

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 saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si colloca fra le iniziative dell'Osservatorio “Olympus” dell'Università di Urbino Carlo Bo (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, 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. 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, Lauralba 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, 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

Alberto Andreani, 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), Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Stefano Costantini, Silvano Costanzi, 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 e bibliografia. 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 e bibliografici 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. BROLO, 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 alla 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 al vaglio preventivo 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

Editoriale

PAOLO PASCUCCI

Saggi

- PAOLO PASCUCCI *La figura complessa del datore di lavoro per la sicurezza nelle università tra “vecchio” e “nuovo” diritto* 1
- MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ *Dos décadas de aplicación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL): luces y sombras* 33
- VITO LECCESE e FRANCESCO STOLFA *La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione - Presentazione* 60
- PAOLO PASCUCCI *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro* 64
- PASQUALINO ALBI *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto* 83
- GIUSEPPE LOSAPPIO *Organizzazione, colpa e sicurezza sul lavoro. Dosimetria dell'impresa e della colpa di organizzazione* 98
- VALENTINA PASQUARELLA *L'organizzazione della sicurezza in alcune tipologie di lavoro revisionate dal Jobs Act* 113
- STELLA LAFORGIA *Tutela della salute e sicurezza, benessere dei lavoratori e legalità: interconnessioni organizzative e giuridiche* 125

EDITORIALE

Con la pubblicazione del primo saggio, vede oggi la luce “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, Rivista dell'Osservatorio Olympus.

“Diritto della Sicurezza sul Lavoro” è una Rivista scientifica “on line” che pubblica fascicoli semestrali ad incremento con contributi scientifici originali dedicati specificamente al Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro. Al termine di ogni semestre sarà disponibile il fascicolo completo.

“Diritto della Sicurezza sul Lavoro” intende valorizzare e sviluppare l'esperienza avviata nel 2011 con “I Working Papers di Olympus”, i cui lusinghieri riscontri hanno confermato il diffuso interesse per le problematiche giuridiche della salute e della sicurezza dei lavoratori.

“Diritto della Sicurezza sul Lavoro” si colloca fra le iniziative dell'Osservatorio “Olympus” del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino Carlo Bo (<http://olympus.uniurb.it>) e mira ad approfondire l'attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall'Osservatorio ed a contribuire alla diffusione di una cultura sempre più evoluta della prevenzione dai rischi connessi al lavoro.

Urbino, 23 giugno 2016

La figura complessa del datore di lavoro per la sicurezza nelle università tra “vecchio” e “nuovo” diritto^{**}

di Paolo Pascucci*

SOMMARIO: 1. La storia infinita. – 2. Se quasi 18 anni vi sembrano pochi. – 3. Un ulteriore motivo per aggiornare la disciplina. – 4. Il datore di lavoro nelle università nel d.m. n. 363/1998. – 4.1. Gli obblighi datoriali speciali del solo Rettore. – 4.2. Gli obblighi datoriali generali (del Rettore e degli altri datori di lavoro). – 4.3.1. Il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio: il ruolo datoriale concorrente. – 4.3.2. Il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio: il ruolo di dirigente. – 4.3.3. Ancora sulla figura del Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio. – 5. Il datore di lavoro nello schema del nuovo decreto ministeriale. – 5.1. Gli obblighi del datore di lavoro nello schema del nuovo decreto ministeriale: gli obblighi del Coordinatore dei datori di lavoro. – 5.2. Il Responsabile delle attività ed i suoi obblighi. – 5.3. La presunta responsabilità datoriale del Responsabile delle attività (e del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio). – 5.3.1. L'esclusiva responsabilità datoriale per la valutazione dei rischi. – 5.3.2. Dubbi di incostituzionalità. – 6. Il datore di lavoro nell'università quale pubblica amministrazione. – 7. Il ruolo del Consiglio di amministrazione. – 8. Governo della complessità datoriale e responsabilità. – 9. Complessità datoriale e sistema della prevenzione: principio di effettività e importanza dei ruoli. – 10. La diffusione delle responsabilità.

1. *La storia infinita*

Il tema della sicurezza sul lavoro nell'università¹ si rivela complesso fin dalle fonti della materia, a proposito delle quali emerge quella che si può definire la tensione senza fine tra il vecchio ed il nuovo diritto della prevenzione.

