possono implicare un'esposizione agli agenti suddetti. Pertanto, laddove il rischio biologico si configuri, invece, come generico e l'organizzazione, produttiva e del lavoro, costituisca, in virtù dei meccanismi di trasmissione del virus, una delle tante possibili fonti di contagio, non diversamente dagli altri luoghi in cui è ipotizzabile il contatto fra persone, spetterà (non già al datore, ma) alla pubblica autorità procedere alla valutazione del medesimo.

Ciò, peraltro, non implica affatto che allora il datore di lavoro possa disinteressarsi dell'adozione di idonee misure di prevenzione, dovendo piuttosto adeguarsi a quelle indicate espressamente dai provvedimenti adottati in ragione del precetto generale di cui all'art. 2087 c.c.

¹⁸ Cfr. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in questo fascicolo di questa "Rivista", I, spec. p. 128 ss., secondo cui detto impianto, improntato com'è a una forte centralizzazione di poteri normativi straordinari in campo all'Esecutivo, conferma «che la gestione dell'emergenza in atto risponde ad una logica di tutela della salute pubblica, la quale, nel caso dei contesti lavorativi, pur potendosi intersecare con quella del sistema di prevenzione aziendale, mantiene intatte la propria autonoma ragion d'essere e le proprie speciali modalità di esercizio».

¹⁹ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in questa "Rivista", 2019, n. 2, I, p. 99 ss.; ID., *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in "Giustizia civile.com", 17 marzo 2020, p. 3 ss.; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa "Rivista", 2019, n. 2, I, p. 123 ss.; v. pure A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2.; con riferimento a un'altra pandemia, quella dell'influenza suina, già F. BACCHINI, *Presunto obbligo di valutazione del rischio biologico da virus A*, in "ISL - Igiene e Sicurezza sul Lavoro", 2010, p. 65 ss.; *contra* A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in "Giustiziacivile.com", 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in "Punto sicuro", 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in "Guida al lavoro", 2020, n. 10, p. 13; R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Milano, WKI, 2020, e-book, p. 10 ss.; in argomento, v. pure F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in "Giustiziacivile.com", 18 marzo 2020, pp. 3-4.

A quest'ultimo riguardo, è stato così sottolineato che «l'obbligo di sicurezza e la valutazione dei rischi rappresentano cerchi concentrici, il secondo più piccolo e interamente racchiuso nel primo»²⁰. Se la suggestiva ricostruzione fotografa l'assetto obbligatorio attuale, non è detto, però, che l'immagine che ci viene restituita sia da considerare un dato necessariamente connaturato al sistema di prevenzione²¹. A me pare, infatti, che l'obbligo di valutazione dei rischi costituisca il migliore strumento attuativo delle potenzialità preventive insite nell'art. 2087 c.c., la cui vocazione in tal senso è da sempre fuori discussione²², ma la cui applicazione pratica è avvenuta soprattutto in sede risarcitoria, ossia *ex post*²³. La legislazione comunitaria²⁴, invece, mediata da quella nazionale di recepimento, fornisce al datore di lavoro la strumentazione per dare concreto e corretto adempimento *ex ante*, cioè in chiave preventiva, all'obbligo posto dalla norma codicistica. Del resto, come individuare «le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», ossia misure tipicamente di prevenzione e protezione, senza il *prins* logico della valutazione dei rischi, la cui eliminazione/riduzione impone, per l'appunto, l'adozione di quelle misure? Insomma, parafrasando Federico Mancini, in un'ottica autenticamente prevenzionistica l'art. 2087 c.c., da solo, «può molto, ma non può tutto»²⁵. Per aggiungere quel che manca, è ancora una volta la procedura di cui agli artt. 17, comma 1, lett. a), 28 e 29 del d.lgs. n. 81/2008 – che, pur costituendo obbligo indelegabile, il datore di lavoro non affronta in solitudine, avvalendosi del coinvolgimento, a vari livelli, delle altre figure del sistema aziendale di prevenzione²⁶ – a essere chiamata in causa.

²⁰ L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19*, cit., p. 131.

²¹ Così, invece, L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19*, cit., p. 131: «Lungi dall'essere una contraddizione, questo disallineamento non fa altro che testimoniare un dato immanente al nostro sistema prevenzionistico».

²² Cfr. già C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 79.

²³ Per tutti, L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1986, III ed., p. 77 e, più recentemente, P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in P. SCHLESINGER, F. D. BUSNELLI (dir. da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 3 ss.; merita in ogni caso ricordare l'uso in chiave preventiva dell'art. 2087 c.c. ad opera della giurisprudenza che, di fronte all'inadempimento datoriale dell'obbligo di sicurezza, ammette il ricorso, da parte del lavoratore, all'eccezione *ex art.* 1460 c.c.: v., per tutte, Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2016, n. 836 e Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911, entrambe in www.olympus.uniurb.it - sez. Giurisprudenza, secondo cui il requisito della buona fede previsto per la proposizione dell'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* sussiste quando, nella comparazione tra inadempimento e prestazione rifiutata, il «rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite»; per un'analisi delle molteplici questioni concernenti l'art. 2087 c.c. anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale v., da ultimo, A. DELOGU, *Commento all'art. 2087 codice civile*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Milano, WKI, 2020, p. 361 ss.

²⁴ In proposito, per tutti, L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet giuridica, 2015, p. 48 ss.

²⁵ G.F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Movimento operaio e Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 13.

²⁶ Volendo, C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 735 ss.

Dunque, se, ragionando di nuovo in termini di circolarità, quello «fra norma generale e norme speciali è [...] un *sistema circolare*»²⁷; e se tra l'art. 2087 c.c. e la disciplina del d.lgs. n. 81/2008 si è «compiutamente realizzata una perfetta fusione valoriale e funzionale»²⁸, legislatore e interprete dovrebbero operare affinché i due «cerchi concentrici» tendano viepiù a sovrapporsi. E ciò anche in un'ottica di maggiore certezza per il datore di lavoro, poiché l'attuazione in chiave procedurale e organizzativa dell'art. 2087 c.c. potrebbe contribuire altresì a sciogliere l'annoso dilemma circa i confini dell'obbligo ivi previsto²⁹: lo conferma, *a contrario*, la drammatica vicenda dell'amianto³⁰, che ci consegna un'interpretazione giurisprudenziale della disposizione codicistica quale «veicolo d'ingresso nel nostro ordinamento di un principio di precauzione temperato, nella misura in cui impone al datore di lavoro, ove vi sia rischio potenziale, di adottare misure idonee, senza poter invocare a proprio beneficio l'assenza di certezza scientifica sugli effetti negativi»³¹, con tutte le problematicità del caso.

Partendo da tali presupposti, v'è, allora, da chiedersi che ricadute il ragionamento proposto possa avere sul tema qui considerato, una volta superata la fase emergenziale.

4. Dall'emergenza alla normalità: prospettive de iure condendo per il dopo – Covid-19

Invero, per quanto verosimilmente molto lunga, l'emergenza non durerà per sempre e, prima o poi, si tornerà a una “nuova” normalità. Nuova perché sarebbe auspicabile che la pandemia recasse con sé la volontà, del singolo individuo, così come degli Stati e della comunità internazionale, di modificare il paradigma di sviluppo economico, muovendosi con «un passo più attento e più leggero su questo pianeta»³², o, almeno, quella d'investire adeguatamente su di una maggiore *governance* globale, al momento del tutto deficitaria, dei fenomeni epidemici, atteso che, in un mondo totalmente interconnesso, è difficile immaginare di essere definitivamente

²⁷ P. ALBI, *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, in questa “Rivista”, 2016, n. 1, I, p. 89, corsivo dell'A., il quale osserva che «la norma generale imprime una particolare direzione alle norme speciali offrendone un criterio imprescindibile di inquadramento; le norme speciali arricchiscono di una serie di specificazioni l'obbligo di sicurezza, specificazioni che rinvigoriscono la portata prevenzionale dell'obbligo e ne proiettano l'essenza in una pluralità di contesti (es.: particolari caratteristiche dell'ambiente di lavoro, del titolare dell'obbligo, delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa)».

²⁸ L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in P. PASCUCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 89.

²⁹ Su tale dilemma, per tutti, A. VALLEBONA (a cura di), *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto*, in “Guida al lavoro”, *Colloqui giuridici sul lavoro*, Suppl., 2009, n. 1.

³⁰ Sulla quale, volendo, C. LAZZARI, *Rischio amianto e responsabilità datoriale*, in “Diritti lavori mercati”, 2016, p. 428 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

³¹ A. VISCOMI, *Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 50.

³² Così David Quammen, autore del famoso *Spillover*, Milano, Adelphi, 2014, in un'intervista rilasciata a *Il Manifesto* del 25 marzo 2020.

al riparo da future, analoghe problematiche. Non è, infatti, verosimile che Wuhan, megalopoli di circa undici milioni di abitanti, possa regredire allo stato di piccolo villaggio nel quale il virus, una volta fuoriuscito dalla foresta e aver compiuto il salto di specie, possa rimanere confinato, anziché prendere un aereo e invadere il globo nel giro di poche settimane. Fuor di metafora: il processo di globalizzazione appare ormai irreversibile e, con esso, il rischio che a essere globalizzati siano anche virus e super-batteri. Del resto, a partire dagli anni 2000, la sempre più frequente diffusione, su scala mondiale, di sindromi respiratorie (per non parlare della malattia da virus Ebola) causate da agenti patogeni sconosciuti è sotto gli occhi di tutti, e ciò non appare casuale: SARS, influenza aviaria da virus A/H5N1, influenza suina da virus A/H1N1, MERS sono stati segnali, probabilmente inascoltati, di un rapporto uomo/ambiente squilibrato, che, però, non sembra facile correggere, se non altro in tempi brevi.

E allora pare che un legislatore attento alle sollecitazioni provenienti dal mondo scientifico debba promuovere un diritto della salute e della sicurezza sul lavoro più al passo coi tempi, capace di creare le condizioni normative affinché l'organizzazione produttiva, pubblica e privata, sia maggiormente in grado d'implementare il concetto olistico di salute accolto nel d.lgs. n. 81/2008. Indubbiamente, su tutto potranno pesare i costi economici della pandemia in corso, al momento incalcolabili, ancorché di sicuro enormi. Nondimeno, come gli eventi di questi giorni stanno a dimostrare, se ci sono due settori che non solo non vanno "tagliati", ma potenziati, sono, da un lato, tutti quelli che hanno a che vedere con la salute del cittadino e, di riflesso, anche con quella del lavoratore (gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali hanno un costo per la collettività già troppo alto) e, dall'altro, quello della ricerca.

In prima battuta, pertanto, sembra che le modifiche al d.lgs. n. 81/2008 debbano andare almeno in tre direzioni, fermo restando che, per governare fenomeni globali, la legislazione nazionale non sempre appare sufficiente, imponendosi, pertanto, in una prospettiva di aggiornamento degli strumenti normativi attualmente a disposizione, un intervento almeno a livello europeo, tanto più in una materia – quale quella della salute e sicurezza sul lavoro – in cui il diritto comunitario ha da tempo assunto un ruolo determinante³³.

In ogni modo, limitando la riflessione all'ambito interno, innanzitutto credo sia giunto il momento di superare la contraddizione, altrove già rimarcata³⁴ e resa ancora più palese dalle ultime vicende, di una normativa, che, pur qualificando la figura del medico competente quale collaboratore del datore di lavoro nella valutazione dei rischi, continua a confinare la sua partecipazione a tale procedura

³³ Per tutti, G. NATULLO, *Sicurezza del lavoro*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1074 ss.

³⁴ Da ultimo cfr. C. LAZZARI, *I "consulenti" del datore di lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 125.

alle sole ipotesi in cui vi sia un obbligo di sorveglianza sanitaria³⁵. Il che non significa che in qualunque organizzazione produttiva debba esservi, sempre e comunque, un medico competente, potendo il legislatore limitarsi a sancire l'obbligatorietà, nella valutazione dei rischi, della collaborazione del medesimo, che, in ipotesi, potrà anche esaurirsi con la stesura del relativo documento ove non si evidenzino necessità di sorveglianza sanitaria³⁶. A tale proposito, merita ricordare che, secondo l'art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, quest'ultima deve essere attivata nei casi previsti dalla normativa vigente e dalle indicazioni della Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6, oltre che allorché il lavoratore ne faccia richiesta e la stessa sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi. Tuttavia, la disciplina in vigore, relativamente all'esposizione ad agenti biologici, affida al solo datore di lavoro la decisione circa l'esigenza di sottoporre, o meno, i lavoratori a tale sorveglianza: l'art. 279, comma 1, stabilisce, infatti, che «qualora l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41». Poiché, però, non è detto che il medico sia presente sin dalle fasi iniziali della procedura di valutazione, è palese il cortocircuito che si genera, anche in ragione del mancato possesso, da parte del datore di lavoro pure assistito dal RSPP, delle competenze richieste per apprezzare la necessità in questione. Sicché, risulta evidente come la scelta datoriale debba essere fortemente supportata, da un lato, prevedendo sempre la partecipazione del medico competente alla valutazione dei rischi; dall'altro, estendendo i casi in cui si debba attivare la sorveglianza sanitaria anche a quelli rispetto ai quali il DVR ne evidenzi

³⁵ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 81/2008, il medico competente è il «medico in possesso di uno dei titoli e dei requisiti formativi e professionali di cui all'articolo 38, che collabora, secondo quanto previsto all'articolo 29, comma 1, con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria e per tutti gli altri compiti di cui al presente decreto» (v. anche l'art. 25, comma 1, lett. a), secondo cui il medico «collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi...»); a sua volta, in virtù dell'art. 29, comma 1, «il datore di lavoro effettua la valutazione ed elabora il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente, nei casi di cui all'articolo 41», norma, quest'ultima, dedicata alla «Sorveglianza sanitaria».

³⁶ P. PASCUCCI, *Dopo il d.lgs. 81/2008: salute e sicurezza in un decennio di riforme del diritto del lavoro*, in ID. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 20; al riguardo, v. anche il documento, predisposto dalla CCIP-Consulta Interassociativa Italiana per la Prevenzione in collaborazione con l'Osservatorio *Olympus*, e reperibile in <https://olympus.uniurb.it/>, contenente alcune proposte per la semplificazione e l'effettiva applicazione della normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, che, sul punto, così si esprime: «Ferma restando l'obbligatorietà di nominare il Medico Competente in tutti i casi in cui sia necessaria la sorveglianza sanitaria quale misura di prevenzione, si propone di modificare l'articolo 29, comma 1 prevedendo che il datore di lavoro valuti l'opportunità della partecipazione del medico competente nella valutazione dei rischi *ab initio*; il contratto con il MC potrà prevedere esplicitamente che la collaborazione può esaurirsi con la stesura del DVR ovvero che la collaborazione potrà continuare per esigenze che verranno individuate, ad esempio per accertamenti sanitari su richiesta. Il Documento di Valutazione dei Rischi riporterà le decisioni prese in tal senso e le loro motivazioni».

il bisogno³⁷, così da garantire una maggiore tutela della salute e sicurezza dei lavoratori con riguardo a nuove situazioni di rischio, in relazione alle quali tale documento confermerebbe viepiù la propria natura di strumento dinamico di prevenzione³⁸, non cristallizzato solo su rischi precedentemente noti e acquisiti.

In secondo luogo, pare urgente una maggiore interazione/integrazione fra la figura del medico competente e, tramite essa, l'intero sistema di prevenzione aziendale, e il Servizio Sanitario Nazionale. Un significativo segnale in questa direzione si rintraccia già nel d.lgs. n. 81/2008, in particolare nel suo art. 40. La norma, infatti, evidentemente al fine di favorire una conoscenza sistematica dello stato di salute di gruppi omogenei di soggetti, rilevanti a fini statistico-epidemiologici, assegna al medico competente compiti informativi destinati a trascendere l'ambito aziendale – considerato, invece, dal precedente art. 25, comma 1, lett. i)³⁹, con cui l'art. 40 va letto in chiave combinata –, imponendogli, segnatamente (comma 1), entro il primo trimestre dell'anno successivo a quello di riferimento, di trasmettere, esclusivamente per via telematica, ai servizi competenti per territorio le informazioni, elaborate evidenziando le differenze di genere, relative ai dati aggregati sanitari e di rischio dei lavoratori sottoposti a sorveglianza sanitaria, secondo il modello di cui all'Allegato 3B al d.lgs. n. 81/2008⁴⁰. Tuttavia, le notevoli difficoltà incontrate nell'attuazione della disposizione in questione, che ne hanno ritardato enormemente la pratica operatività⁴¹ – difficoltà certo di tipo tecnico, ma, sembra di poter dire, ancor prima di natura culturale – dimostrano quanto sia lunga la strada da percorrere nella costruzione di un sistema prevenzionistico compiutamente integrato, nel quale, cioè, si realizzino sinergie positive fra strumenti di sorveglianza sanitaria e territoriale e, in generale, fra modelli prevenzionali interni ed esterni all'organizzazione, che dovrebbero essere

³⁷ Cfr. il documento citato alla nota precedente, che, al riguardo, propone «la modifica dell'art. 41 aggiungendo alla lettera a) del comma 1 “nei casi in cui il documento di valutazione di cui all'art. 17, co. 1, lettera a, e 28, co. 2, riporti rischi per i quali lo stesso documento indica la sorveglianza sanitaria come misura di prevenzione”».

³⁸ Sul carattere dinamico e aperto dell'obbligo di valutazione dei rischi e della relativa documentazione L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, cit., pp. 100-101.

³⁹ Tale disposizione prevede, infatti, l'obbligo, gravante sul medico, di comunicare per iscritto al datore di lavoro, al RSPP, nonché ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, in occasione delle riunioni periodiche di cui all'art. 35, i risultati anonimi collettivi della sorveglianza sanitaria effettuata, fornendo indicazioni sul loro significato ai fini dell'attuazione delle misure per la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori.

⁴⁰ La norma prosegue: «2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano trasmettono le informazioni di cui al comma 1, aggregate dalle aziende sanitarie locali, all'ISPESL. 2-bis. Entro il 31 dicembre 2009, con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definiti, secondo criteri di semplicità e certezza, i contenuti degli Allegati 3A e 3B e le modalità di trasmissione delle informazioni di cui al comma 1. Gli obblighi di redazione e trasmissione relativi alle informazioni di cui al comma 1 decorrono dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo». Si ricorda, peraltro, che l'art. 7, comma 1, del d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010, ha soppresso, a far data dal 31 maggio 2010, l'ISPESL, trasferendo le relative funzioni all'INAIL.