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

** Questo scritto costituisce la rielaborazione della relazione dal titolo *La figura complessa del datore di lavoro per la sicurezza nelle università nel quadro del d.lgs. n. 81/2008* presentata al Convegno su “La sicurezza del lavoro nell'ambito dell'Università. Soggetti coinvolti, funzioni, responsabilità”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Modena, 30 ottobre 2015).

¹ Su cui v. A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell'università: individuazione e responsabilità*, in “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, 2015, p. 267 ss.; A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università tra regolamento interno e modello organizzativo*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 11/2012, <http://olympus.uniurb.it>; S. ROMANELLI, *Le università*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in “Diritto del lavoro”, Commentario diretto da F. CARINCI, Torino, Utet, 2007, VIII, p. 153 ss.; T. CHIARA, E. GIROLETTI, *Università sicura: si può fare un ponte senza l'altra sponda? Riflessioni sull'attuazione del decreto legislativo n. 626/94 e sul decreto ministeriale n. 363/98*, in “Lavoro e previdenza oggi”, 2000, I, p. 21 ss.; F. STOLFA, *Sicurezza nelle scuole e nelle università*, in “Igiene e sicurezza del lavoro”, 1999, p. 468 ss.; A. ZINI, *La sicurezza del lavoro nelle strutture scolastiche e universitarie*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 1999, p. 169 ss.; M.

Si tratta di un aspetto che non riguarda soltanto le università, ma quelle pubbliche amministrazioni (e non solo) per le quali l'art. 3, comma 2, primo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, sulla scorta dell'art. 2, paragrafo 2, della direttiva quadro n. 89/391/CE², ha previsto una disciplina speciale di adeguamento rispetto alle proprie disposizioni.

Il suddetto art. 3 ha infatti stabilito che, nei confronti di una serie fin troppo lunga di enti, le disposizioni del decreto del 2008 siano applicate tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative³, mediante decreti ministeriali da emanare, previo parere della Conferenza Stato-Regioni e sentite le parti sociali, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, restando fino ad allora provvisoriamente in vigore i vecchi decreti ministeriali emanati per quegli enti sulla base dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 626/1994⁴.

Il termine per l'emanazione dei decreti di adeguamento è stato ripetutamente prorogato fino a che, con il d.l. n. 57/2012 è divenuto esclusivamente ordinatorio: infatti, da un lato, la temporanea e provvisoria vigenza dei vecchi decreti *ex* d.lgs. n. 626/1994 è stata subordinata non più alla scadenza del termine temporale per l'emanazione di quelli nuovi, bensì all'effettiva emanazione di questi; da un altro lato, è stata soppressa la previsione dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008

LAI, *Sicurezza nelle Università: soggetti responsabili*, in “Igiene e sicurezza del lavoro”, 1999, VII, p. 337; E. PRIMERANO, *Sicurezza nelle Università. Il responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio*, in “Igiene e sicurezza del lavoro”, 1999, III, p. 133 ss.; V. RIGANTI, *Il ruolo del docente e del ricercatore nella tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in Università*, in “Lavoro e previdenza oggi”, 1998, p. 1635 ss. Per inquadramenti di carattere generale delle questioni della tutela della salute e sicurezza sul lavoro v. G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in “Enciclopedia del diritto”, Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1073 ss.; P. PASCUCCI, voce *Salute e sicurezza sul lavoro*, in “Diritto on line”, Treccani, <http://www.treccani.it/enciclopedia/salute-e-sicurezza-sul-lavoro>.

² La quale stabilisce la propria inapplicabilità quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongano in modo imperativo, dovendosi comunque anche in tal caso vigilare affinché la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della direttiva. V. L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Utet giuridica, 2015, p. 63 ss.

³ Come osservato da S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 153, l'applicazione della disciplina della sicurezza sul lavoro nelle università «deve fare i conti con la particolare organizzazione del lavoro, caratterizzata da una spiccata autonomia dei docenti e dei ricercatori che spesso svolgono la propria attività anche in più strutture e che presentano un particolare stato giuridico». Sulle specificità delle università v. anche T. CHIARA, E. GIROLETTI, *Università sicura*, cit., p. 21 ss.