⁴¹ Cfr., in proposito, C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione*, cit., p. 783 ss.; P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 234-235.

chiamati a operare in un'ottica di collaborazione e di supporto reciproco, così da alimentare una circolazione d'impulsi di sistema non solo nella logica esclusivamente unilaterale abbracciata dal citato art. 40, ma, ancora una volta, in una prospettiva di tipo bidirezionale. In definitiva, la via, già in parte tracciata dal d.lgs. n. 81/2008, va ulteriormente approfondita e ampliata, in modo da favorire un'articolata strategia di tutela della salute a tutto tondo, anche attraverso l'esplicito allargamento dei soggetti coinvolti nella rete, come, ad esempio, l'Istituto Superiore di Sanità, quale principale centro di ricerca, controllo e consulenza tecnico-scientifica in materia di sanità pubblica in Italia, che, del resto, già opera a fianco del SSN, e senza dimenticare l'apporto che, nell'individuazione di interconnessioni utili, può venire dai *big data*.

Infine, a mio avviso, occorre un ripensamento del Titolo X del decreto in questione. In effetti, quantunque l'art. 266, comma 1, ne definisca in modo molto ampio il campo d'applicazione, tramite il riferimento «a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici», sembrando così, a prima vista, volerne estendere l'operatività anche alle ipotesi in cui detto rischio risulti sì generico, ma comunque presente negli ambienti di lavoro, le norme seguenti, come osservato⁴², appaiono pensate per regolare solo le attività lavorative aventi direttamente ad oggetto agenti biologici. Pertanto, servirebbe una revisione del Titolo X maggiormente coerente rispetto al suo ambito applicativo come individuato nell'attuale disposizione di apertura, magari valorizzando, a tal fine, un'indicazione già contenuta nell'art. 271, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008, a proposito della previsione di un regime prevenzionistico meno rigoroso per quelle attività, elencate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV, nelle quali «manchi un "rischio da contatto deliberato" (rischio specifico)», e, nondimeno, sia rilevabile «un "rischio da contatto accidentale aggravato" (rischio generico aggravato)»⁴³.

In altri termini, proprio il concetto di rischio che, nella dimensione lavorativa, può accrescersi rispetto a quello, ubiquitario, gravante indistintamente sulla popolazione esterna potrebbe costituire il fulcro di un Titolo X più moderno e appagante, in quanto capace di tenere in debito conto il fatto che le interazioni con un eventuale agente biologico possono potenzialmente riguardare ogni tipo di attività. In quest'ottica, allora, in che modo verificare concretamente l'esistenza, o meno, di una maggiore probabilità, per i lavoratori, di contrarre un'infezione se non estendendo a tutte le organizzazioni l'obbligo di valutare tale rischio almeno quando il patogeno sia riconducibile all'attuale gruppo 4, come nel caso di epidemie o pandemie provocate da nuovi virus che si trasmettono per contatto diretto fra persone⁴⁴? L'idea tradizionale che, a fronte di un agente biologico esogeno rispetto

⁴² Cfr. *supra*, § 3.

⁴³ La formula è mutuata da L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19*, cit., p. 125.

⁴⁴ Secondo l'art. 268, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 81/2008, l'agente biologico del gruppo 4 è «un agente biologico che può provocare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori e può presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità; non sono disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche».

all'organizzazione produttiva, l'attività lavorativa costituisca null'altro che un'occasione non qualificata per la produzione dell'evento lesivo in questi casi dovrebbe essere, infatti, superata in via legislativa alla luce della considerazione che la condivisione di spazi in ambienti confinati, il contatto con il pubblico, laddove necessario, l'uso promiscuo di superfici che possono così contaminarsi, in quanto modalità esecutive della prestazione lavorativa, intensificano la probabilità del contagio, determinando un incremento del rischio, che, in tal modo, diventa un rischio anche dell'organizzazione. In questa prospettiva, pure a non voler intervenire sulla definizione di «prevenzione», il richiamo ai «rischi professionali», ivi contenuto⁴⁵, dovrebbe essere inteso in senso ampio, ossia riferito non solo ai rischi di cui l'organizzazione è fonte diretta, ma altresì a quelli che, sebbene non prodotti in via immediata dalla stessa, nelle modalità organizzative, considerate complessivamente sia come condizioni di lavoro che di contesto, trovano un aggravamento. In definitiva, allorché la scelta datoriale di strutturare il lavoro in un dato modo comporti un innalzamento del livello di esposizione, l'organizzazione risulterebbe pur sempre fonte, ancorché indiretta e mediata, di rischi, che potrebbero definirsi comunque professionali in quanto collegati all'«azione-che-organizza»⁴⁶ del datore di lavoro.

Ne consegue che l'obbligo di valutazione *ex art.* 17, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008, tarato dal legislatore sulle specificità del rischio biologico, dovrebbe essere in queste ipotesi sempre adempiuto, e in ogni caso con l'ausilio del medico competente, per verificare se, per l'appunto, le modalità organizzative adottate determinino un aumento di detto rischio rispetto a quello a cui il lavoratore risulta esposto nell'ambiente esterno; quest'ultimo a sua volta valutato da quelle autorità pubbliche con le quali, come si accennava poc'anzi, il medico competente non può non dialogare. In caso di risposta positiva, si procederà all'adozione delle misure di prevenzione e protezione che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, risultino ragionevolmente idonee a parificare il livello di esposizione endo-aziendale a quello eso-aziendale. In tal modo, si scongiurerebbe altresì l'eventualità che qualunque fattore “esterno” che si rifletta sull'organizzazione divenga, per ciò solo, un rischio professionale, tanto più tenendo conto del carattere penalmente sanzionato della normativa prevenzionistica di cui al d.lgs. n. 81/2008, come tale soggetta a stretta interpretazione⁴⁷. Del resto, anche con riguardo all'indennizzabilità della malattia-infortunio derivante da Coronavirus si è sostenuto, con posizione in buona parte recepita dall'Istituto assicuratore, che il rischio, per quanto in sé e per sé “generico”, essendovi esposta la generalità dei cittadini [...] può risultare “aggravato”, fino a divenire “specifico”, in relazione a determinate tipologie di attività lavorativa o a specifiche condizioni della stessa»; sicché, la presunzione di origine professionale potrebbe avere effetto non solo con riferimento agli operatori

⁴⁵ Cfr. *supra*, § 2.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Paventa questo rischio P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 101.

sanitari⁴⁸, ma pure ai lavoratori la cui attività comporta contatti con il pubblico, a quelli, appartenenti ad altre categorie, che abbiano avuto rapporti con un collega di lavoro positivo/infetto o sintomatico, nonché ai lavoratori che abbiano contratto l'infezione per avere utilizzato mezzi di trasporto pubblico⁴⁹. Fermo restando che la tutela assicurativa si estende anche ad ipotesi in cui si prescinde dalla valutazione dei rischi, come nel caso, da ultimo ricordato, dell'infortunio *in itinere*⁵⁰, rimane l'interesse di un'indicazione che, nata sul versante previdenziale, potrebbe risultare feconda di sviluppi anche nella prospettiva *de iure condendo* qui considerata.

L'opera di dissodamento del terreno è appena iniziata: se il virus viaggia rapidissimo, la ricerca, compresa quella in ambito giuridico, necessita di tempi più lunghi e meditati, ma anche del coraggio di abbandonare strade conosciute per muoversi in direzioni meno note, giovandosi altresì dell'apporto di discipline altre. Come afferma Ilaria Capua, le cui osservazioni hanno ispirato queste riflessioni⁵¹, serve un «pensiero laterale»⁵² che proceda per vie traverse rispetto a quelle già battute e consolidate, cosicché la circolarità possa alimentarsi di nuove idee e nuovi punti di vista. Anche il giurista può fornire il proprio contributo alla progressiva

⁴⁸ V. già l'Istruzione operativa Inail del 17 marzo 2020, prot. n. 3675, che aveva considerato infortunio sul lavoro (e, parallelamente, *in itinere*) quello di lavoratori infetti, quali medici, infermieri e operatori sanitari in genere, dipendenti del SSN e di qualsiasi altra struttura sanitaria, pubblica o privata, assicurata presso l'Istituto, rispetto ai quali fosse stata accertata, anche presumendola, l'origine professionale del contagio, e ora la Circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13, emanata sulla base degli artt. 34, comma 1, e 42, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2018, secondo cui «Nell'attuale situazione pandemica, l'ambito della tutela riguarda innanzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus».

⁴⁹ L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in questo fascicolo di questa "Rivista", II, pp. 2-3; secondo la citata Circolare Inail n. 13/2020, «A una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. [...] Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari». Per gli altri casi, «anch'essi meritevoli di tutela, nei quali manca l'indicazione o la prova di specifici episodi contagianti o comunque di indizi "gravi precisi e concordanti" tali da far scattare [...] la presunzione semplice [...] l'accertamento medico-legale seguirà l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale». La medesima Circolare, poi, ai fini del riconoscimento dell'infortunio *in itinere*, considera «per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul luogo di lavoro [...] necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa».

⁵⁰ Ciò che induce a ritenere che la ricordata Circolare Inail n. 13/2020 non smentisca la ricostruzione, accolta in questa sede anche alla luce del vigente Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 (*supra*, § 3), del sistema predisposto dal legislatore per la fase emergenziale in termini di specialità rispetto a quello di prevenzione aziendale: v. pure P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 131, nota 33.

⁵¹ Sono, peraltro, debitrice anche delle suggestioni nate dal confronto sviluppatosi in seno all'Osservatorio *Olympus* attorno ai saggi di Paolo Pascucci citati alla nota 19: di ciò ringrazio l'Autore e i colleghi Luciano Angelini e Angelo Delogu. La responsabilità delle tesi qui proposte resta, ovviamente, solo mia.

⁵² I. CAPUA, *Salute circolare*, cit.

diffusione di un approccio metodologico ai problemi di tipo multidisciplinare⁵³ e “laterale”, mosso dall’intento di garantire piena tutela a un diritto alla salute davvero “circolare”, in quanto declinato in tutte le sue multiformi accezioni e ovunque il soggetto esprima la propria personalità.

Abstract

A partire dalla considerazione dell'emergenza da Covid-19, il saggio, avvalendosi come chiave interpretativa del concetto, di origine scientifica, di "salute circolare", propone una lettura del rapporto fra organizzazione e ambiente inteso in senso lato, che si traduce anche in una riflessione sulla relazione fra art. 2087 c.c. e obbligo di valutazione dei rischi e in alcune proposte emendative del d.lgs. n. 81/2008, in tema, in particolare, di medico competente e rischio biologico.

In the light of the emergency from Covid-19, through an interpretative key of the concept, of scientific origin, of the so-called "circular health", the essay addresses the relationship between the organization and the environment lato sensu. The analysis focuses also on the relationship between the art. 2087 of the Civil Code and the risk assessment obligation and on some amended proposals concerning the Legislative Decree 81/2008, in particular, the occupational physician and the biological risk.

Parole chiave

Coronavirus, salute, ambiente, organizzazione, art. 2087 c.c., valutazione dei rischi, medico competente, rischio biologico

Keywords

Coronavirus, health, environment, organization, art. 2087 c.c., risk assessment, occupational physician, biological risk

⁵³ Si veda, in tale ottica, il seminario, svoltosi in diretta streaming il 7 aprile 2020, sul tema *Covid-19 e salute nei luoghi di lavoro* e organizzato, nell’ambito dell’iniziativa “Dialoghi tra medicina e diritto”, dalle Università Cattolica del Sacro Cuore, Luiss Guido Carli e Mercatorum.



Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"**

di Eugenio Erario Boccafurni, Michele Fatigato*

SOMMARIO: 1. L'art. 26 del d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, e la quarantena con sorveglianza attiva o permanenza domiciliare fiduciaria. – 2. "L'occasione di lavoro" per l'accesso alla tutela INAIL. – 3. Circolare INAIL n. 13, del 3 aprile 2020, e la fattispecie dell'infortunio sul lavoro *in itinere* accorso durante il periodo di emergenza da Covid-19. – 4. Istruzione operativa INAIL del 17 marzo 2020, le affezioni morbose inquadrate come infortuni sul lavoro dei dipendenti del S.S.N. e, in generale, di qualsiasi struttura sanitaria pubblica o privata. – 5. Presupposti e tutele accordate ai lavoratori posti in "riserva di regolarità". – 6. Il documento tecnico INAIL del 22 aprile 2020 e il rapporto con il protocollo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro del 14 marzo 2020, spunti per l'adozione di un efficace modello organizzativo aziendale.

1. *L'art. 26 del d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, e la quarantena con sorveglianza attiva o permanenza domiciliare fiduciaria*

Nell'ambito della complessa normativa emergenziale emanata per far fronte alla diffusione del corona virus nel territorio italiano, il d.l.n. 18/2020, all'art. 26, comma 1, ha previsto espressamente, per i soli lavoratori del settore privato¹, l'equiparazione, ai fini del trattamento giuridico ed economico, dell'assenza del lavoro per la quarantena o per permanenza domiciliare fiduciaria (in entrambi i casi

* Eugenio Erario Boccafurni è Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma La Sapienza. Eugenio.erarioboccafurni@uniroma1.it

Michele Fatigato è Avvocato del Foro di Foggia e Consulente HR management. michelefatigato@studiofatigato.it

Sebbene questo lavoro sia frutto di una riflessione comune ad entrambi gli Autori, i paragrafi, 1, 2 e 6 sono da attribuirsi a M. Fatigato, i paragrafi, 3, 4 e 5 sono da attribuirsi a E.E. Boccafurni.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Per i dipendenti pubblici, l'equiparazione della quarantena obbligatoria e della permanenza domiciliare al ricovero ospedaliero era già stata disposta, in precedenza, dall'art. 19, comma 1, d.l. n. 9/2020, convertito in l. n. 13/2020, secondo cui: "Il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dovuta al Covid-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero".

con sorveglianza sanitaria attiva) alla malattia, precisando, altresì, che la stessa non debba essere computata ai fini del periodo di comporta.

Per una compiuta comprensione del testo normativo, occorre premettere che, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1 dell'ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020 ed all'art. 1, comma 2, lett. *b)* ed *ì)*, del d.l. n. 6/2020, sono collocati in quarantena con sorveglianza attiva, su iniziativa delle Autorità Sanitarie territorialmente competenti, per quattordici giorni, i cittadini entrati in contatto stretto² “con casi confermati di malattia infettiva diffusiva” (soggetti risultati positivi al Covid-19) e sono collocati in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva coloro che abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle zone di maggiore diffusione del virus, come individuate dall'OMS; si tratta, dunque, di individui non direttamente affetti dal virus, ai quali, a scopo precauzionale e di contenimento del contagio, viene fatto obbligo di permanenza presso il proprio domicilio.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'ordinanza del Ministero della Salute, ci si è subito posti il problema di come considerare, nella gestione dei rapporti di lavoro, l'assenza del dipendente in quarantena obbligatoria o in isolamento domiciliare fiduciario e, dunque, assente dal lavoro per provvedimento vincolante della pubblica autorità³.

In assenza di una disciplina speciale ed in applicazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni, l'assenza avrebbe dovuto essere qualificata come impossibilità sopravvenuta parziale *ratione temporis* a rendere la prestazione lavorativa per causa non imputabile, ai sensi dell'art. 1464 c.c., con conseguente

² Ai sensi della circolare del Ministero della Salute n. 5443 del 22 febbraio 2020, sono considerati in contatto stretto: – Operatore sanitario o altra persona impiegata nell'assistenza di un caso sospetto o confermato di Covid-19, o personale di laboratorio addetto al trattamento di campioni di SARS-CoV-2. – Essere stato a stretto contatto (faccia a faccia) o nello stesso ambiente chiuso con un caso sospetto o confermato di Covid-19. – Vivere nella stessa casa di un caso sospetto o confermato di Covid-19. – Aver viaggiato in aereo nella stessa fila o nelle due file antecedenti o successive di un caso sospetto o confermato di Covid-19, compagni di viaggio o persone addette all'assistenza, e membri dell'equipaggio addetti alla sezione dell'aereo dove il caso indice era seduto (qualora il caso indice abbia una sintomatologia grave od abbia effettuato spostamenti all'interno dell'aereo indicando una maggiore esposizione dei passeggeri, considerare come contatti stretti tutti i passeggeri seduti nella stessa sezione dell'aereo o in tutto l'aereo). Il collegamento epidemiologico può essere avvenuto entro un periodo di 14 giorni prima o dopo la manifestazione della malattia nel caso in esame.

³ Si tratta delle c.d. ordinanze contingibili ed urgenti di cui all'art. 32 della l. n. 833/1978, espressione del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione funzionale alla tutela di beni di rango costituzionale (quale, appunto, la salute) e contengono delle prescrizioni vincolanti per i cittadini, con applicazione di sanzioni in caso di violazione. In generale, sul potere di ordinanza della P.A., cfr. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in “Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili”, vol. XXVII, 1948, p. 388 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1975, p. 715; F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 970; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990.

sospensione del sinallagma contrattuale e, dunque, anche dell'obbligo di pagamento della retribuzione e di versamento dei contributi previdenziali⁴.

Proprio per ovviare ad una conclusione di questo tenore, essendo l'assenza del dipendente non imputabile e, soprattutto, funzionale all'interesse pubblico del contenimento del contagio, il legislatore è intervenuto con una norma, l'art. 26, comma 1, del d.l. n. 18/2020, che, sostanzialmente, pone a carico delle casse dello Stato tale assenza, equiparandola, appunto, alla malattia.

Il legislatore ha dovuto adoperare il meccanismo dell'equiparazione, con riferimento "*al trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento*", in quanto il lavoratore "*in quarantena*", come correttamente rilevato⁵, non può essere considerato in malattia nel senso tradizionale, ovvero affetto da un evento patologico da cui derivi l'impossibilità temporanea all'espletamento dell'attività lavorativa, trovandosi, di fatto, semplicemente in una situazione di impedimento all'uscita dalla propria abitazione per fatto non imputabile.

Presupposto per l'operatività dell'equiparazione, ai sensi dell'art. 26, comma 3, del d.l. n. 18/2020, è la redazione e la trasmissione al datore di lavoro della certificazione di malattia redatta dal medico curante con l'espressa indicazione del provvedimento di collocazione in quarantena o in permanenza domiciliare fiduciaria emesso dall'operatore di sanità pubblica ai sensi degli artt. 1, comma 2, lett. b) ed i), del d.l. n. 6/2020, ed 1 dell'Ordinanza del Ministero della Sanità del 21 febbraio 2020.