⁴ Cfr. 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*, Milano, Utet giuridica, 2010, p. 113 ss.; P. MONDA, *Il campo di applicazione oggettivo*, 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 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 91 ss.; O. BONARDI, *Art. 3. Commento*, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi comuni, La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 85 ss.; V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del D.Lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 486 ss.

secondo cui, decorso inutilmente il termine temporale, avrebbero trovato applicazione le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008⁵.

Per le università, la vicenda dell'emanazione del nuovo decreto ministeriale di adeguamento meriterebbe di essere annoverata tra le sequenze del capolavoro cinematografico di Wolfgang Petersen "La storia infinita". Infatti, non essendo stato a tutt'oggi emanato alcun nuovo decreto, la disciplina della sicurezza sul lavoro in quest'ambito si rinviene ancora nel d.m. 5 agosto 1998, n. 363, nonostante che da qualche tempo stiano circolando bozze di un nuovo decreto non ancora approvato⁶.

2. *Se quasi 18 anni vi sembran pochi*

Come si avrà modo di vedere fra poco, l'inesorabile scorrere degli anni – e ormai quasi 18⁷ non sono affatto pochi – sta rivelando la crescente distanza tra le regole speciali della fine del vecchio secolo e quelle generali apparse nel primo decennio del nuovo, non dovendosi dimenticare che il d.lgs. n. 81/2008, pur ponendosi in una linea di continuità con il d.lgs. n. 626/1994, ha tuttavia comportato non poche innovazioni e non solo di dettaglio.

Senza potersi qui diffondere sui vari aspetti innovativi introdotti dal d.lgs. n. 81/2008⁸, basterà brevemente richiamare, tra l'altro: *a)* la dimensione universalistica nella quale esso inquadra il destinatario della tutela – il lavoratore – sganciandolo dai limiti definatori delle tipologie contrattuali⁹; *b)* l'accentuazione del profilo di effettività nella individuazione dei principali soggetti titolari delle posizioni di garanzia, in particolare il datore di lavoro¹⁰; *c)* il crescente risalto della

⁵ P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il titolo I del d.lgs. n. 81/2008 (aggiornato alla l. 30 ottobre 2014, n. 161)*, Fano, Aras edizioni, 2014, pp. 28-29.

⁶ Per alcune considerazioni sul parere formulato il 22 aprile 2011 dal Consiglio di Stato sullo schema del nuovo decreto v. A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., p. 5 ss.

⁷ Tanti ne sono trascorsi dall'emanazione del d.m. n. 363/1998, senza dire che otto di questi sono quelli passati dall'emanazione del d.lgs. n. 81/2008.

⁸ P. PASCUCCI, *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, <http://olympus.uniurb.it>, nonché in A. PERULLI-V. BRINO (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, Padova, Cedam, 2012, p. 1 ss.

⁹ 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» (art. 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008). Sul punto cfr., tra gli altri, P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: le definizioni (art. 2, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81)*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 78 ss.; M. MARTINELLI, *L'individuazione e le responsabilità del lavoratore in materia di sicurezza sul lavoro*, in "I Working Papers di Olympus", n. 37/2014, <http://olympus.uniurb.it>.

¹⁰ 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» (art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008). Sulla figura datoriale v. *amplius* C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015.

portata del principale obbligo datoriale – la valutazione dei rischi – di cui si definisce più puntualmente non solo l’oggetto, ma anche la metodologia, posta direttamente in correlazione con l’assetto della struttura dell’organizzazione aziendale¹¹; d) la maggiore centralità della formazione, sia per quanto attiene ai suoi contenuti ed ai suoi destinatari, sia per il nuovo rilievo che, grazie alla sua pregnante definizione nell’art. 2 del d.lgs. n. 81/2008¹², essa gioca nella stessa configurabilità delle posizioni di garanzia dei principali collaboratori del datore di lavoro; e) la speciale attenzione per tutti i rischi di “nuova generazione”, sia di tipo psichico (con l’emersione della questione dello stress lavoro correlato¹³) sia di tipo sociale (età, genere, provenienza geografica, tipologia contrattuale) che trascendono la tradizionale connotazione oggettiva del rischio legata alla prestazione di lavoro ed appunto al suo oggetto, evidenziando l’importanza del profilo soggettivo di chi rende quella prestazione¹⁴; f) la crescente importanza, considerando la dimensione bio-psico-sociale della nozione di “salute” accolta dal d.lgs. n. 81/2008¹⁵, di quello che si può definire il benessere organizzativo, vale a dire la capacità di un’organizzazione di fondarsi su di un sistema di relazioni virtuose tra le persone che vi operano, così garantendone il più alto grado di benessere fisico, psicologico e sociale e nel contempo ottimizzando le proprie *performance*¹⁶: un concetto – quello del benessere organizzativo – che, se dal d.lgs. n. 81/2008 traspare indirettamente, emerge tuttavia esplicitamente in quelle disposizioni legislative che pongono in stretta relazione il benessere dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni con la produttività delle stesse (artt. 7 e 57 del d.lgs. n. 165/2001; art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 150/2009; art. 20, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013)¹⁷.