La stessa disciplina dell'equiparazione alla malattia, ai fini del trattamento economico, deve essere estesa anche all'ipotesi del dipendente assente dal lavoro a causa dei provvedimenti di contenimento o di divieto di allontanamento dal proprio territorio, adottati dai Presidenti delle Regioni o dai Sindaci, nell'ipotesi in cui il luogo di lavoro si trovi al di fuori del territorio stesso; in questo caso, a differenza delle ipotesi di quarantena ed isolamento domiciliare, come chiarito dal Ministero del Lavoro, per beneficiare della equiparazione economica alla malattia, il lavoratore non deve nemmeno a produrre al datore di lavoro alcuna certificazione

⁴ Cfr., in tal senso, prima dell'emanazione del d.l. n. 18/2020, A. MARESCA, *Webinar Covid-19*, 11 marzo 2020, p. 6, Commissione di Certificazione Università Roma Tre; in generale, sulla riconducibilità delle ipotesi di assenza dal lavoro per provvedimenti restrittivi della libertà personale alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta parziale *ratione temporis* a rendere la prestazione, ai sensi dell'art. 1464 c.c., cfr., con riferimento al tema diffuso della custodia cautelare, Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 1980, n. 2317, in "Il Foro italiano", 1981, I, c. 201; Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 1981 n. 2256, in "Giurisprudenza civile", 1981, I, p. 1228, con nota di PERA; Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 1982 n. 2780, in "Notiziario della giurisprudenza del lavoro", 1982, p. 392; Cass. civ., sez. lav., 15 luglio 1983 n. 4849, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1984, II, p. 508, con nota di AGNESI; Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 1990 n. 3690, in "Notiziario della giurisprudenza del lavoro", 1990, p. 405; Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 1992 n. 1966, in "Lavoro e previdenza oggi", 1992, p. 2245; Cass. civ., sez. lav., 23 giugno 1992, n. 7668, in "Notiziario della giurisprudenza del lavoro", 1992, p. 662; Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 1993 n. 6409, in "Massimario di Giustizia civile", 1993, p. 1006; Cass. civ., sez. lav., 30 marzo 1994, n. 3118, "Il Foro italiano", 1994, voce Lavoro (rapporto), n. 14.

⁵ Cfr., A. MARESCA, *Webinar*, cit., p. 6.

medica, essendo sufficiente, ai fini della sussistenza del diritto alla suddetta equiparazione, l'emanazione e la vigenza del provvedimento autoritativo⁶.

In ragione dell'equiparazione alla malattia, ai fini del trattamento economico, al lavoratore che si trovi in una delle condizioni sopra analizzate (quarantena, obbligo di permanenza domiciliare o divieto di spostamento dal proprio territorio), spetta non solo l'indennità che normalmente è a carico dell'INPS (mediante il meccanismo dell'anticipazione e successivo conguaglio), ma l'intero trattamento economico che, secondo il CCNL applicato al rapporto di lavoro, deve essere garantito al dipendente assente per malattia, compresa, dunque, l'integrazione che, normalmente, è a carico del datore di lavoro; in questa ipotesi speciale, tuttavia, ai sensi dell'art. 26, comma 5, del d.l. n. 18/2020, in deroga alle disposizioni vigenti, tutti gli oneri (sia quelli del datore di lavoro che quelli dell'INPS) restano integralmente a carico dello Stato.

La norma in esame, infine, prevede espressamente che l'assenza per quarantena o permanenza domiciliare, trattata ai fini economici come malattia, non sia conteggiata ai fini dell'eventuale superamento del periodo di comporto, così equiparandola, di fatto, al ricovero ospedaliero⁷.

Dalle fattispecie normativamente tipizzate della quarantena obbligatoria e dell'isolamento fiduciario domiciliare deve essere tenuta distinta l'ipotesi della c.d. quarantena volontaria del dipendente che decide, di sua sponte, di non recarsi in azienda per il timore di contrarre il virus o di averlo contratto e di poter contagiare i colleghi.

In questo caso, il lavoratore deve certamente essere considerato assente non retribuito, non avendo assolto al proprio obbligo di rendere o di offrire al datore di lavoro la prestazione lavorativa, con conseguente venir meno dell'obbligo sinallagmatico normalmente gravante su quest'ultimo di corrispondere la retribuzione (quale controprestazione). Il datore di lavoro, inoltre, potrebbe considerare l'assenza ingiustificata e, dunque, disciplinarmente rilevante, qualora ritenesse insufficiente la motivazione addotta dal dipendente per giustificare la sua permanenza domiciliare a scopo di prevenzione⁸.

L'art. 26, comma 2, del d.l. n. 18/2020 prevede, invece, espressamente l'equiparazione al ricovero ospedaliero dei periodi di assenza prescritti dalle competenti autorità dei dipendenti pubblici e privati affetti da grave disabilità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992 ovvero in possesso di certificazione, rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti di patologie oncologiche o terapie salvavita.

⁶ Cfr., in tal senso, FAQ Ministero del Lavoro 30 marzo 2020.

⁷ La determinazione della misura del periodo di comporto è rimessa, dall'art. 2110 c.c., ai CCNL di settore, la pressoché totalità dei quali, nel dettare la relativa disciplina, esclude dal computo i giorni di ricovero ospedaliero.

⁸ Cfr., in tal senso, Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, approfondimento del 24 febbraio 2020. Nello stesso senso, Accordo Quadro Covid-19 sottoscritto tra ANEC ed OO.SS. in data 27 febbraio 2020.

Con riferimento a questa disposizione normativa, ci si limita ad evidenziare che, in assenza di iniziativa da parte del lavoratore, il datore di lavoro mentre è direttamente a conoscenza della sussistenza della condizione di “disabilità grave”, in quanto destinatario della relativa documentazione, e, dunque, in ossequio agli obblighi di prevenzione e tutela dell'integrità psico-fisica del dipendente di cui all'art. 2087 c.c. ed al d.lgs. n. 81/2008, può procedere, sua sponte, a sospendere la prestazione lavorativa; nel caso dei lavoratori immunodepressi l'unico soggetto che potrebbe essere a conoscenza della patologia è il medico competente, che, tuttavia, soggiace all'obbligo di riservatezza.

In queste ipotesi, per il datore di lavoro, potrebbe essere opportuno, al fine di prevenire situazioni di grave rischio per la salute dei dipendenti, rendersi parte proattiva e richiedere al medico competente di comunicare quali siano i lavoratori a rischio, così da procedere alla loro sospensione, facendo prevalere la tutela della salute (individuale e pubblica) di cui all'art. 2087 c.c. sul diritto alla riservatezza dei dati⁹ ovvero, quantomeno, invitare i propri dipendenti a comunicare tali informazioni, esortandoli, se necessario, a farsi rilasciare la certificazione prevista dalla norma in esame¹⁰.

2. “L'occasione di lavoro” per l'accesso alla tutela INAIL

Come noto, per poter qualificare un evento come infortunio sul lavoro, secondo il d.P.R. n. 1124/1965 è necessaria la presenza di due condizioni: la causa violenta e l'occasione di lavoro. La “causa violenta” è qualunque azione, operante in danno altrui, tale da produrre lesioni all'organismo umano; più precisamente essa rappresenta un'azione di qualsiasi natura che abbia i requisiti di exteriorità (in quanto deve provenire dal mondo esterno), di idoneità lesiva (essendo in grado di provocare lesioni tali da determinare la morte o un'inabilità assoluta o parziale) e di concentrazione cronologica (nel senso che deve agire in un tempo ristretto, convenzionalmente indicato nel turno giornaliero di lavoro)¹¹. L'infortunio può

⁹ Sulla prevalenza della tutela della salute sul diritto alla riservatezza, soprattutto in un contesto emergenziale come quello attuale, cfr. A. MARESCA, *Webinar*, cit.

¹⁰ Anche il Garante sulla Privacy ha confermato la legittimità di un invito generalizzato rivolto ai lavoratori dal datore di lavoro, avente ad oggetto la comunicazione di tutte le informazioni utili per prevenire situazioni di rischio per la loro salute e quella dei loro colleghi (cfr. messaggio del 3 marzo 2020).

¹¹ All'uopo, occorre sottolineare che l'espressione “causa violenta”, nel corso degli anni, ha subito profonde evoluzioni per il progressivo sviluppo del sistema di tutela infortunistica. In particolare, rispetto al significato originario, che, facendo riferimento al carattere traumatico delle cause meccaniche che costituivano la categoria prevalente di fattori infortunistici, richiedeva una notevole intensità della causa stessa, la nozione attuale comprende qualsiasi fattore presente nell'ambiente di lavoro, in modo esclusivo o in misura significativamente diversa rispetto all'ambiente esterno, e che, agendo in maniera concentrata, provochi un infortunio sul lavoro, ovvero, in maniera lenta, una malattia professionale. Dunque, la causa violenta, richiesta dall'art. 2 del T.U. n. 1124 del 1965, per la qualificazione dell'evento come infortunio, può riscontrarsi anche in relazione allo sforzo messo in atto nel compiere un normale atto lavorativo, purché lo sforzo

essere determinato da una causa unica o da un concorso di cause. Il concorrere di concause preesistenti, simultanee o sopravvenute non esclude l'indennizzabilità dell'infortunio che è integralmente risarcito in proporzione all'entità del danno causato o concausato.

L'articolo 42, comma 2, del d.l. Cura Italia, sotto questo profilo, stabilisce che, nei casi accertati di infezione da coronavirus, in "occasione di lavoro", l'evento morboso ed il conseguente periodo di quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria devono essere trattati come infortunio sul lavoro.

Con riferimento al primo dei due requisiti necessari per qualificare un evento come infortunio sul lavoro, la norma, dunque, conferma espressamente l'indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie, che prevede, da un punto di vista tecnico-giuridico ed assicurativo, l'equiparazione tra causa violenta, comune a tutti gli infortuni, e causa virulenta, costituita dall'azione di un evento patogeno infettivo¹², quale il nuovo Coronavirus.

La disposizione normativa in esame si colloca, dunque, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale consolidato che considera operante la tutela INAIL in caso di affezioni morbose, avvenute in occasione di lavoro che derivino da un agente patogeno estrinseco di natura virulenta e con le Linee Guida per la trattazione dei casi di malattia infettive e parassitarie di cui alla Circolare INAIL n. 74 del 23 novembre 1995¹³.

La stessa INAIL, con la recente circolare 3 aprile 2020¹⁴, ha chiarito che le affezioni morbose da Coronavirus avvenute "in occasione di lavoro" sono riconducibili all'infortunio sul lavoro e non alla malattia professionale e come tali

stesso, ancorché non eccezionale ed abnorme, si riveli funzionale a vincere una resistenza peculiare del lavoro medesimo e del relativo ambiente, avuto riguardo alle caratteristiche dell'attività lavorativa svolta e alla loro eventuale connessione con le conseguenze dannose dell'evento (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 27 settembre 2013, n. 22257, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2013, p. 1127; Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2010, n. 17649, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 1049).

¹² Risulta, infatti, da tempo pacifico che, in ambito previdenziale, l'azione di fattori microbici o virali (che, penetrando nell'organismo umano, ne determinano l'alterazione dell'equilibrio anatomico-fisiologico) sia da considerarsi causa violenta, per cui l'evento viene protetto dall'INAIL come infortunio sul lavoro (si parla anche di "malattia-infortunio"). In tal senso, infatti, si è sempre pronunciata la giurisprudenza di legittimità, sin dalle note sentenze Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1982, n. 5764, in "De Jure.it", Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 1991, n. 8058, in "De Jure.it", e Cass. civ., sez. lav., 13 marzo 1992, n. 3090, in "De Jure.it". Cfr., nello stesso senso, successivamente, Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2014, n. 23990, in "De Jure.it"; Cass. civ., sez. lav., 28 ottobre 2004, n. 20941, in "De Jure.it"; Cass. civ., sez. lav., 1° giugno 2000 n. 7306, in "De Jure.it".

¹³ La causa violenta è stata ravvisata nella causa virulenta di natura biologica sin da una risalente pronuncia in tema di carbonchio della Cassazione del 31 ottobre 1921 (F.F.S.S./Migliori) ed è stata poi prevista *ex lege*, sempre nel caso del carbonchio, dall'art. 2 del r.d. n. 1765/1935. L'indirizzo giurisprudenziale era stato accolto dall'INAIL già prima della circolare richiamata nel testo, con la lettera circolare del 1° luglio 1993, relativa alle "Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parenterale e AIDS", dove appunto la causa virulenta è equiparata a quella violenta.

¹⁴ Che ha ripreso, con riferimento agli operatori sanitari, la precedente Nota INAIL 17 marzo 2020, "Richiesta chiarimenti malattia-infortunio da Covid-19 (nuovo coronavirus) contratto da operatori sanitari", in www.inail.it.

devono essere istruite e trattate in sede amministrativa per tutti i lavoratori assicurati all'INAIL¹⁵.

La problematica fondamentale, dunque, con riferimento alla riconducibilità della positività all'infortunio sul lavoro, riguarda la verifica della sussistenza del requisito della "occasione di lavoro"¹⁶, in cui devono essere ricomprese, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, tutte le condizioni temporali, topografiche e ambientali in cui l'attività produttiva si svolge e nelle quali è imminente il rischio di danno per il lavoratore, sia che tale danno provenga dallo stesso apparato produttivo e sia che dipenda da situazioni proprie e ineludibili del lavoratore¹⁷.

L'INAIL, nella suddetta circolare, ha chiarito che, nella situazione di pandemia in corso, l'ambito della tutela riguarda, innanzitutto, gli operatori sanitari¹⁸ esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico, con conseguente operatività, nei loro confronti, della presunzione semplice *iuris tantum* di origine professionale, in ragione, appunto, della elevatissima probabilità che tale categoria professionale venga a contatto con il nuovo coronavirus.

¹⁵ Sono destinatari di tale tutela, quindi, i lavoratori dipendenti e assimilati, in presenza dei requisiti soggettivi previsti dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, nonché gli altri soggetti previsti dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 (lavoratori parasubordinati, sportivi professionisti dipendenti e lavoratori appartenenti all'area dirigenziale) e dalle altre norme speciali in tema di obbligo e tutela assicurativa INAIL.

¹⁶ "Sull'occasione di lavoro" nell'infezione da corona virus, si rimanda a L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 1/2020, II.

¹⁷ Cfr., sul punto, Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 2000, n. 13447, in "De Jure.it", secondo cui: "Nella nozione di occasione di lavoro, di cui al D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, n. 2, rientrano tutti i fatti, anche straordinari e imprevedibili, inerenti all'ambiente, alle macchine e alle persone, sia dei colleghi, sia di terzi, e anche dello stesso infortunato, attinenti alle condizioni oggettive e storiche della prestazione lavorativa presupposto dell'obbligo assicurativo, funzionali allo svolgimento della prestazione lavorativa, con l'unico limite del rischio elettivo". Nello stesso senso, Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 2016, n. 9913, in "De Jure.it", secondo cui, affinché l'infortunio sia indennizzabile da parte dell'INAIL, non è necessario che sia avvenuto nell'espletamento delle mansioni tipiche disimpegnate dal lavoratore essendo sufficiente, a tal fine, anche che lo stesso sia avvenuto durante lo svolgimento di attività strumentali o accessorie. Sia la dottrina che la giurisprudenza di legittimità riconoscono il significato normativo estensivo dell'espressione "occasione di lavoro". Essa comprende tutte le condizioni temporali, topografiche e ambientali in cui l'attività produttiva si svolge e nelle quali è imminente il rischio di danno per il lavoratore, sia che tale danno provenga dallo stesso apparato produttivo e sia che dipenda da situazioni proprie e ineludibili del lavoratore. In senso analogo, da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 22 maggio 2018, n. 12549, in "De Jure.it". Da ultimo, sottolinea come la tutela contro gli infortuni sul lavoro si sia progressivamente estesa, rispetto all'originaria rilevanza del solo rischio professionale, ricomprendendo anche il c.d. rischio specifico improprio, ossia "non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa" o, finanche, un "rischio generico" come quello della strada, nell'ambito dell'infortunio *in itinere* (su cui si v. *infra*, par. 4.), Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 2020, n. 8948, in "De Jure.it".

¹⁸ L'espressione operatori sanitari deve necessariamente essere interpretata in senso estensivo tale da ricomprendere tutti i lavoratori che, prestando la loro attività in strutture sanitarie, siano adibiti a mansioni di cura ed assistenza dei pazienti, vale a dire medici, psicologi, infermieri, OSS, fisioterapisti ed, in generale, tutte le figure professionali raggruppate nelle categorie delle professioni sanitarie assistenziali, riabilitative, tecniche e tecniche della prevenzione.

In sostanza, in questi casi, la tutela da infortunio sul lavoro viene riconosciuta al lavoratore in presenza della sola affezione da Covid-19, in quanto si presume l'esistenza del requisito della occasione di lavoro, salvo prova contraria che dimostri, con certezza, che il contagio sia avvenuto per ragioni estranee all'attività lavorativa.

L'INAIL, inoltre, estende l'operatività della suddetta presunzione semplice anche ad altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza, quale elemento di esposizione ad un elevato rischio di contagio, facendovi rientrare, in via esemplificativa: i lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, gli addetti alle vendite/banconisti, il personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi. Anche per tali figure, dunque, vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari.

Le ipotesi in cui l'INAIL ritiene presumibile l'origine professionale del contagio non esauriscono, tuttavia, il campo di applicazione della tutela da infortunio sul lavoro, potendo la stessa operare negli altri casi, anch'essi meritevoli di tutela, nei quali manca l'indicazione o la prova di specifici episodi contagianti o comunque di indizi "gravi precisi e concordanti" tali da far scattare, ai fini dell'accertamento medico-legale, la presunzione semplice. In questi casi, precisa l'Istituto, ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può, comunque, presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento connesso all'attività lavorativa (in cui, dunque, l'affezione virulenta rappresenta, in astratto, un semplice rischio generico di malattia)¹⁹, grava sul lavoratore un consistente onere probatorio in ordine alla contrazione della patologia in occasione lavorativa e l'accertamento medico-legale dovrà seguire l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale. In particolare, in queste ipotesi, il dipendente che sostenga la dipendenza dell'infermità da una causa di servizio ha l'onere di dimostrare la riconducibilità dell'affezione denunciata alle modalità concrete di svolgimento dell'attività lavorativa, con una prova, quantomeno in termini di probabilità, ancorata a tangibili e specifiche situazioni di fatto, inerenti le mansioni svolte, le condizioni di lavoro e la durata e l'intensità dell'esposizione a rischio²⁰.

¹⁹ Cfr., con riferimento alla malaria, C. cost. 17 giugno 1987, n. 226, in "De Jure.it", ove si legge: "Nel secondo dopoguerra, mediante l'uso del DDT (diclorodifeniltricloroetano), la infestazione malarica, che durava da molti secoli, è stata in pochi anni debellata. Non ha oggi perciò più alcuna ragionevolezza un regime giuridico, che in materia di infezione malarica continui a postulare un rischio generico per gli abitanti, e ad escludere un rischio specifico in occasione di lavoro in circoscritto ambiente infesto, e che provveda alla tutela in caso di morte, e non anche in caso di anno". In tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 T.U. nella parte in cui non comprende tra i casi di infortunio sul lavoro l'evento dannoso derivante da infezione malarica, ritenendo irragionevole continuare ad escludere dalla tutela l'infezione malarica che certamente oggi non costituisce più un rischio generico per l'intera popolazione, ma un rischio specifico circoscritto ad un ambiente infesto.

²⁰ Sulla portata dell'onere probatorio gravante sul lavoratore allorquando, come nel caso di specie, l'evento virulento presenti una eziologia multifattoriale, cfr. Cass. civ., sez. lav., 15 ottobre

Per assolvere all'onere di provare l'esistenza del nesso di causalità tra l'ambiente di lavoro e l'infezione virulenta, il lavoratore ad esempio, potrebbe dimostrare la presenza in azienda di altri colleghi positivi al Covid, l'assenza di contagi tra i suoi familiari, la limitazione della frequentazione al solo ambiente lavorativo, oltre a quello familiare, l'utilizzo, per recarsi a lavoro, di mezzi pubblici particolarmente affollati, etc.²¹ Nell'ipotesi in cui l'Istituto assicurativo non riconosca la sussistenza della causa violenta e, dunque, non qualifichi l'evento come infortunio sul lavoro, il lavoratore può proporre ricorso amministrativo e, in caso di rigetto, il ricorso giudiziario²².

Ciò chiarito con riferimento alle condizioni di accesso alla tutela INAIL²³, per quanto concerne l'oggetto e alla portata, occorre precisare che, da un punto di vista temporale, la stessa riguarda sia il periodo di affezione dalla patologia sia, dopo la negativizzazione, il periodo di quarantena causato dalla malattia (non il periodo di quarantena per scopo sanitario di cui al paragrafo 1.che, invece, è escluso).

Ne consegue, quanto alle prestazioni erogabili, che, in queste ipotesi, gli assicurati possono ricevere dall'INAIL l'indennizzo del periodo di invalidità temporanea conseguente alla malattia (indennizzabile con l'indennità di inabilità

2014, n. 21825, in "De Jure.it", secondo cui: "In tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali, il dipendente che sostenga la dipendenza dell'infermità da una causa di servizio ha l'onere di dedurre e provare i fatti costitutivi del diritto, dimostrando la riconducibilità dell'affezione denunciata alle modalità concrete di svolgimento delle mansioni inerenti la qualifica rivestita. Ne consegue che, ove la patologia presenti una eziologia multifattoriale, il nesso causale tra attività lavorativa ed evento, in assenza di un rischio specifico, non può essere oggetto di presunzioni di carattere astratto e ipotetico, ma esige una dimostrazione, quanto meno in termini di probabilità, ancorata a concrete e specifiche situazioni di fatto, con riferimento alle mansioni svolte, alle condizioni di lavoro e alla durata e intensità dell'esposizione a rischio". Nello stesso senso, Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2019, n. 10331, in "De Jure.it".

²¹ In un recente scritto, autorevole dottrina, attraverso una forte valorizzazione della raccomandazione contenuta nei vari d.P.C.M. di utilizzare lo *smart working* quale strumento primario di prevenzione della diffusione del contagio, ritiene che la semplice presenza a lavoro, tramutando il rischio di contagio virulento da generico ad aggravato, possa far scattare il meccanismo di presunzione dell'originale professionale dello stesso (cfr. S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 417/2020").

²² L'azione giudiziale in esame è sottoposta, ai sensi dell'art. 112 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, al termine di prescrizione di tre anni, decorrente dalla data dell'evento. Il termine di prescrizione è sospeso di centocinquanta giorni per l'esperimento del ricorso amministrativo presso l'INAIL.

²³ Da un punto di vista documentale, il primo periodo del comma 2, del citato articolo 42 ribadisce che, nei casi accertati di infezione da nuovo coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore deve predisporre e trasmettere telematicamente la prescritta certificazione medica (prevista dall'articolo 53, commi 8, 9 e 10, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124) all'INAIL, che prende in carico e assicura la relativa tutela all'infortunato, ai sensi delle vigenti disposizioni, al pari di qualsiasi altro infortunio. In aggiunta ad esso, occorre acquisire la certificazione dell'avvenuto contagio, in quanto solo al ricorrere di tale elemento, assieme all'altro requisito dell'occasione di lavoro, si perfeziona la fattispecie della *malattia-infortunio* e, quindi, con il conseguente obbligo dell'invio del certificato di infortunio è possibile operare la tutela INAIL. Resta fermo, inoltre l'obbligo da parte del medico certificatore di trasmettere telematicamente all'Istituto il certificato medico di infortunio. In proposito, i datori di lavoro pubblico o privato assicurati all'INAIL, debbono continuare ad assolvere all'obbligo di effettuare, come per gli altri casi di infortunio, la *denuncia/comunicazione d'infortunio* ai sensi dall'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 e successive modificazioni.

temporanea) e dei postumi permanenti di danno biologico (indennizzati in capitale o con rendita in caso di postumi superiori al 16%). Infine, nel caso in cui la malattia abbia causato il decesso dell'infortunato, i superstiti avranno diritto all'assegno funerario ed alla rendita *ex art. 85 T.U.*

L'art. 42, comma 1, del d.l. n. 18/2020 chiarisce, altresì, che gli eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del decreto interministeriale 27 febbraio 2019.

In sostanza, alla luce della evidente difficoltà di verificare, con margini di certezza apprezzabili, che l'infezione sia stata contratta in occasione dell'espletamento dell'attività lavorativa, il legislatore ha precisato che gli infortuni da Covid-19 non incrementino il tasso medio di assicurazione e, dunque, non aggravino, per il datore di lavoro, il costo dell'assicurazione.

Per quanto concerne, infine, la questione dell'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il danno differenziale²⁴, quale conseguenza della violazione delle norme in tema di infortunio sul lavoro, è sufficiente evidenziare che, rispetto ad essa, trovano applicazione le ordinarie regole di ripartizione degli oneri di allegazione e prova e, dunque, che, stante la eziologia multifattoriale dell'evento patogeno in esame, permanga, in ogni caso, in capo al lavoratore-attore, l'onere di allegare e provare l'esistenza del danno lamentato, la nocività dell'ambiente o delle condizioni di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro²⁵, in termini di ragionevole probabilità ancorata a concrete e specifiche situazione di fatto connesse alla prestazione lavorativa²⁶.

3. Circolare INAIL n. 13, del 3 aprile 2020, e la fattispecie dell'infortunio sul lavoro in itinere corso durante il periodo di emergenza da Covid-19

In calce alla circolare INAIL n. 13, del 3 aprile 2020, riguardante *la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza per il conseguimento delle prestazioni INAIL*, l'Istituto ha avuto modo di far chiarezza circa il rapporto intercorrente tra l'infortunio *in itinere* e gli eventi di contagio da nuovo corona virus.

Prima della circolare in epigrafe, infatti, ci si era limitati ad affermare che per l'infortunio *in itinere*, in questo particolare momento storico, *guida il riconoscimento medico-legale il dato epidemiologico* (Istruzione operativa INAIL del 17 marzo 2020).

²⁴ Rappresentato dalla differenza tra l'indennità INAIL ed il danno complessivo secondo i canoni della responsabilità civile sul quale, cfr., *ex plurimis*, in giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 8 aprile 2019, n. 9744, in "De Jure.it", ed, in dottrina, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 397/2019".

²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2014, n. 9945, in "De Jure.it", e, più di recente, Cass. civ., sez. lav., 8 ottobre 2018, n. 24742, in "De Jure.it".

²⁶ Cfr. la giurisprudenza citata alla nota 16.

Preliminarmente all'esame della normazione secondaria di riferimento, è bene ricordare, senza pretesa di esaustività, che questa peculiare fattispecie infortunistica ha trovato pieno riconoscimento legale solo ad inizio del nuovo secolo, allorché l'art. 12 del d.lgs. n. 38/2000 ha integrato il T.U.²⁷ delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (d.P.R. n. 1124/1965).

In tal modo, sulla scia di pregressi *arrêts* giurisprudenziali, si è accordata tutela a tutti "gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti".

Sicché l'intenzione del legislatore è stata quella di ampliare le maglie della tutela assicurativa ben oltre gli "infortuni avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro" (art. 2 del T.U.).

È bene chiarire, altresì, che l'assicurazione opera anche "anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato", mentre l'indennizzabilità è da escludere in caso di interruzione o deviazione non strettamente indispensabile²⁸.

Appare evidente come quest'ultima disposizione abbia palesato, per una eterogeneità dei fini, il netto disvalore accordato dal legislatore rispetto alla scelta volontaria del lavoratore di avvalersi del mezzo di trasporto privato in luogo della concreta possibilità di usufruire di mezzi pubblici per il medesimo percorso.

A tal proposito, si è sostenuto, a ragion veduta, l'avvenuta tipizzazione²⁹ di una fattispecie di rischio elettivo³⁰.

Ed inoltre, la l. n. 221/2015, recante *disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy*, ha integrato il T.U., d.P.R. n. 1124/1965, stabilendo che "l'uso del velocipede, deve, per i positivi riflessi ambientali, intendersi sempre necessitato"³¹.

Senonché, la circolare INAIL n. 13, del 3 aprile 2020, in considerazione dell'eccezionalità dell'emergenza epidemiologica, ha invertito il giudizio valoriale del legislatore statuendo che "In merito all'utilizzo del mezzo di trasporto, poiché il rischio di contagio è molto più probabile in aree o a bordo di mezzi pubblici affollati, al fine di ridurre la portata, per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul

²⁷ L'integrazione in oggetto ha riguardato gli artt. nn. 2 e 210 del testo unico.

²⁸ Sui presupposti e i limiti della tutela assicurativa da infortunio *in itinere*, si rinvia, *ex multis*, a Cass. civ., sez. 6, 5 febbraio 2019, n. 3376, in "De Jure.it".

²⁹ Cfr. L. LA PECCERELLA, L. ROMEO, *Assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, UTET, 2017.

³⁰ Per rischio elettivo si intende "quello che, estraneo e non attinente alla attività lavorativa, sia dovuto ad una scelta arbitraria del lavoratore, il quale crei ed affronti volutamente, in base a ragioni o ad impulsi personali, una situazione diversa da quella inerente alla attività lavorativa, ponendo così in essere una causa interrottiva di ogni nesso tra lavoro, rischio ed evento" (Cfr. Cass. civ., sez. lav., 7 luglio 2016, n. 13882, in "De Jure.it"; Cass. civ., sez. lav., 9 luglio 2014, n. 15705, in "De Jure.it").

³¹ In termini di indennizzabilità dell'infortunio occorso al dipendente mentre si reca al lavoro utilizzando la propria bicicletta quale mezzo di trasporto privato, si veda Cass. civ., sez. lav., 31 agosto 2018, n. 21516, in "De Jure.it".

luogo di lavoro è considerato necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa”.

Ebbene, gli eventi da contagio da Covid-19 durante il percorso casa-lavoro sono sicuramente riconducibili alla fattispecie dell'infortunio *in itinere*, pur, tuttavia, il lavoratore ora dovrebbe accordare preferenza all'utilizzazione del mezzo privato per non incorrere in un possibile addebito da rischio elettivo (nulla cambia, invece, per quanto riguardo l'uso del velocipede da ritenersi sempre necessitato).

A chiarimento del contenuto di questa circolare, invero particolarmente ellittica sul punto a fronte della potenziale incisività di quanto affermato, nelle *FAQ Coronavirus* del 10 aprile 2020, l'Istituto nazionale ha fornito una chiave ermeneutica.

Si è così affermato, sempre in riferimento al contagio eziologicamente connesso al tragitto compiuto dal lavoratore, che *l'accertamento medico-legale si avvarrà di altri elementi di asseverazione, in aggiunta a tutti quelli già richiamati in precedenza, come per esempio dell'esame della tipologia di mezzo utilizzato, del percorso e della frequenza degli spostamenti.*

Una precisazione, quest'ultima, resasi probabilmente necessaria per “mitigare” gli effetti di un precedente intervento che – se interpretato in senso letterale – avrebbe portato ad escludere *tout court* l'indennizzabilità di lavoratori contagiati (sebbene il trasporto pubblico locale continui ad operare a pieno regime e, soprattutto, senza particolari assembramenti di utenza).

Orbene, e con ciò pur non volendo allontanarsi da valutazioni di mero diritto, non si può che rilevare che il contagio da Covid-19 è descritto come evento “silente” dalla totalità della letteratura medica (i primi sintomi appaiono a distanza di molte ore, se non giorni) e, dunque, difficilmente si potrebbe sostenere a ragion veduta che un soggetto abbia contratto il virus a causa della sua scelta imprudente di spostarsi con frequenza utilizzando un mezzo pubblico.

In altri termini – e tenendo sempre ben presente che l'esigenza di tutela delle condizioni di lavoro rappresenta la ragion d'essere della specificità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile³² – il principio del rischio elettivo, con riferimento all'infortunio *in itinere* da contagio Covid-19, risulta essere quantomeno di difficile avveramento nei termini sin qui proposti.

In conclusione, non ci si può esimere da constatare che l'intero apparato normativo, venutosi a creare durante l'emergenza epidemiologica da corona virus, non ha intaccato la tutela prevenzionistica accordata all'infortunio *in itinere* per il

³² Per un approfondimento circa gli intricati rapporti tra i due diritti e le linee evolutive degli stessi, soprattutto in ottica di una importante rivalutazione delle categorie civilistiche volta a colmare le lacune della recente normativa lavoristica, si rimanda a O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche Relazione*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 33 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in “Rivista di diritto civile”, 2016, 3, p. 627 ss.

lavoratore agile, ai sensi e per gli effetti del secondo comma dell'art. 23, della l. n. 81/2017³³.

Di talché, nonostante le ampie deroghe concesse dal legislatore alla normativa del 2017, tutte volte ad un massivo incentivo di questa modalità di esecuzione di lavoro subordinato, l'infortunio indennizzabile resta quello verificatosi *"durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali....quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza"*.

Ci si limita a rilevare, come dai più sostenuto, a proposito del criterio di ragionevolezza novellato dal legislatore, che questo sia connotato da *"assoluta incertezza definitoria"*³⁴ con un ampio margine di discrezionalità in capo all'INAIL nel riconoscimento dei presupposti per l'indennizzabilità delle relative richieste.

4. Istruzione operativa INAIL del 17 marzo 2020, le affezioni morbose inquadrare come infortuni sul lavoro dei dipendenti del S.S.N. e, in generale, di qualsiasi struttura sanitaria pubblica o privata

Interessante e particolarmente meritoria, in ragione del numero e della vulnerabilità dei potenziali soggetti destinatari (medici, infermieri e operatori sanitari in genere), è la nota INAIL del 17 marzo 2020 in tema di gestione delle esigenze dal lavoro del personale dipendente di aziende sanitarie locali.

A tal proposito, viene in rilievo anche il documento tecnico per la rimodulazione delle misure di contenimento del contagio nei luoghi di lavoro, attualmente al vaglio del Governo, pubblicato dall'INAIL il 22 aprile 2020, che ha definito le classi di rischio medie integrate per alcuni dei principali settori lavorativi e partizioni degli stessi: la classe di rischio attribuita per gli operanti nel macro settore *sanità ed assistenza* è *"Alta"*³⁵.

³³ Si rimanda a A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (GGGS) (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes – 6/2017", p. 108 ss.

³⁴ Espressione tratta da M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in "Diritto Lavori Mercati", 2018, II, p. 294 ss. e in AA.VV., *Liber Amicorum Giuseppe Santoro-Passarelli Giurista della contemporaneità*, II, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1026 ss.; in tema di salute e sicurezza per la protezione dei lavoratori agili in materia si rimanda a M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smartworker?*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 1/2017, p. 1 ss.; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2017, p. 307 ss.

³⁵ In particolare, nel settore produttivo *Sanità ed assistenza sociale*, codice ATECO Q, le *Attività di assistenza sanitaria* (Q.86) e *Assistenza sociale non residenziale* (Q.88) hanno una classe di rischio "Alta", mentre ai *Servizi di assistenza sociale e residenziale* (Q.87) è attribuita una classe "Media".

Ciò detto, l'istruzione operativa in commento ha legato l'eventuale indennizzabilità di lavoratori dipendenti dal S.S.N. e, in generale, di qualsiasi altra struttura sanitaria (pubblica o privata che sia) assicurata con l'Istituto nazionale, affetti da Covid-19, al ricorrere di due presupposti alternativi tra loro:

- l'accertamento dell'origine professionale del contagio avvenuto in ambiente lavorativo;

- laddove il contagio dell'operatore sia dovuta ad una causa determinata dallo svolgimento dell'attività lavorativa.

Senonché, in maniera del tutto aderente a quanto contenuto nelle linee-guida emesse dall'Ente in altri tempi ed in riferimento alla trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie³⁶, si è affermato che qualora l'episodio da cui è scaturito il contagio non sia concretamente individuabile o dimostrabile dal lavoratore, in favore di quest'ultimo assurgono le presunzioni di occasionalità da lavoro in considerazione delle mansioni espletate.

Senonché, l'elevato rischio di contagio degli operatori sanitari, particolarmente esposti al Covid-19 per le mansioni espletate, "va commisurato con il dato epidemiologico territoriale".

Si è ritenuto, così, di "ammettersi a tutela INAIL i casi in cui si sia estrinsecato il cd. rischio specifico e il sanitario abbia contratto la malattia Covid-19".

Da quanto sin qui chiarito, a favore degli impiegati in strutture sanitarie, qualora risultino affetti da questa affezione morbosa, particolarmente virulenta e contagiosa, opera una presunzione *iuris tantum* di origine professionale con la relativa conseguenza circa la legittima indennizzabilità da parte dell'INAIL.

Ed infatti, anche e soprattutto alla luce della nota esaminata, per negare la concessione del trattamento assicurativo, agli addetti ad una categoria professionale su cui grave un rischio specifico da Covid-19, si dovrebbe teoricamente dimostrare che le mansioni espletate non abbiano una intrinseca potenzialità pericolosa in termini di possibile contagio del sanitario e che, a livello territoriali, non sia presente un focolaio da nuovo corona virus.