¹¹ La «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, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza» (art. 2, lett. g, del d.lgs. n. 81/2008). Sul punto cfr. E. GRAGNOLI, *Art. 28. Commento*, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi comuni*, cit., p. 392 ss.

¹² Il «processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi» (art. 2, lett. aa, del d.lgs. n. 81/2008). Sul punto cfr. R. DEL PUNTA, *Art. 37. Commento*, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi comuni*, cit., p. 441 ss.

¹³ Su cui, tra gli altri, cfr. R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, EUT, 2012; L. ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato Profili normativi e metodiche di valutazione. Atti del Convegno di Urbino dell’8 novembre 2013*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 31/2014, <http://olympus.uniurb.it>.

¹⁴ Cfr. l’art. 28 del d.lgs. n. 81/2008.

¹⁵ Lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o d’infermità» (art. 2, lett. o, del d.lgs. n. 81/2008).

¹⁶ F. AVALLONE e M. BONARETTI (a cura di), *Benessere Organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2003, p. 24.

¹⁷ 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.; P.

Orbene, come possono conciliarsi questi nuovi ed evoluti principi con regole vecchie di oltre tre lustri emanate in un contesto che non ne poteva tener conto? Sul piano più squisitamente tecnico-giuridico, come si deve interpretare oggi una regola del vecchio decreto ministeriale che disciplini un obbligo legale sussistente allora come ora, ma che oggi è stato ampiamente ridisegnato nel nuovo contesto ordinamentale (si pensi alla valutazione dei rischi o alla formazione)? Non lo interpreterà la giurisprudenza alla stregua dei nuovi principi?

Per esemplificare ulteriormente, quando l'art. 4, comma 1, lett. e, del d.m. n. 363/1998 impone al datore di lavoro di provvedere allo svolgimento di tutte le funzioni «attribuitegli dalla legge che non abbia espressamente delegato», si potrebbe forse lontanamente ipotizzare che tali deleghe oggi possano essere conferite al di fuori della specifica cornice regolativa predisposta dall'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008?¹⁸

A ben guardare, la “minaccia” prevista nel testo originario dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2008 di rendere applicabili tutte le disposizioni di tale decreto ove non fossero stati tempestivamente emanati i decreti ministeriali di adeguamento tendeva proprio a segnalare l'importanza dell'innovatività del decreto medesimo, che non poteva tollerare atteggiamenti dilatori tesi nei fatti a vanificarla¹⁹.

In ogni caso, pare ragionevole affermare che là dove particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative di alcune amministrazioni richiedano norme regolamentari speciali di adeguamento rispetto alla disciplina generale del d.lgs. n. 81/2008, tali norme speciali possono sì adattare al caso di specie le regole della disciplina legislativa “madre”, senza tuttavia poterle stravolgere totalmente i principi fondamentali. Ad imporlo, oltre al buon senso, è la stessa direttiva quadro europea là dove richiede comunque che la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della direttiva.

Obiettivi che oggi, nel nostro ordinamento, sono attualizzati dal d.lgs. n. 81/2008 e non più dal d.lgs. n. 626/1994.

PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, di prossima pubblicazione in “Prisma”, 2016.

¹⁸ Sebbene i requisiti per la validità e l'efficacia della delega di funzioni previsti dall'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 ricalchino nella sostanza quelli che in precedenza, in assenza di un'espressa disposizione legislativa, erano stati elaborati dalla giurisprudenza, la loro definizione nella norma *de qua* risulta assai più puntuale e dettagliata.