5. Presupposti e tutele accordate ai lavoratori posti in "riserva di regolarità"

Per l'accesso ai trattamenti assicurativi per i propri dipendenti, in presenza di contagio reale o presunto da Covid-19, il datore di lavoro (sia pubblico o che privato) deve continuare ad effettuare, al pari degli altri casi di infortunio, la denuncia/comunicazione d'infortunio ai sensi dall'articolo 53 del d.P.R. n. 11247/1965 e s.m.³⁷

³⁶ Linee guida di cui alla circolare INAIL n. 74/1995.

³⁷ Come già detto al paragrafo 2. (a cui si rinvia), in linea con l'indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di malattie infettive e parassitaria (Linee guida di cui alla circolare INAIL n. 74/1995), l'INAIL tutela tali affezioni morbose, inquadrandole, per l'aspetto assicurativo, nella

Sicché per questa particolare patologia occorrerà compilare l'apposito campo "malattia infortunio" presente nell'applicativo relativo alla denuncia di infortunio *on-line* mentre il *medico certificatore* che ha fornito la prima assistenza deve trasmettere all'INAIL il certificato di infortunio³⁸.

Come espressamente chiarito dall'INAIL n. 13, del 3 aprile 2020, e dalla sua nota del 17 marzo 2020, il decorso dei termini per la trasmissione telematica della denuncia all'Istituto avviene solo "dalla conoscenza positiva, da parte del datore di lavoro, dell'avvenuto contagio" ottenuta tramite "il test specifico di conferma".

A tal proposito, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di cui al citato T.U., dovrà compilarsi la domanda telematica ponendo particolare attenzione ai campi relativi alla data evento, alla data di abbandono del lavoro e a quella di avvenuta conoscenza dei riferimenti della certificazione medica attestante il contagio da nuovo corona virus.

La conferma diagnostica, ottenuta dalla positività al test specifico di conferma, rappresenta il momento della "regolarizzazione del caso" da cui far decorrere la tutela INAIL – *rectius*, il *dies a quo* – la quale copre l'intero periodo di quarantena.

Senonché, qualora il soggetto sia stato in malattia (e si versava in un sospetto caso di Covid-19) e, quindi, in quarantena o in isolamento fiduciario domiciliare, la conferma del test consentirà la regolarizzazione del caso con decorrenza dal momento della attestata assenza dal lavoro.

In altri termini, la qualificazione di Covid-19 quale infortunio INAIL è oggi fondata sulla positività del test di conferma.

Dai casi sin qui descritti, diverge la peculiare condizione della cd. "riserva di regolarità".

Trattasi di tutti quei casi in cui i dati sanitari disponibili non consentono di porre diagnosi di certezza e, dunque, in assenza di "conclamata" infezione da nuovo corona virus, la domanda non potrebbe essere accolta dall'INAIL per mancanza dell'evento tutelato, ovvero della malattia/infortunio.

La circolare 13, del 3 aprile 2020, in tal senso sembrava ritenere che il sospetto clinico di affezione per manifestazione di sintomi da Covid-19, "a tampone negativo", non fosse di per sé sufficiente per l'ammissione alla tutela infortunistica.

Tuttavia, nelle *FAQ Coronavirus* del 10 aprile 2020, l'Istituto ha esplicitato che "in tali fattispecie può intendersi per conferma diagnostica ai fini medico-legali-indennitari, la ricorrenza di un quadro clinico suggestivo di Covid-19, accompagnato da una rilevazione strumentale altrettanto suggestiva, in compresenza di elementi anamnestico-circostanziali ed

categoria degli infortuni sul lavoro, in questi casi, infatti, la causa virulenta è equiparata a quella violenta.

³⁸ Resta sempre implicitamente inteso che anche la qualificazione come infortunio-malattia da Covid-19 "per essere indennizzabile, deve costituire una conseguenza dell'esposizione del soggetto infortunato a un determinato rischio professionale" (Cfr. Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 2020, n. 13447; Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. civ., sez. lav., 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. civ., sez. lav., 10 febbraio 1998, n. 1373 e Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 1998, n. 6390, tutte in "De Jure.it").

epidemiologici dirimenti. Potrà confortare la diagnosi il risultato del test sierologico, qualora disponibile’.

La *ratio* del descritto allargamento del perimetro soggettivo dei potenziali soggetti tutelabili da assicurazione INAIL, superato definitivamente il criterio del *discrimen* della conferma diagnostica, sembra essere riconducibile, più che altro, alle difficoltà pratiche di effettuazione in tempi ragionevolmente certi di una enorme mole di test su tampone.

Ebbene, la “suggestività” del quadro clinico e delle rilevazioni strumentali – effettuate più che astrattamente effettuabili – induce a ritenere che la condizione di riserva di regolarità possa assimilarsi ad una sorta di presunzione *iuris tantum* di regolarità delle condizioni prodromiche all’accesso all’indennizzabilità della malattia.

6. Il documento tecnico INAIL del 22 aprile 2020 e il rapporto con il protocollo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro del 14 marzo 2020 (aggiornato il 24 aprile 2020), spunti per l’adozione di un efficace modello organizzativo aziendale

Il rischio del proliferare della responsabilità in caso di contagio da Covid-19 e quello conseguente di paralisi delle attività produttive ha fatto emergere, da più parti, l’esigenza di individuare regole e procedure certe che, se adottate, permettano una efficace prevenzione della diffusione del contagio e, dunque, possano limitare i rischi connessi all’espletamento delle attività imprenditoriali.

In quest’ottica, già nel corso della c.d. Fase 1, il Governo, le organizzazioni sindacali confederali e le parti sociali hanno sottoscritto, in data 14 marzo 2020, un protocollo condiviso, finalizzato proprio alla tutela della sicurezza sul lavoro ed alla prevenzione della diffusione del contagio, a cui sono seguiti numerosi protocolli riguardanti i singoli settori merceologici³⁹.

Il protocollo fonda sul convincimento secondo cui la modalità preferibile di gestione del contenimento del contagio nella fase emergenziale sia quella condivisa tra datori di lavoro e rappresentanti sindacali dei lavoratori (con l’avvallo del Governo) in fase di individuazione delle misure, in fase di aggiornamento delle stesse e nella fase di controllo della loro osservanza.

La condivisione rappresenta certamente un valore positivo per entrambe le parti del rapporto di lavoro, in quanto permette ai lavoratori, quali principalidestinatari delle misure di prevenzione, tramite i loro rappresentanti, di esprimere le proprie valutazioni circa l’efficacia operativa delle misure, ed ai datori di lavoro di adottare dei protocolli di azione che non siano unilateralmente elaborati e la cui idoneità, in termini di prevenzione, sia stata vagliata preventivamente anche dai rappresentanti dei soggetti destinatari della tutela,

³⁹ Tra i più importanti, si segnalano, il protocollo del 19 marzo 2020 nel settore dell’igiene urbana, quello del 24 marzo 2020 nel settore della sanità e quello del 24 marzo 2020 nel settore edile.

elemento di grande utilità in caso di eventuale successivo coinvolgimento in un'azione di responsabilità da contagio⁴⁰.

L'ultimo d.P.C.M. succedutosi nel corso dell'emergenza ancora in atto, peraltro, condiziona la possibilità di riprendere e/o proseguire l'attività produttiva all'adozione ed al rispetto del protocollo in esame, che ne diviene uno degli allegati⁴¹.

Il suddetto protocollo, rivolto alle imprese attive anche nel corso del *lockdown*, prevede, quali misure principali di contenimento del contagio: l'informazione e la formazione di tutti i lavoratori sulle misure di precauzione e sull'utilizzo dei dispositivi anticontagio, la regolamentazione delle modalità di ingresso ed uscita dal luogo di lavoro, al fine di evitare assembramenti, le regole per la sanificazione igienizzazione e pulizia di tutti gli ambienti, degli strumenti e delle postazioni di lavoro, le regole di igiene personale, l'individuazione dei dispositivi di protezione individuali idonei a prevenire il contagio, la promozione di modalità di organizzazione del lavoro tali da ridurre al massimo il numero di lavoratori presenti contemporaneamente (utilizzo di *smart working*, di ammortizzatori sociali, di ferie e permessi, rimodulazione delle postazioni individuali al fine di rispettare il di distanziamento sociale, etc.), il divieto o la limitazione, allo stretto necessario, mediante severa regolamentazione, delle attività "a rischio" (riunioni fisiche, spostamenti interni, eventi e formazione), le modalità di gestione delle positività riscontrate in azienda ed il potenziamento delle funzioni delle figure interne ed esterne utili alla prevenzione (medico competente, RSPP ed RLS).

⁴⁰ In questa ipotesi, infatti, il rispetto del protocollo potrebbe facilitare la prova del rispetto, da parte del lavoratore, degli obblighi di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c., rappresentando una concretizzazione e specificazione del generale obbligo di diligenza ivi sancito. Sottolinea lo stretto rapporto tra il contenuto del protocollo e l'art. 2087 c.c., S. GIUBBONI, *Covid-19*, cit. Per una conclusione simile a quella suggerita nel testo, con riferimento al modello organizzativo di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, cfr. G. ZAMPINI, *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2015, p. 1, secondo cui: "In quest'ottica, il m.o.g. può essere considerato un utile strumento per l'implementazione di tutti gli adempimenti in materia e dunque per la compiuta e qualificata concretizzazione degli obblighi datoriali di protezione e prevenzione finalizzati alla tutela dell'"integrità fisica" e della "personalità morale" dei prestatori di lavoro (art. 2087 c.c.). Il m.o.g., pertanto, se considerato come adeguato strumento di *disclosure* e razionalizzazione di tutti gli adempimenti datoriali esigibili in materia di sicurezza, può essere apprezzato sul piano probatorio e dell'accertamento processuale e rappresentare, così, un'importante occasione per far finalmente chiarezza nel sistema delle responsabilità relative a tutti gli attori (datori e non) del sistema prevenzionale. Può così ipotizzarsi un positivo contributo del m.o.g. validato per la sdrammatizzazione (se non per il definitivo superamento) dei noti e mai sopiti contrasti giurisprudenziali riguardanti l'art. 2087 c.c. relativi alla ricognizione degli obblighi esigibili ed alla portata dei doveri di aggiornamento tecnologico. In particolare, nel giudizio promosso dal lavoratore per la responsabilità civile del datore di lavoro, l'adozione del modello può servire a circoscrivere nozione e contenuto della responsabilità datoriale che, essendo fondata su fattori organizzativi e gestionali, rischia altrimenti di dilatarsi e di trasformarsi in una forma di responsabilità di tipo latamente oggettivo (o in una responsabilità per "colpa attenuata"). Ciò in contrasto, peraltro, col consolidato orientamento della giurisprudenza lavoristica di legittimità".

⁴¹ D.P.C.M. del 26 aprile 2020. Sulla portata vincolante rafforzata del protocollo, a seguito del suo recepimento nel d.P.C.M., cfr. S. GIUBBONI, *Covid-19*, cit.

In attesa della riapertura graduale delle aziende e degli uffici (c.d. Fase 2), il protocollo è stato aggiornato dalle parti stipulanti, in data 24 aprile 2020, attraverso l'inserimento di alcune misure connesse alla ripresa di numerose attività produttive e, dunque, all'incremento degli spostamenti di persone; la novità di maggiore impatto è la possibilità di sospensione dell'attività, sino al ripristino delle condizioni di sicurezza, per le imprese che non adottino in modo efficace le misure contenute nel protocollo condiviso, sanzione prevista espressamente, come detto, anche dal d.P.C.M. 26 aprile 2020.

Proprio in vista della riapertura, anche alcune grandi imprese hanno sottoscritto un protocollo specifico con le organizzazioni sindacali confederali, al fine di adattare il più possibile le misure generali al tipo di attività espletata ed al proprio contesto organizzativo⁴².

Al fine di fornire un ulteriore supporto in termini di chiarezza rispetto alle misure efficaci a prevenire la diffusione del contagio sui luoghi di lavoro, l'INAIL, in data 23 aprile 2020, ha pubblicato il "Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione", al fine di "fornire elementi tecnici di supporto al processo di decisione politica" in previsione anche di un possibile aggiornamento al protocollo condiviso sottoscritto dalle parti sociali in data 14 marzo 2020 che di fatto sta per essere elaborato proprio in vista della fase due.

Il documento tecnico è composto da due parti.

La prima parte si sofferma sulla la predisposizione di una metodologia innovativa di valutazione integrata del rischio di contagio da Covid-19, che tiene in considerazione la possibilità di venire a contatto con fonti di contagio nell'espletamento dell'attività lavorativa, a causa della prossimità connessa ai processi lavorativi ovvero per l'aggregazione sociale, anche verso soggetti esterni.

La seconda parte è, invece, dedicata all'adozione di misure organizzative, di prevenzione e protezione, nonché di lotta all'insorgenza di focolai epidemici, anche in considerazione di quanto già contenuto nel protocollo del 14 marzo 2020.

Per quanto concerne il rischio da contagio da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro, l'INAIL prende in considerazione tre variabili:

- l'"esposizione", ovvero la probabilità di venire in contatto con fonti di contagio nello svolgimento delle specifiche attività lavorative (es. settore sanitario, gestione dei rifiuti speciali, laboratori di ricerca, ecc.);
- la "prossimità", ossia le caratteristiche intrinseche di svolgimento del lavoro che non permettono un sufficiente distanziamento sociale (es. specifici compiti in

⁴² L'esempio più importante è il protocollo sottoscritto in data 9 aprile 2020, da FCA con le organizzazioni sindacali più rappresentative del settore metalmeccanico, nell'ambito del quale viene minuziosamente dettagliato ed adeguato alla struttura organizzativa dell'azienda il contenuto delle misure anticontagio previste dal protocollo del 14 marzo 2020. Sulla necessità, al fine di ottemperare agli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., di adeguare il protocollo alle concrete caratteristiche della singola azienda, cfr. S. GIUBBONI, *Covid-19*, cit.

catene di montaggio ovvero postazioni fisse su grandi impianti industriali) per parte del tempo di lavoro o per la quasi totalità;

- la "aggregazione", connessa alla tipologia di lavoro che prevede necessariamente il contatto con altri soggetti esterni all'azienda (es. ristorazione, commercio al dettaglio, spettacolo, alberghiero, istruzione, ecc.).

Sulla scorta della combinazione delle predette variabili, l'INAIL stima il rischio di contagio – in relazione alle diverse tipologie di attività – in quattro classi: basso, medio-basso, medio-alto ed alto.

In tale prospettiva, al documento è allegata una tabella che illustra le classi di rischio per alcuni dei principali settori lavorativi⁴³.

La seconda parte del documento dell'INAIL si sofferma, invece, sulle concrete misure da adottare per prevenire il rischio di contagio sul posto di lavoro, la cui intensità varia a seconda della classe di rischio in cui deve essere collocata la tipologia di attività.

L'istituto, sotto questo profilo, ritiene giustamente indispensabile il coinvolgimento di tutte le figure della prevenzione aziendale, medico competente, RSPP, RLS/RLST, nel coadiuvare il datore di lavoro nel continuo monitoraggio circa l'effettiva e responsabile attuazione delle misure stesse.

In particolare, le misure da adottare sono classificate in tre distinte categorie: misure organizzative, misure di prevenzione e protezione e misure specifiche per la prevenzione dell'attivazione di focolai epidemici, che, in sostanza, richiamano e valorizzano le indicazioni già contenute nel protocollo del 14 marzo 2020.

Con riferimento alle misure organizzative, risultano particolarmente interessanti alcune valutazioni effettuate dall'istituto circa gestione degli spazi di lavoro, attraverso l'indicazione di soluzioni innovati, al fine di ridurre il contatto sociale, in ambienti ove operano necessariamente una pluralità di lavoratori, "l'introduzione di barriere separatorie (pannelli in *plexiglass*, mobilio, ecc.)" tra le diverse postazioni di lavoro, comunque, tra di loro adeguatamente distanziate.

In tema di organizzazione e orario di lavoro, l'INAIL giudica positivamente e suggerisce, anche in relazione alla Fase 2, l'utilizzo delle diverse forme di lavoro a distanza (lavoro agile, telelavoro, etc.).

Sotto questo profilo, tuttavia, l'Istituto, superata la prima fase di urgenza, evidenzia la necessità di rafforzare le misure per la prevenzione dei rischi connessi a questa tipologia di lavoro, in particolare fornendo assistenza nell'uso di apparecchiature e software, nonché degli strumenti di videoconferenza, ed "incoraggiando a fare pause regolari".

In relazione poi agli spostamenti per raggiungere il posto di lavoro e rientrare a casa (*commuting*), per quanto concerne l'utilizzo di mezzi di trasporto pubblico,

⁴³ A titolo esemplificativo, nel documento tecnico sono state collocate: I) nella classe di rischio basso, le attività inerenti al settore dell'agricoltura e della pesca; II) nella classe di rischio medio-basso, quelle rientranti nell'ambito dell'istruzione; III) nella classe di rischio medio-alto, gli addetti alle mense e i camerieri; IV) nella classe di rischio alto, le attività rientranti nei settori della sanità e dell'assistenza sociale.

l'INAIL sottolinea la necessità di evitare le aggregazioni sociali, suggerendo l'adozione di concrete misure organizzative, quali ad esempio l'elaborazione ragionata di "piani di mobilità adeguati", contenenti la disciplina dell'uso dei mezzi pubblici o l'incentivo di forme di trasporto sul luogo di lavoro alternative, anche con il mezzo privato.

In ogni caso, all'interno dei mezzi pubblici si raccomanda, oltre al distanziamento sociale, l'uso di mascherine per tutti gli occupanti.

Fra le misure di prevenzione e protezione individuate dall'INAIL, si rivelano particolarmente utili quelle concernenti la sorveglianza sanitaria dalla tutela dei lavoratori fragili.

Sotto il primo profilo, in via generale, nella tutela della salute e sicurezza dei lavoratori in questa fase di emergenza, l'INAIL attribuisce, condivisibilmente, un ruolo centrale al medico competente, prevedendo il coinvolgimento di tale figura "al di là dell'ordinarietà" ed in funzione di supporto consulenziale, tanto da suggerirne la nomina *ad hoc*, in via straordinaria, anche nelle aziende in cui, ordinariamente, non ne è obbligatoria la presenza.

In alternativa, l'Istituto esorta l'adozione di soluzioni alternative, "anche con il coinvolgimento delle strutture territoriali pubbliche (ad esempio, servizi preventivi territoriali, INAIL, ecc.) che, come per altre attività, possano effettuare le visite, magari anche a richiesta del lavoratore"⁴⁴.

In quest'ottica, al medico competente è attribuito un ruolo centrale soprattutto per l'identificazione dei soggetti fragili (come anticipato nel paragrafo 1) e per il reinserimento lavorativo, privo di rischio, di soggetti con pregressa infezione da Covid-19.