¹⁹ Come ricorda S. ROMANELLI, *Le università*, cit., pp. 154-155, la questione dell'applicabilità o meno della disciplina generale del d.lgs. n. 626/1994 in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale di adeguamento si era già posta, propendendosi in dottrina per la soluzione affermativa: cfr. in generale 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, pp. 84-85. Ovviamente, nel caso del d.lgs. n. 81/2008 il problema si pone diversamente stante la ultrattività del d.m. n. 363/1998.

3. Un ulteriore motivo per aggiornare la disciplina

Nello specifico caso delle università un altro importante elemento rende sempre più indifferibile il nuovo intervento regolativo in materia di prevenzione.

Come da tempo è stato messo in luce, la realizzazione di un efficace sistema di prevenzione nei luoghi di lavoro evoca necessariamente un’attenta considerazione della dimensione organizzativa²⁰, la cui importanza strategica è stata fra l’altro esaltata a chiare lettere dallo stesso d.lgs. n. 81/2008 sia nelle sue principali definizioni (lavoratore, datore di lavoro, azienda, valutazione dei rischi) sia in tutte le disposizioni che delineano la metodologia per fare prevenzione²¹.

Ebbene, oltre a fondarsi su di una fonte legislativa ormai abrogata, il d.m. n. 363/1998 tiene conto di una dimensione organizzativa delle università che nel frattempo è stata profondamente modificata dalla l. n. 240/2010 e dalla sua attuazione nei vari atenei²².

Una riforma che, incidendo in modo significativo sia sulla struttura delle università sia sui meccanismi del loro funzionamento, non può non essere considerata nel momento in cui, affrontando la questione della prevenzione nei luoghi di lavoro, si chiama necessariamente in causa l’organizzazione degli stessi, dove quest’ultima evoca non solo il contesto fisico e spaziale, ma anche l’insieme delle regole e dei processi nel cui ambito i lavoratori effettuano la propria prestazione e che, a ben guardare, costituisce la prima fonte dei rischi.

4. Il datore di lavoro nelle università nel d.m. n. 363/1998

Passando ad analizzare il tema nello specifico, l’art. 2, comma 1, del d.m. n. 363/1998 stabilisce che il datore di lavoro per la sicurezza venga individuato²³, mediante apposito provvedimento dell’università, nel Rettore o nel soggetto di vertice di ogni singola struttura o raggruppamento di strutture omogenee, qualificabile come unità produttiva ai sensi dello stesso articolo, dotata di poteri di spesa e di gestione. Per tutte le altre strutture prive di tali poteri e per quelle di uso comune, il datore di lavoro è comunque il Rettore.

Per “unità produttive” il successivo comma 2 intende le strutture amministrative, le presidenze di facoltà, i dipartimenti, gli istituti, i centri di servizio o di assistenza, le aziende universitarie istituite ai sensi dell’art. 4, comma 5, del

²⁰ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1989, 3^a ed.

²¹ P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009*, cit., p. 4 ss.

²² Cfr. 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.

²³ Come osserva S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 155, la questione della individuazione della figura datoriale prevenzionistica nelle università risulta condizionata dalle peculiarità di tale ambito, tra cui spiccano, sul piano organizzativo, un «accentuato policentrismo» che si ispira «al principio di autonomia più che a quello gerarchico» e l’articolazione in «molteplici entità».

d.lgs. n. 502/1992, nonché ogni altra struttura singola o aggregazione di strutture omogenee, dotate di poteri di spesa e di gestione, istituite dalle università ed individuate negli atti generali di ateneo.

Correlando il comma 2 con il comma 1, ciò significa che l'apposito provvedimento dell'università citato in quest'ultimo comma – che assume la veste di un atto di alta organizzazione *ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001*²⁴ – può individuare come datore di lavoro o il Rettore oppure i vari soggetti posti al vertice di tali unità produttive²⁵, ferma restando in ogni caso la posizione di garanzia datoriale del Rettore per tutte le strutture non inquadrabili come vere e proprie unità produttive.