Con riferimento a tali ipotesi, l'INAIL sottolinea che i dati epidemiologici mostrano una maggiore fragilità nelle fasce di età più elevate della popolazione nonché in presenza di alcune tipologie di malattie cronico degenerative (ad es. patologie cardiovascolari, respiratorie e dismetaboliche) che, in caso di comorbilità con l'infezione, possono influenzare negativamente la severità e l'esito della patologia.

In un'ottica di prevenzione di questi soggetti più a rischio, l'Istituto consiglia l'introduzione di una "sorveglianza sanitaria eccezionale" con riferimento ai lavoratori con più di 55 anni ed ai lavoratori al di sotto di tale età "che ritengano di rientrare, per condizioni patologiche, in questa condizione anche attraverso una visita a richiesta".

Per tali lavoratori, in assenza di copertura immunitaria adeguata (utilizzando test sierologici di accertata validità), l'INAIL ritiene possa essere espresso un

⁴⁴ Le indicazioni fornite dall'INAIL sembrano essere state recepite dal Governo che, nell'ultima bozza circolata dell'emanandodecreto legge c.d. "Rilancio", all'art. 88, rubricato "Sorveglianza Sanitaria" ha previsto proprio forme di sorveglianza sanitaria eccezionali, anche con la nomina temporanea di un medico competente per le imprese che non ne hanno l'obbligo ovvero mediante ricorso alle strutture INAIL territorialmente competenti.

giudizio di "inidoneità temporanea" o limitazioni dell'idoneità per un periodo adeguato, con attenta rivalutazione alla scadenza dello stesso.

Con riguardo, infine, alle misure specifiche per la prevenzione dell'attivazione di focolai epidemici, l'INAIL, dopo aver richiamato alcune misure già contenute nel protocollo del 14 marzo 2020 (tra cui il controllo della temperatura corporea e l'impossibilità del lavoratore di accedere ai luoghi di lavoro se la stessa risulti superiore ai 37,5°), precisa che, nelle aree geografiche maggiormente colpite, potranno essere valutate, alla ripresa, misure aggiuntive specifiche "come l'esecuzione del tampone per tutti i lavoratori".

Alla luce delle considerazioni effettuate e tenuto conto delle diverse tipologie di attività individuate, l'INAIL ritiene, nella conclusione del proprio documento, che le attività produttive con rischio basso o medio-basso potrebbero avere priorità in un processo graduale di rimodulazione delle misure contenitive.

In definitiva, al fine di ridurre al minimo i rischi da contagio e le conseguenti responsabilità civili, penali ed amministrative, sarebbe opportuno che ogni datore di lavoro si dotasse di un complessivo ed adeguato sistema di *compliance* aziendale, attraverso il coinvolgimento di tutte le figure interne ed esterne che possano fornire un apporto utile alla sistema di prevenzione (medico competente, RLS, RSPP, etc.), mediante l'adozione, l'attuazione ed il continuo aggiornamento di protocolli e procedure che siano il più possibile condivisi con i rappresentanti dei lavoratori e che recepiscano integralmente le misure contenute nel protocollo del 14 marzo 2020 (con i relativi aggiornamenti) e le indicazioni fornite nel documento dell'INAIL sopra analizzato, adeguandole ed adattandole alle peculiarità ed alle specificità della propria realtà organizzativa, così da tramutare la loro astratta idoneità in efficacia concreta⁴⁵.

Abstract

Nei casi accertati di infezione da Covid-19 in "occasione di lavoro", l'evento morboso ed il conseguente periodo di quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria devono essere trattati come infortunio sul lavoro: si è realizzata, quindi, l'equiparazione tra causa violenta, comune a tutti gli infortuni, e causa virulenta, costituita dall'azione di un evento patogeno infettivo, quale il nuovo Coronavirus.

A ciò si aggiunga che la nota INAIL del 17 marzo 2020, espressamente ha riconosciuto un rischio specifico gravante sugli operatori sanitari, pubblici o privati che siano, e su tutte quelle lavorazioni in front office. Ne consegue che, per quest'ultime categorie di lavoratori, opera una presunzione iuris tantum di origine professionale del contagio, con la relativa conseguenza circa la legittima indennizzabilità da parte dell'INAIL.

Inoltre, sono oggetto di trattazione le disposizioni INAIL volte a chiarire tutele e presupposti in materia di infortunio "in itinere" e di "riserva di regolarità".

In conclusione, è affrontato il delicato tema della responsabilità datoriale e dell'importanza che ogni datore di lavoro si doti di un complessivo ed adeguato sistema di compliance aziendale, da elaborarsi in collaborazione con le varie figure di riferimento in tema di salute e sicurezza in azienda (RLS e Medico competente).

⁴⁵ Per un approfondimento del tema, si rimanda a P. PASCUCCI, A. DELOGU, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, UTET, 2017, p. 2168 ss.

In confirmed cases of Covid-19 infection during work, the morbid event and the consequent quarantine period or fiduciary home permanence, must be treated as accidents at work: has been realized, therefore, the equivalence between violent cause, common to all accidents, and virulent cause.

Add to this, the fact that INAIL's note of 17 March 2020, has explicitly recognized a specific wrong-way risk, weighing down on public or private medical professionals, and on all front-office employees. It follows that, for these last categories of employees, works an "Iuris tantum" presumption, of contagion's occupational nature, with the consequence of the legitimate compensation from INAIL.

In addition, are subject of discussion, INAIL's provisions, to make clear protection and assumptions in the field of "injury occurred during the commute" and "reserve of regularity".

In conclusion, is treated the adoption's importance of a corporate compliance system, to be developed in collaboration between the various reference figures, in the matter of health and safety in the company (Workers' Safety Representatives and competent Doctor).

Parole chiave

Salute e sicurezza dei lavoratori, contagio da Covid-19, occasione di lavoro, infortunio su lavoro, infortunio "in itinere", modello di organizzazione aziendale contro la diffusione del Covid-19 nei luoghi di lavoro

Keywords

Workers' health and safety, COVID-19 infection, job opportunity, work accident, injury occurred during the commute, model of business organization against the spread of COVID-19 in the workplace

Seconda parte: Note e dibattiti



Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali**

di Luigi La Peccerella*

SOMMARIO: 1. Il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. – 2. L'occasione di lavoro. – Le categorie tutelate.

1. Il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18

L'art. 42, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dispone che «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro».

La disposizione ha l'indubbio merito di avere introdotto un elemento di chiarezza, eliminando ogni dubbio in ordine alla ripartizione di competenze tra l'Inail e l'Inps riguardo all'indennizzo dovuto a ristoro del periodo di astensione dal lavoro imposto dall'accertato stato di infezione da coronavirus.

Per quanto riguarda l'indennizzabilità, da parte dell'Inail, delle conseguenze lesive dell'integrità psicofisica causate dall'infezione da coronavirus, la disposizione non ha carattere innovativo o costitutivo del diritto all'indennizzo, essendo lo stesso già previsto dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e successive integrazioni e modificazioni.

* Luigi La Peccerella è stato Avvocato generale dell'Inail ed è Direttore della "Rivista degli infortuni e delle malattie professionali". l.lapeccerella@inail.it

** Il presente articolo è stato commissionato dalla Direzione della Rivista.

2. L'occasione di lavoro

Si premette che nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali la distinzione tra le due tipologie di eventi lesivi tutelati non è fondata sulle caratteristiche delle conseguenze patologiche causate dall'attività lavorativa, ma è, invece, riferita alla diversa azione dell'agente causale.

L'infortunio, infatti, è caratterizzato dalla "causa violenta", cioè dall'azione concentrata nel tempo dell'agente causale, mentre la malattia professionale è caratterizzata dall'azione di un agente patogeno prolungata nel tempo.

Una broncopatia, ad esempio, è da inquadrare come infortunio sul lavoro se causata da una inalazione massiva di anidride solforosa in un determinato e ben definito momento, mentre è da inquadrare come malattia professionale se causata da esposizione allo stesso agente patogeno non particolarmente concentrata, ma prolungata nel tempo.

Nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, l'azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinino l'alterazione dell'equilibrio anatomico-fisiologico, costituisce causa violenta, anche quando i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo.

Pur quando, come spesso accade, non sia possibile acquisire la prova certa della specifica "causa violenta" che ha determinato l'infezione microbica o virale, il rapporto tra l'infezione e l'attività lavorativa può essere dimostrato anche mediante presunzioni semplici basate sulle conoscenze scientifiche, su dati statistici, sul tipo di infezione contratta dall'interessato, sulle caratteristiche dell'ambiente lavorativo, sulle mansioni cui lo stesso era addetto, ecc.¹

L'infezione da agenti microbici o virali è, più specificamente, qualificata come malattia-infortunio, nel senso che alla stessa, fermo restando l'inquadramento tra gli infortuni sul lavoro, si applicano i medesimi criteri probatori in vigore per l'accertamento dell'esposizione a rischio e del nesso di causalità vigenti per le malattie professionali.

Anche la sindrome da infezione da Sars-COV-2 (Covid-19) si qualifica come infortunio sul lavoro (malattia-infortunio). In questi casi, infatti, come già premesso, la causa virulenta è equiparata a quella violenta, atteso che l'azione traumatica coincide con il contatto e la penetrazione nell'organismo dell'agente patogeno.

Il rischio di infezione da Sars-COV-2 (Covid-19) è, in sé e per sé considerato, un rischio "generico", essendovi esposta la generalità dei cittadini. Detto rischio, tuttavia, può risultare "aggravato", fino a divenire "specifico", in relazione a determinate tipologie di attività lavorativa o a specifiche condizioni della stessa.

Tutto quanto sopra premesso, si ritiene che, con riferimento alla predetta sindrome da infezione da Sars-COV-2 (Covid-19), la presunzione di origine professionale possa ritenersi sussistente nelle seguenti fattispecie:

¹ Cass., sez. lav., 1° giugno 2000, n. 7306; 21 dicembre 2001, n. 16138; 8 aprile 2004, n. 6899.

1) operatori sanitari: gli operatori sanitari sono soggetti ad un elevato rischio di contagio, in considerazione del contatto ravvicinato con il paziente al quale viene erogata la prestazione professionale. La predetta presunzione risulta non suscettibile di prova contraria considerata la rilevante probabilità che gli operatori sanitari siano venuti in contatto con soggetti infetti asintomatici o paucosintomatici. A fronte di detta elevata probabilità anche la prova, più o meno certa, di contatti con soggetti potenzialmente contagiosi avvenuti al di fuori dell'ambiente di lavoro non è sufficiente a superare la presunzione semplice di origine professionale;

2) lavoratori la cui attività comporta contatti con il pubblico: per tali soggetti la presunzione di origine professionale potrebbe essere superata dalla prova, pressoché impossibile, che il contatto utile per la trasmissione dell'agente patogeno sia stato privo di efficacia per la sistematica e costante adozione della "distanza sociale" o di efficaci mezzi di separazione tra il lavoratore e il pubblico, o ancora per la concreta impossibilità della trasmissione virale tramite contatto con superfici infette, etc.;

3) lavoratori diversi dagli operatori sanitari e da quelli con frequenti contatti con il pubblico e che abbiano avuto contatti con un collega di lavoro positivo/infetto o sintomatico. In questo caso l'origine professionale dell'infezione deve essere ritenuta provata in presenza di fonte di contagio accertata. La presunzione può essere superata soltanto dalla prova certa della mancanza di contatti efficaci alla trasmissione del contagio o dalla incompatibilità dei tempi di latenza tra il dedotto contatto e l'insorgenza della sintomatologia clinicamente evidente;

4) lavoratori che abbiano contratto l'infezione da coronavirus per avere utilizzato mezzi di trasporto pubblico. Anche in questo caso, considerata la maggiore intensità e frequenza del contatto sociale riscontrabile nei mezzi di trasporto pubblico, una volta comprovata la necessitata utilizzazione degli stessi per finalità lavorative, non sembra possa escludersi l'applicabilità della presunzione semplice di origine professionale, considerato il carattere pandemico e ubiquitario dell'infezione *de qua*, ufficialmente dichiarato dall'O.M.S., e l'elevata probabilità di una rilevante numerosità di soggetti infetti asintomatici o paucosintomatici che fa passare in secondo piano le differenze di concentrazione epidemiologica nei diversi territori delle persone con accertata infezione da coronavirus. I criteri della ragionevolezza e della coerenza sistematica impongono che per gli infortuni *in itinere* diversi da quelli consistenti nell'aver contratto l'infezione da coronavirus a causa dell'utilizzo dei mezzi di trasporto pubblico, cioè di quelli "normalmente" causati dalla circolazione stradale comportanti menomazioni dell'integrità psicofisica conseguenti all'evento traumatico, sia precisato che l'utilizzo del mezzo di trasporto privato, fino alla cessazione dell'attuale situazione di emergenza, sia, comunque, da considerare necessitato, perché costituente comportamento conforme a quelli suggeriti dalle competenti autorità per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19.

3. Le categorie tutelate

In merito alle categorie di lavoratori che hanno diritto alla tutela Inail, il d.l. n. 18/2020 non ha introdotto alcuna innovazione. In assenza di interventi correttivi, l'Inail sarà costretto ad applicare l'art. 5 del d.lgs. n. 38/2000.

Il suddetto articolo definisce i lavoratori parasubordinati, oggetto della tutela, individuandoli mediante riferimento all'art. 49, comma 1, lett. *a*, del testo unico delle imposte sul reddito, ora art. 50, comma 1, lett. *c-bis*, che dispone l'assimilazione, ai fini fiscali, del reddito prodotto dalle attività di collaborazione coordinata e continuativa ivi elencate a quello da lavoro subordinato.

La disposizione sopra richiamata, peraltro, esclude la predetta assimilazione quando la collaborazione coordinata e continuativa abbia ad oggetto l'esercizio dell'arte o professione.

Non rientrano, pertanto, nell'ambito soggettivo della tutela, ad esempio, i medici e gli infermieri professionali che prestano la propria attività con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Ho più volte sottolineato la patente incostituzionalità di una disposizione che, a parità di rischio, discrimina i lavoratori in ragione di una disciplina dettata a fini fiscali².

La perpetuazione di una siffatta discriminazione determinerebbe un ingiustificabile vuoto di tutela, proprio in danno di coloro che oggi sono esposti in prima linea nel contrasto alla diffusione del contagio e nella cura di coloro che hanno contratto l'infezione.

Sarebbero, quindi, esclusi dalla tutela tutti i medici di base e tutti gli altri medici e infermieri che prestano la loro attività con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, ivi compresi i 200 medici specialisti e 100 infermieri che l'Inail, ai sensi dell'art. 10 del d.l. n. 18/2020, è autorizzato ad acquisire, conferendo incarichi di lavoro autonomo, anche di collaborazione coordinata e continuativa, proprio per contrastare l'emergenza causata dall'infezione da coronavirus. Rimarrebbero esclusi, altresì, non pochi operatori sanitari che, senza essere titolari di un sottostante rapporto di lavoro subordinato, hanno risposto all'appello della Protezione civile e dato la disponibilità a prestare la propria opera presso strutture sanitarie in condizione di criticità per la particolare intensità del contagio.

Si auspica che il legislatore voglia scongiurare la sopra segnalata palese iniquità con un intervento di carattere sistematico e strutturale disponendo l'abrogazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 38/2000 e la modifica dell'art. 4, comma 1, n. 1, del d.P.R. n. 1124/1965, aggiungendo dopo le parole «opera manuale retribuita» le parole «o prestano attività lavorativa coordinata e continuativa».

² L. LA PECCERELLA, *L'universalizzazione delle tutele tra D.Lgs. 81/2008 e d.P.R. 1124/1965*, in "Rivista degli infortuni e delle malattie professionali", n. 1, 2018; ID., *Tipologie del rapporto di lavoro e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali: variabili dipendenti o indipendenti?*, ivi, n. 1, 2019.

Con l'abrogazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 38/2000 verrebbe anche eliminato il regime contributivo dallo stesso dettato, in forza del quale un terzo del relativo onere è attualmente posto a carico del lavoratore.

Si sottolinea, infine, che la paventata iniqua discriminazione non sarebbe evitata neppure laddove fosse approvata la proposta di equiparare gli operatori sanitari che abbiano contratto o contrarranno l'infezione da coronavirus alle vittime del dovere.

Ciò non soltanto perché la speciale elargizione prevista dalla vigente legislazione in favore delle vittime del dovere offre una tutela molto meno intensa di quella contro gli infortuni e le malattie professionali.

Occorre anche considerare che detta elargizione si fonda su presupposti e risponde a finalità diversi da quelli posti a base della tutela antinfortunistica, sicché è con quest'ultima cumulabile.

Permarrebbe, pertanto, la disparità di trattamento tra gli operatori sanitari titolari di un rapporto di lavoro subordinato, che avrebbero legittimamente diritto ad ambedue le tutele, e quelli che, in ragione di una diversa qualificazione giuridica del rapporto, avrebbero diritto esclusivamente alla speciale elargizione prevista per le vittime del dovere.

Abstract

L'articolo affronta la questione dell'indennizzabilità da parte dell'Inail delle conseguenze dell'infezione da coronavirus sia per quanto attiene all'inquadramento della fattispecie "infortunio-malattia, sia con riferimento all'ambito soggettivo delle categorie protette, anche con alcune osservazioni critiche sull'esclusione di alcuni lavoratori parasubordinati.

The article deals with the issue of indemnification by Inail (Italian National Institute for insurance against injuries at work) of the consequences of coronavirus infection both as regards the classification of the "injury-illness" case, and with reference to the protected categories of workers, also with some critical observations on the exclusion of some of them ("parasubordinati").

Parole chiave

Coronavirus, infortunio, malattia, assicurazione, indennizzo lavoratori

Keywords

Coronavirus, injury, illness, insurance, compensation workers



Sicurezza sul lavoro e Covid-19. Appunti per una prospettiva di genere^{**}

di Chiara Lazzari^{*}

SOMMARIO: 1. Dalla fase emergenziale alla gestione (più) ordinaria del problema. – 2. Valutazione dei rischi e questione di genere. – 3. Il caso del lavoro di cura.

1. Dalla fase emergenziale alla gestione (più) ordinaria del problema

Per quanto risulti ancora marginale lo spazio dedicato all'analisi scientifica, in una prospettiva di genere, delle conseguenze provocate dalla pandemia di Covid-19, tuttavia la questione inizia ad affiorare sotto diversi profili: dal fenomeno della violenza domestica, la cui emersione è stata resa più difficile a causa della convivenza forzata in ambito familiare imposta dal *lockdown*¹, al sovraccarico di lavoro determinatosi in capo alla figura femminile per la chiusura delle scuole e l'assenza di colf e babysitter (oltre che dei nonni, in quanto soggetti deboli da proteggere)²; al rischio che, proprio a seguito della lunga sospensione dei servizi educativi, le famiglie, e *in primis* le donne, si trovino costrette a scegliere fra la prosecuzione dell'attività lavorativa e gli impegni di cura, specie dei figli³. Il diritto della salute e sicurezza sul lavoro, anche in virtù dell'inedita centralità assunta nella riflessione dottrinale in questo drammatico frangente⁴, non può restare insensibile al tema.

^{*} Chiara Lazzari è Ricercatrice *ex art.* 24, comma 3, lett. *b*, della l. n. 240/2010 di Diritto del lavoro e Docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo. chiara.lazzari@uniurb.it

^{**} Questo scritto sviluppa e approfondisce alcuni spunti di riflessione contenuti nell'articolo, a firma dell'A., *Per una fase due più sicura*, in www.ingenere.it, 19 maggio 2020, pubblicato nell'ambito di un'iniziativa che vede coinvolte le colleghe Silvia Borelli, Stella Laforgia, Mariagrazia Militello, Gemma Pacella, Veronica Papa, Maura Ranieri, Micaela Vitaletti, volta a indagare, in una prospettiva di genere, le conseguenze prodotte sul lavoro dalla pandemia.

¹ G. PACELLA, *Violenza, il "raptus da quarantena" non esiste*, in www.ingenere.it, 11 maggio 2020.

² D. DEL BOCA, N. OGGERO, P. PROFETA, M.C. ROSSI, C. VILLOSIO, *Prima, durante e dopo Covid-19: disuguaglianza in famiglia*, in www.lavoce.info, 12 maggio 2020.

³ M. VITALETTI, *Famiglie costrette a scegliere*, in www.ingenere.it, 30 aprile 2020; in argomento, v. anche EAD., *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in "Giustizia Civile.com", 19 marzo 2020.

⁴ Si tratta, infatti, di un diritto solitamente trascurato, se non snobbato: P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in questa "Rivista", 2016, n. 1, I, p. 73.

Com'è noto, dal punto di vista di tale diritto, l'emergenza da Covid-19 ha posto una serie di delicate questioni giuridiche, a partire da quella concernente l'obbligo, o meno, da parte del datore di lavoro, di procedere alla valutazione del rischio rappresentato dal nuovo Coronavirus e, conseguentemente, di aggiornare il relativo documento (DVR). Quantunque la tesi sia tutt'altro che pacifica⁵, in proposito era sembrato maggiormente corretto escludere – al di fuori delle realtà che già prima si confrontavano con rischi di tipo biologico, quali i servizi sanitari o i laboratori di ricerca – un obbligo generalizzato di tal fatta, avendo la stessa autorità pubblica, in quanto dotata delle competenze tecnico/scientifiche necessarie, operato a monte, nei provvedimenti emanati, la valutazione del rischio in oggetto, con connessa definizione delle misure di prevenzione⁶.

Passando ora, per quanto gradualmente, da una fase di più acuta emergenza a una di gestione più ordinaria del problema (la cd. “fase due”), con la progressiva riapertura, dal 4 maggio 2020, di tutte le attività produttive, industriali e commerciali, prima bloccate, pare evidente come il sistema prevenzionistico aziendale sia destinato a tornare a essere protagonista, facendosi pressante l'esigenza di mettere in comunicazione il documento di valutazione dei rischi con quanto prescritto dal “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro” del 14 marzo 2020, successivamente integrato il 24 aprile, e declinato a

⁵ V., infatti, M.T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in “Working Paper Adapt”, 2020, n. 3, p. 6 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in “WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 413/2020”, p. 11 ss.; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, *ivi*, 2020, n. 417, p. 5 ss.; V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da covid-19 e nuova “questione sociale”*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, p. 334 ss.; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19*, in www.giustiziainsieme.it, 21 aprile 2020; S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, *ivi*, 22 aprile 2020; R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Milano, WKI, 2020, e-book, p. 10 ss.; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in “Giustizia Civile.com”, 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in “Punto sicuro”, 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in “Guida al lavoro”, 2020, n. 10, p. 13.

⁶ C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in questo fascicolo di questa “Rivista”, I, p. 140, e, *amplius*, P. PASCUCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in questa “Rivista”, 2019, n. 2, I, p. 99 ss.; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in questo fascicolo di questa “Rivista”, I, spec. p. 128 ss.; ID., *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in “Giustizia Civile.com”, 17 marzo 2020, p. 3 ss.; L. M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa “Rivista”, 2019, n. 2, I, p. 123 ss.; v. pure A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2.; con riferimento a un'altra pandemia, quella dell'influenza suina, già F. BACCHINI, *Presunto obbligo di valutazione del rischio biologico da virus A*, in “ISL - Igiene e Sicurezza sul Lavoro”, 2010, p. 65 ss.

livello d'impresa nei Protocolli di sicurezza anti-contagio⁷. In effetti, la permanenza temporale, ben oltre la condizione di più stretta emergenza, di tali misure rende imprescindibile verificare come le stesse interagiscano con le regole organizzative e procedurali in uso nel contesto lavorativo, modificando/aggiornando il documento in questione laddove occorra. Esigenza, questa, che la chiusura d'imperio di gran parte delle attività aveva, evidentemente, reso meno incalzante da un punto di vista pratico, pur permanendo l'obbligo di revisione sul piano giuridico. Si pensi, solo per fare un esempio, a cosa possa significare avere collocato in *smart working* un lavoratore in precedenza incaricato, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 81/2008, dell'attuazione delle misure di prevenzione incendi, a cui deve fare ovviamente seguito la riorganizzazione della gestione delle emergenze in azienda, al fine di garantire l'idonea copertura, per l'intero orario di lavoro, della relativa squadra. O, ancora, si consideri – nel caso, previsto dal Protocollo, di uso di mascherine e altri DPI, tra cui guanti, occhiali, tute, quando non possa essere rispettata la distanza interpersonale di almeno un metro e non siano praticabili soluzioni organizzative diverse – la necessità di valutare adeguatamente eventuali problematiche di traspirazione e respirazione, anche alla luce della durata dei turni. Risulta chiaro come di tutto ciò occorra dare evidenza nel DVR. Peraltro, pare altrettanto chiaro come – a rigore – non si tratti tanto di valutazione del rischio biologico in sé e per sé considerato, quanto dell'analisi delle conseguenze che l'adozione delle misure di contenimento e contrasto alla diffusione del virus, individuate dall'autorità pubblica e dalle parti sociali e adattate dal datore di lavoro alla realtà aziendale, determina sull'organizzazione produttiva e del lavoro, allorquando dette misure, specie per le loro interazioni con le condizioni di contesto, comportino l'emergere di nuovi rischi o l'aggravamento di rischi preesistenti⁸.

Del resto, è innegabile che il sistema, delineato in via legislativa in questi mesi, continui a mantenere tratti di forte specialità.

Basti pensare, da ultimo, all'art. 83 del d.l. n. 34/2020 (cd. "Decreto rilancio"), che, ferma restando la possibilità, per il datore di lavoro, di nominare il medico competente per il periodo emergenziale anche laddove non vi sia un obbligo ai sensi del d.lgs. n. 81/2008, affida la sorveglianza sanitaria ivi prevista⁹, non a caso definita «eccezionale», ai servizi territoriali dell'INAIL, i quali vi provvedono con propri medici del lavoro. Ma si rifletta anche sullo stesso

⁷ Parla di «processo di transizione» tra quanto previsto nel Protocollo di sicurezza anti-contagio e il DVR, C. FRASCHERI, *Prime attenzioni necessarie per la gestione del processo di transizione dalla c.d. Fase 1 alla c.d. Fase 2*, in <https://olympus.uniurb.it>.

⁸ V. anche P. PASCUCCI, *Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, Intervista a Paolo Pascucci e Salvatore Dovere, in corso di pubblicazione in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2020.

⁹ Ossia quella da assicurare ai «lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia Covid-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

Protocollo condiviso, nel quale il sistema della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza a livello d'azienda, così come disegnato dal d.lgs. n. 81/2008¹⁰, è sostituito da un Comitato a cui è attribuito un ruolo centrale nella fase di gestione e verifica delle regole consensualmente individuate e nel quale certo siedono i RLS, però unitamente alle rappresentanze sindacali aziendali¹¹.

E, tuttavia, nell'ultima versione del medesimo Protocollo i firmatari, pur continuando a qualificare il nuovo Coronavirus in termini di «rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione», richiamano in alcuni passaggi lo strumento della valutazione dei rischi, ad esempio allorquando si afferma che «nella declinazione delle misure del Protocollo all'interno dei luoghi di lavoro sulla base del complesso dei rischi valutati e, a partire dalla mappatura delle diverse attività dell'azienda, si adotteranno i DPI idonei», o laddove si ricorda il ruolo del medico competente in tale procedura. Lo stesso dicasi a proposito dell'identificazione degli attori della vigilanza sul corretto adempimento, da parte delle imprese, delle misure da attuare. Anche l'art. 10 del recente d.P.C.M. 17 maggio 2020 continua ad affidare il compito di assicurare la loro esecuzione al Prefetto, il quale si avvale delle forze di polizia, con il possibile concorso del corpo nazionale dei vigili del fuoco e, per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, dell'ispettorato nazionale del lavoro e del comando carabinieri per la tutela del lavoro, nonché, ove occorra, delle forze armate; ma la legge n. 35/2020, di conversione del d.l. n. 19/2020, pubblicata nella G.U. del 23 maggio, modificando l'art. 4, comma 9, del citato decreto, ha previsto che il Prefetto faccia ricorso anche al personale ispettivo dell'azienda sanitaria locale competente per territorio (oltre che dell'Ispettorato nazionale del lavoro limitatamente alle sue attribuzioni nella materia *de qua*), come del resto anticipato dalla circolare del Ministero dell'Interno del 14 aprile 2020, emanata a corredo del d.P.C.M. 10 aprile 2020, e, soprattutto, com'è usuale che sia (al netto dell'intervento del Prefetto).

Insomma, per «il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica»¹², almeno nella componente che concerne la disciplina in tema di salute e sicurezza sul lavoro, pare di assistere, pur se fra molte incertezze e qualche confusione di troppo, a prove tecniche, per quanto ancora timide, di un ritorno alla “normalità” giuridica.

¹⁰ Sul quale, da ultimo, L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia*, in questo fascicolo di questa “Rivista”, I, p. 96 ss.

¹¹ In mancanza di un Comitato aziendale, si prevede la costituzione di un Comitato Territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza, laddove presenti, con il coinvolgimento degli RLST e dei rappresentanti delle parti sociali.

¹² A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Supplemento al n. 3-4/2020 di “Lavoro e Previdenza Oggi”.

2. Valutazione dei rischi e questione di genere

Riacquistando, dunque, progressivamente centralità la normativa fondamentale in materia, ossia il d.lgs. n. 81/2008, specie con riferimento al segnalato profilo del “dialogo” fra DVR e Protocollo condiviso, ai fini che qui interessano non può non rammentarsi quanto sancito dall’art. 28, comma 1, di tale decreto, secondo cui la valutazione dei rischi deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, tra cui quelli concernenti le lavoratrici in stato di gravidanza, nonché quelli connessi alle differenze di genere.

Tale ultimo riferimento, superando la tradizionale concezione di tutela del lavoro femminile circoscritta alla gravidanza/maternità, può considerarsi una traduzione legislativa dei postulati della medicina di genere (*rectius*: genere-specifica)¹³, ispirata al concetto di diversità tra generi in ragione delle differenze, sia biologiche, sia fondate su fattori ambientali, socio-culturali, economici, fra uomo e donna. Ad esempio, benché i limiti espositivi agli agenti chimici siano stati finora definiti in modo neutro – sebbene in un’ottica di forte cautela, in quanto fissati molto al di sotto del livello in grado di produrre danni – la medicina ci dice che, tra uomini e donne, esistono numerose differenze nell’assorbimento, nel metabolismo e nell’eliminazione degli stessi; sicché dette soglie non appaiono universalmente valide, potendo piuttosto variare in base al sesso, a fattori genetici e stili di vita¹⁴. Non a caso, l’Organizzazione Mondiale della Sanità richiama l’attenzione sulle differenze con cui numerose patologie, considerate come tipicamente maschili, si manifestano nelle donne¹⁵.

Alla luce di ciò, è indubbio che, con la nuova formulazione dell’art. 28, comma 1, poc’anzi ricordata, il legislatore del 2008, coerentemente con le indicazioni di stampo eurounitario¹⁶, abbia avuto il merito di aver introdotto una concezione non neutra di salute e sicurezza sul lavoro, proprio in ragione del fatto che la probabilità del verificarsi di un evento latamente lesivo dello stato di salute non dipende solo dal tipo e dall’entità dell’esposizione al rischio, ma anche dalle condizioni dei soggetti esposti¹⁷. In tal modo, ne escono altresì rafforzati i nessi fra promozione della sicurezza sul lavoro e contrasto a ogni forma di

¹³ Cfr. M. SALMI, *Perché abbiamo bisogno di una medicina di genere*, in www.ingegnere.it, 21 aprile 2016.

¹⁴ A.M. GIAMMARIOLI, *Salute e sicurezza sul lavoro. Il genere fa la differenza*, in www.ingegnere.it, 18 aprile 2017.

¹⁵ M. SALMI, *Perché abbiamo bisogno di una medicina di genere*, cit.

¹⁶ Cfr. R. NUNIN, *Lavoro femminile e tutela della salute e della sicurezza: nuovi scenari per una prospettiva di genere dopo il d.lgs. n. 81/2008*, in “Lavoro e diritto”, 2011, p. 387 ss.

¹⁷ Tale nuovo approccio si manifesta anche nell’art. 6, comma 8, lett. l), del d.lgs. n. 81/2008, che, tra i compiti della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, include quello di promuovere la considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione; nell’art. 8, comma 6, lett. b), relativo al SINP, laddove si stabilisce che i contenuti dei flussi informativi devono riguardare, tra l’altro, il quadro dei rischi anche in un’ottica di genere; nell’art. 40, comma 1, a proposito delle informazioni, elaborate evidenziando le differenze di genere, che il medico competente deve trasmettere al Servizio Sanitario Nazionale.

discriminazione di genere, nella misura in cui la normativa prevenzionistica diviene uno strumento del diritto antidiscriminatorio¹⁸.

In proposito, tuttavia, va detto che, se l'Inail ha dedicato meritoriamente alla questione ampia attenzione¹⁹, non costituisce ancora una prassi consolidata integrare un approccio di genere nella valutazione dei rischi professionali e nell'individuazione di misure di prevenzione realmente efficaci, a partire dai profili dell'organizzazione del lavoro, raramente vagliata alla luce del suo possibile differente impatto su uomini e donne.

Potrebbe il passaggio alla “fase due” favorire il compimento di un passo in avanti in tale direzione?

In verità, la via da questo punto di vista più suggestiva, e forse culturalmente più dirompente, non è stata seguita, *in primis* per mancanza, allo stato, di certezze scientifiche. In effetti, se fosse stata dimostrata la tendenza, che pare riscontrarsi su larga scala, relativa a una minore incidenza, specie in termini di severità delle conseguenze, della Covid-19 nelle donne, è chiaro che una (ri)valutazione del rischio orientata al genere, con connessa individuazione di adeguate misure prevenzionali, sarebbe potuta risultare centrale al momento della “riapertura”. Sennonché, dovendosi prima accertare – anche alla luce di dati, non sempre disponibili, su ricoveri e ricorsi alla terapia intensiva disaggregati per genere e fasce d'età²⁰ – i meccanismi scientifici all'origine di tale presunta diversa incidenza (le ipotesi, di tipo biologico, genetico, epidemiologico, comportamentale, sono varie)²¹, nei provvedimenti volti a regolare il passaggio dalla “fase uno” alla “fase due”, così come nel Protocollo condiviso, non v'è traccia dell'idea di consentire il rientro al lavoro innanzitutto alle donne. Idea che in un primo momento era stata ventilata da qualche scienziato²², quasi a ripercorrere, *mutatis mutandis*, la strada intrapresa in passato, allorché fu per

¹⁸ Sul punto, *amplius*, R. NUNIN, *La normativa sulla sicurezza di genere come strumento del diritto antidiscriminatorio*, in G. SCLIP (a cura di), *Sicurezza accessibile. La sicurezza sul lavoro in una prospettiva di genere*, Trieste, EUT, 2019, p. 47 ss.; in argomento, si veda anche, nello stesso volume, il contributo di M.D. FERRARA, *Il ruolo della contrattazione collettiva e la tutela della salute nei luoghi di lavoro: la prospettiva di genere*, p. 59 ss.

¹⁹ Si vedano, ad esempio, i volumi *Salute e sicurezza sul lavoro, una questione anche di genere*, nn. 1/2011, 2/2011, 3/2013, 4/2013.

²⁰ G. BERTOCCHI, *Ma davvero le donne sono più resistenti al Covid-19?*, in www.lavoce.info, 8 aprile 2020.

²¹ A.M. ALOISI, *Perché gli uomini sono più vulnerabili al coronavirus?*, in www.ingenere.it, 24 marzo 2020.

²² Cfr. le dichiarazioni di Ilaria Capua, rilasciate durante un intervento televisivo e riprese da *Il Messaggero* del 25 marzo 2020: «Virus più aggressivo negli uomini. Le donne potrebbero tornare al lavoro prima», nonché I. CAPUA, *Le stime sul coronavirus? Tutte sbagliate. Ecco che cosa ci aspetta*, in *Corriere della Sera*, 11 aprile 2020: «Non sappiamo ancora se le donne hanno realmente un rischio inferiore ai coetanei maschi di sviluppare una forma grave della malattia. Da alcuni dati sembrerebbe eclatante da altri meno, ma io mi azzardo a dire che le donne hanno probabilmente un rischio uguale o inferiore di morire o di sviluppare una malattia grave rispetto agli uomini. Quindi il ripopolamento basato almeno sulla parità di genere avrebbe senso». Invece, il 4 maggio sono stati soprattutto i lavoratori uomini a riprendere l'attività: A. CASARICO, S. LATTANZIO, *Nella “fase 2” a casa giovani e donne*, in www.lavoce.info, 28 aprile 2020.

L'appunto la forza lavoro femminile a sostituire quella maschile impegnata al fronte (del resto, la metafora bellica è stata spesso usata in questi tempi difficili), e che sarebbe stata coerente proprio con la declinazione *gender oriented* dell'obbligo di sicurezza, la quale può condurre anche a rafforzare il livello di tutela garantito ai lavoratori, "personalizzando" le soluzioni prevenzionali sui rischi a cui, in ipotesi, possano risultare più esposti rispetto alle lavoratrici. In ogni modo, in assenza di indicazioni legislative, non si può certo pretendere dal datore di lavoro l'adozione di misure siffatte, che, oltretutto, sarebbero prive di un sicuro ancoraggio scientifico. Il datore, nell'adempimento dell'obbligazione *ex art. 2087 c.c.*, non può, evidentemente, andare al di là della scienza, le cui acquisizioni – almeno quelle al momento disponibili – l'autorità pubblica ha fatto proprie, traducendole normativamente nei provvedimenti emanati (la «tecnica» e l'«esperienza» evocate dalla norma codicistica). Anzi, proprio in ragione di ciò, pare doversi ritenere che il rispetto diligente del Protocollo, ormai sussunto in fonti pubblicistiche (da ultimo, il d.P.C.M. 17 maggio 2020, che lo richiama espressamente all'art. 2 e lo annovera fra i suoi allegati), con tutto ciò che ne consegue in termini di efficacia «*lato sensu* normativa»²³, lo ponga al riparo da ulteriori responsabilità²⁴, se non quelle derivanti, in via residuale, da un insufficiente adeguamento, anche in un'ottica *gender sensitive*, alle peculiarità della propria realtà aziendale delle regole contenute nel Protocollo medesimo (la «particolarità del lavoro» *ex art. 2087 c.c.*). Peraltro, poiché non è dato sapere come evolverà la pandemia, né a cosa condurranno gli studi sul SARS-CoV-2, auspicabilmente alimentati anche da una ricerca differenziata in base al genere sulla quale occorre investire, non è escluso che, in futuro, nel complesso intreccio fra legislazione di stampo emergenziale e ordinario sistema *ex d.lgs. n. 81/2008*, la questione possa tornare a far capolino nei termini qui accennati.

Il Protocollo condiviso, nonché, da ultimo, il d.l. n. 34/2020, confermano invece come una delle direttrici a cui la "fase due" deve ispirarsi sia rappresentata dalla persistente valorizzazione dello *smart working*, *rectius* «*lavoro obbligatorio a distanza*»²⁵ (che, per le pubbliche amministrazioni, diventa «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa»: art. 87 del d.l. n. 18/2020, convertito,

²³ P. PASCUCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 123.

²⁴ Sul rapporto fra art. 2087 c.c. e Protocollo, S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza*, cit., pp. 11-12; E. ERARIO BOCCAFURNI, M. FATIGATO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"*, in questo fascicolo di questa "Rivista", I, p. 166, nota 40; peraltro, poiché, secondo l'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, «de attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali» e, «in assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale», è da ritenere che anche l'osservanza di tali prescrizioni sia rilevante al fine del corretto adempimento dell'art. 2087 c.c.

²⁵ B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in corso di pubblicazione in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2020, *passim*, corsivo dell'A.

con modificazioni, dalla legge n. 27/2020, cd. “Cura Italia”), rispetto al quale si pone il problema, a cui si faceva cenno²⁶, della necessaria valutazione del rischio derivante dalle modifiche organizzative imposte dal contrasto alla pandemia. Non a caso, sotto questo profilo, l’Inail, superata la prima fase di urgenza, evidenzia l’esigenza di rafforzare le misure di supporto per la prevenzione dei rischi ad esso connessi²⁷. E lo stesso si ribadisce nella Circolare del Ministero della Salute 29 aprile 2020, n. 14915. In questa prospettiva, un’analisi *gender oriented* dei rischi tipici di tale modalità lavorativa (dalle disergonomie, posturali e oculo-visive, ai rischi psico-sociali collegati alle applicazioni tecnologiche: *time porosity, hyperconnectivity, overworking, burnout*²⁸) è destinata a rivelarsi assai utile a fini prevenzionali, dal momento che le organizzazioni che ricorrono al lavoro agile appartengono in prevalenza ai settori dei servizi (fra cui quelli pubblici, insegnamento compreso), nei quali, a causa del ben noto fenomeno della segregazione occupazionale, sono soprattutto le donne a trovare impiego²⁹. Senza trascurare, in detta analisi, la considerazione del possibile impatto negativo sulla salute delle lavoratrici, specie in termini di stress lavoro-correlato, di un’attività di cura che, come accennato in apertura di questo contributo³⁰, la pandemia rischia di far gravare essenzialmente sulla figura femminile, con un effetto di ulteriore amplificazione ad opera del lavoro agile. Invero, da strumento concepito in un’ottica *work/life balance*, e, dunque, anche di sostegno e promozione della partecipazione femminile al mercato del lavoro, il ricorso ad esso, in una sorta di eterogenesi dei fini, potrebbe determinare un’accentuazione delle diseguaglianze di genere, stante il rischio che il tempo di lavoro per le donne si allunghi notevolmente e diventi più pesante, a causa della commistione, senza soluzione di continuità, fra due ambiti di vita: quello professionale e quello di cura. Il che, tuttavia, conferma altresì che il lavoro agile di stampo emergenziale ha poco a che fare con la fattispecie disciplinata dalla legge n. 81/2017 e con le finalità indicate nel suo art. 18, comma 1, costituendo piuttosto una misura, precauzionale e di prevenzione, di tipo organizzativo, funzionalizzata dal legislatore alle esigenze di tutela della salute del lavoratore, e, in via mediata, della collettività, coniugate con la necessità di consentire al sistema produttivo di continuare, laddove possibile, a fornire beni e servizi. Sicché, appare urgente ricondurne l’utilizzazione entro limiti maggiormente fisiologici, magari tramite l’intervento di una contrattazione

²⁶ Cfr. *supra*, § 1.

²⁷ Si veda il “Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione”, elaborato dall’Inail nell’aprile 2020, p. 13.

²⁸ Cfr., per tutti, F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in “Diritti lavori mercati”, 2018, p. 21 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018, p. 131 ss.

²⁹ A. COVERI, M.G. MONTESANO, *Perché la pandemia non ci rende tutti uguali*, in www.ingenere.it, 26 marzo 2020.

³⁰ Cfr. *supra*, § 1.

collettiva capace di negoziare uno *smart working gender friendly*³¹, con intuitive ricadute benefiche anche in termini di salute e sicurezza.

Nel Protocollo non si fa, invece, menzione (oltre che della questione di genere) di una categoria di lavoratrici indicata nel ricordato art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, ossia quelle in stato di gravidanza. Benché non compaiano fra i gruppi di lavoratori, richiamati sia dalle parti sociali sia, da ultimo, nel citato art. 83 del d.l. n. 34/2020, in situazione di particolare fragilità in quanto esposti a un maggior rischio di gravi conseguenze in caso di contagio (come chi è affetto da altre patologie o i lavoratori anziani), pare che le stesse debbano essere oggetto di una speciale attenzione nella procedura di revisione del DVR. E ciò nell'ottica di valutare, come si diceva³², più che il rischio biologico in sé e per sé considerato, gli effetti che le regole organizzative, adottate in attuazione delle misure etero-definite di contrasto alla diffusione del virus, possono produrre sulla salute della lavoratrice e del nascituro, qui emergendo, una volta di più³³, il ruolo centrale del medico competente³⁴. Occorre, inoltre, rammentare che, al di là della normativa specifica ad esse rivolta, il d.lgs. n. 81/2008, tra gli obblighi datoriali, include quello di tenere conto, nell'affidare i vari compiti, delle capacità e delle condizioni dei lavoratori in rapporto alla loro salute e alla sicurezza (art. 18, comma 1, lett. *o*), così come, tra le misure generali di tutela, è previsto l'allontanamento degli stessi dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la persona, con adibizione, ove possibile, ad altra mansione (art. 15, comma 1, lett. *m*). Sicché, in un'ottica precauzionale, bene hanno fatto alcuni Protocolli siglati a livello territoriale e aziendale, o certi atti d'indirizzo definiti in sede decentrata, a collocare tale categoria accanto alle ricordate situazioni di fragilità³⁵, ad esempio evocando proprio il ruolo del medico competente nella definizione di misure di prevenzione³⁶, o per escludere le lavoratrici in gravidanza dallo svolgimento di attività in presenza³⁷, o per subordinare il loro progressivo ritorno in sede all'esito

³¹ Cfr., in tal senso, il recente "Documento politiche di genere" della Filctem Cgil.

³² Cfr. *supra*, § 1.

³³ Sul punto, ci si permette di rinviare, da ultimo, a C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 143 ss.

³⁴ Non a caso, il citato Documento tecnico dell'Inail (v. *supra*, nota 27) attribuisce un ruolo centrale al medico competente, prevedendo il coinvolgimento di tale figura «al di là dell'ordinarietà», tanto da suggerirne la nomina *ad hoc*, in via straordinaria, per il periodo emergenziale altresì nelle aziende in cui non ne è obbligatoria la presenza o l'individuazione di soluzioni alternative, anche con il coinvolgimento delle strutture territoriali pubbliche (p. 14): ciò che il legislatore ha tradotto nel citato art. 83 del cd. "Decreto rilancio", su cui *supra*, § 1.

³⁵ Si vedano gli "Indirizzi per la gestione dell'emergenza COVID-19 nelle aziende. Protocollo generale per la sicurezza sul lavoro", elaborato dal Comitato provinciale di Coordinamento in materia di Salute e Sicurezza sul Lavoro della Provincia autonoma di Trento, del 30 aprile 2020, in <https://olympus.uniurb.it>.

³⁶ Si veda, ad esempio, il Protocollo Territoriale di Bergamo del 5 maggio 2020 integrativo del Protocollo nazionale del 24 aprile 2020, in <https://olympus.uniurb.it>.

³⁷ Cfr. il Protocollo condiviso sulla regolamentazione delle misure per il contenimento e il contrasto al virus Covid 19 nell'ambiente di lavoro dell'Agenzia delle entrate del 13 maggio 2020, in <https://olympus.uniurb.it/>; sulla garanzia, da parte delle imprese, della modalità di lavoro agile

di un percorso volto a tutelarne le condizioni di salute³⁸. In effetti, sebbene, allo stato, sembrino non esservi evidenze scientifiche sulla possibile trasmissione materno-fetale dell'infezione prima, durante e dopo il parto³⁹, è innegabile, come vanno ripetendo gli scienziati più accreditati, che del SARS-CoV-2 sappiamo ancora troppo poco per escludere con certezza ogni evenienza.

3. *Il caso del lavoro di cura*

Infine, una nota conclusiva va dedicata, specie in una prospettiva *de iure condendo*, al lavoro di cura, “cenerentola” anche del diritto della salute e sicurezza sul lavoro, sembrando ormai giunto il momento di porre termine alla situazione di colpevole marginalizzazione nella quale esso è costretto. Gli addetti ai servizi domestici e familiari (*rectius*: le addette, considerando la percentuale assolutamente prevalente di colf e badanti) non sono, infatti, compresi nella pur molto ampia definizione di «lavoratore» fornita dal d.lgs. n. 81/2008⁴⁰. Trattasi, invero, di un'esclusione ingiustificata, oltre che di dubbia costituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost.⁴¹, atteso che il carattere “domestico” del datore di lavoro dovrebbe semmai influire sul *quantum* e sul *quomodo* della tutela, non certamente sull'*an*. Tanto più in considerazione del fatto che, a causa del complesso rapporto fra migrazione e lavoro nel quadro più generale della globalizzazione, le donne che prestano attività in questo settore sono spesso extracomunitarie (oltre che anziane), sommando in sé caratteristiche di fragilità, quanto all'esposizione ai rischi per la loro salute e sicurezza, ben presenti al legislatore, laddove l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 evoca una tutela che tenga conto delle differenze di genere, di età e della condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati. Sicché, avere ignorato ciò nelle previsioni successive significa anche alimentare perversi effetti discriminatori.

Abrogato espressamente, ad opera dell'art. 304, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008, il d.P.R. n. 547/1955, le cui disposizioni, quantunque non

per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o a distanza nel caso di lavoratrici in gravidanza cfr. anche la Circolare del Ministero della Salute 31 marzo 2020, n. 11257.

³⁸ Cfr. l'accordo Edison 30 aprile 2020, in <https://olympus.uniurb.it>.

³⁹ In generale, sulle indicazioni per gravida-partoriente, puerpera, neonato e allattamento cfr. la citata Circolare del Ministero della Salute n. 11257/2020.

⁴⁰ Secondo l'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008 tale è la «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari». Si veda anche il successivo art. 3, comma 8, secondo periodo, che esclude dall'applicazione del citato decreto e delle altre norme speciali vigenti in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, i piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili.

⁴¹ P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Quaderni di *Olympus* - 5, Fano, Aras Edizioni, 2017, p. 75.

pacificamente, si ritenevano applicabili alla fattispecie in questione⁴², l'unica protezione può così oggi rinvenirsi nella vetusta legge n. 339/1958, il cui art. 6 prevede l'obbligo, per il datore di lavoro, di assicurare un ambiente – inteso dai più restrittivamente, quale “locale”⁴³ – che non sia nocivo all'integrità fisica e morale del lavoratore domestico e quello di tutelare la salute di quest'ultimo particolarmente qualora in famiglia vi siano fonti d'infezione. Al di là dell'imprevedibile attualità di tale riferimento, risulta evidente l'inadeguatezza, storica e giuridica, di una disciplina emanata in un tempo in cui il lavoro domestico si trovava confinato in una situazione di marginalità, economica e sociale, che nulla aveva a che vedere con l'indubbia rilevanza oggi acquisita dal fenomeno e correlata alla crescente partecipazione delle donne al mercato del lavoro, oltre che al progressivo invecchiamento della popolazione.

Qualche segnale di attenzione del legislatore verso tale segmento lavorativo si rinviene ora nel “Decreto rilancio”, dopo che non erano mancati gli appelli firmati per sollecitare un deciso cambiamento di rotta⁴⁴, avendo il precedente “Cura Italia”, a dispetto del nome, ignorato la categoria⁴⁵, nonostante il fatto che, al pari di coloro che svolgono la propria attività in altro settore marcatamente femminile, ossia quello socio-sanitario⁴⁶, chi presta lavoro in quest'ambito risulta fortemente esposto al contagio. Da un lato, l'art. 85 riconosce ai lavoratori domestici che abbiano in essere, alla data del 23 febbraio 2020, uno o più contratti di lavoro per una durata complessiva superiore a dieci ore settimanali un'indennità pari a cinquecento euro al mese per i mesi di aprile e maggio 2020, a condizione che non siano conviventi col datore di lavoro; dall'altro, l'art. 103 disciplina le procedure di emersione anche con riguardo al lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare, a conferma del fatto che in esso si annidano frequenti situazioni di irregolarità, le quali, a loro volta, costituiscono un ulteriore moltiplicatore dei rischi. Infine, l'art. 66, modificando l'art. 16, comma 1, proprio del cd. “Cura Italia”, specifica che le mascherine chirurgiche, reperibili in commercio, sono considerate dispositivi di protezione individuale per tutti i lavoratori e i volontari, sanitari e non, nonché per i lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, i quali, nello svolgimento dell'attività, siano impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro.

Se i recenti provvedimenti legislativi sembrano segnalare un cambio di prospettiva del decisore politico, i contenuti della tutela in tema di salute e sicurezza sono, con tutta evidenza, del tutto insoddisfacenti, anche perché di

⁴² Sul punto, *amplius*, L. ANGELINI, P. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori domestici. Nuovi spunti di riflessione dopo il d.lgs. n. 81/2008*, in R. SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Roma, Ediesse, 2010, p. 227, p. 236.

⁴³ Cfr. il dibattito richiamato da L. ANGELINI, P. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori domestici*, cit., pp. 225-226.

⁴⁴ Cfr. AA.VV., *Verso una democrazia della cura*, in www.ingenere.it, 2 aprile 2020.

⁴⁵ Cfr. M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del Coronavirus*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, pp. 326-327.

⁴⁶ A. COVERI, M.G. MONTESANO, *Perché la pandemia non ci rende tutti uguali*, cit.

matrice unicamente emergenziale. Se questo è il portato della “fase due”, l’auspicio è che ciò che verrà dopo segni per il lavoro di cura il momento in cui vedersi finalmente riconosciuta una protezione adeguata e a tutto tondo, in quanto non esclusivamente tarata, e appiattita, sull’emergenza ancora in corso. Insomma, un ritorno alla “normalità” pre-pandemica quanto al metodo giuridico, ma a uno stadio di tutele più avanzato sul piano dello *standard* protettivo garantito.

Abstract

Con riferimento alla pandemia in corso di Covid-19 e, in particolare, alla cosiddetta “fase due”, il contributo mira a riflettere sulla necessità di un approccio di genere nella valutazione dei rischi professionali e nell’individuazione di misure di prevenzione efficaci, a partire dai profili dell’organizzazione del lavoro. Un’analisi finale è dedicata al lavoro di cura, settore occupazionale marcatamente femminile, e alle sue esigenze di tutela finora insoddisfatte.

Concerning the ongoing Covid-19 pandemic and, in particular, the so-called “phase two”, the essay aims to reflect on the need for a gender-based approach in assessing occupational risks and identifying effective prevention measures, starting from aspects of work organization. A final analysis is dedicated to the care work, a highly female employment sector, and its so far unsatisfied protection needs.

Parole chiave

Coronavirus, salute e sicurezza, genere, valutazione dei rischi, lavoro agile, lavoratrici in gravidanza, lavoro di cura

Keywords

Coronavirus, health and safety, gender, risk assessment, smart working, pregnant workers, care work

Hanno collaborato a questo fascicolo:

Luciano Angelini, ricercatore confermato di Diritto del lavoro e docente di Diritto della salute e sicurezza dei lavoratori nell'Università di Urbino Carlo Bo

Joaquín Aparicio Tovar, Ya Profesor Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Universidad de Castilla-La Mancha

Antonio Pedro Baylos Grau, Profesor Catedrático de Derecho del trabajo, Director del Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), Universidad de Castilla-La Mancha

Eugenio Erario Boccafurni, Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma La Sapienza

Angelo Delogu, assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo e Caporedattore dell'Osservatorio "Olympus" per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Michele Fatigato, Avvocato del Foro di Foggia e Consulente HR management

Luigi La Peccerella, è stato Avvocato generale dell'Inail ed è Direttore della "Rivista degli infortuni e delle malattie professionali"

Chiara Lazzari, ricercatrice *ex art. 24, comma 3, lett. b*, della l. n. 240/2010 di Diritto del lavoro e docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo

Amparo Merino Segovia, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada como Catedrática de Universidad), Universidad de Castilla-La Mancha

Paolo Pascucci, professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi Carlo Bo di Urbino

Francisco Trillo Párraga, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla-La Mancha

Il fascicolo è stato chiuso nel mese di maggio 2020