Non si deve però trascurare che, ai sensi del comma 5 della stessa norma, emerge un'altra figura che, stando a quanto prevede specialmente l'art. 4, comma 1, lett. *a*, parrebbe condividere almeno in parte la posizione di garanzia datoriale: si tratta del Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio²⁶, cioè colui che, individualmente o come coordinatore di gruppo, svolge attività didattiche o di ricerca in laboratorio.

Già questi primi dati indicano come la posizione di garanzia datoriale nelle università possa assumere una dimensione alquanto complessa.

4.1. *Gli obblighi datoriali speciali del solo Rettore*

Se si eccettuano i casi – per la verità, di scuola – in cui il provvedimento dell'università non abbia individuato il Rettore come datore di lavoro e nel contempo non esistano strutture non inquadrabili come unità produttive (e, quindi, solo ove il provvedimento abbia individuato come datori di lavoro i responsabili delle unità produttive), in capo al Rettore si configura comunque il ruolo di datore di lavoro per la sicurezza.

Ciò è comprovato dal fatto che, per quanto attiene agli obblighi del datore di lavoro, il d.m. n. 363/1998, oltre a quelli “generali” che incombono su chiunque rivesta tale qualifica (art. 4), ne assegna alcuni “speciali” esclusivamente al Rettore inteso come datore di lavoro e quale presidente del Consiglio di amministrazione dell'ateneo. Ai sensi dell'art. 3, tali obblighi speciali gravanti solo sul Rettore sono: *a)* l'assicurazione del coordinamento delle attività dei servizi di prevenzione e

²⁴ L. IEVA, *Sicurezza: responsabilità del datore di lavoro pubblico*, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2009, p. 1182; P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, 2009, p. 577.

²⁵ Secondo S. ROMANELLI, *Le università*, cit., pp. 155-156, questa possibilità di scelta, pur funzionale al principio di autonomia delle università, appare discutibile rispetto al principio generale di individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni (su quest'ultimo aspetto v. *infra* § 7).

²⁶ E. PRIMERANO, *Sicurezza nelle Università*, cit., p. 133 ss.

protezione²⁷ e l’effettuazione della riunione periodica di prevenzione e protezione dai rischi²⁸; b) la presentazione periodica al Consiglio di amministrazione, per le determinazioni di competenza, del piano di realizzazione progressiva degli adeguamenti di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 626/1994, tenendo conto delle risultanze della riunione periodica di prevenzione e protezione dai rischi.

4.2. *Gli obblighi datoriali generali (del Rettore e degli altri datori di lavoro)*

In base all’art. 4, gli obblighi e le attribuzioni del datore di lavoro, sia esso il Rettore o altra figura individuata ai sensi dell’art. 2, consistono: a) nella valutazione del rischio per tutte le attività, ad eccezione di quelle svolte in regime di convenzione con enti esterni, come individuate nell’art. 10 (per quanto attiene alle attività specificamente connesse con la libertà di insegnamento o di ricerca che direttamente diano o possano dare origine a rischi, la responsabilità relativa alla valutazione spetta, in via concorrente, al datore di lavoro e al Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio); b) nella nomina del medico competente e, nel caso di nomina di più medici competenti, nell’attribuire ad uno di essi il compito di coordinamento dei medici incaricati; c) nella elaborazione del documento di valutazione dei rischi, con la collaborazione dei Responsabili delle attività didattiche o di ricerca in laboratorio, come previsto dall’art. 5; d) nella nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP); e) nello svolgimento di tutte le altre funzioni, non previste nelle precedenti lettere a, b, c e d, attribuitegli dalla legge che non abbia espressamente delegato.

4.3.1. *Il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio: il ruolo datoriale concorrente*

Come emerge dalle disposizioni appena richiamate, il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio – il cui profilo appare di dubbia interpretazione²⁹ – parrebbe *prima facie* ricoprire un duplice ruolo: datoriale (concorrente) e di dirigente.

Il ruolo di datore di lavoro, in via concorrente con il datore di lavoro “principale”, emerge innanzitutto nell’art. 4, comma 1, lett. a, secondo periodo, per

²⁷ A tale proposito si è rilevato come la norma alluda alla costituzione di molteplici servizi di prevenzione e protezione, per ogni singola unità produttiva, laddove sarebbe più opportuna l’individuazione di un unico servizio articolato nelle varie strutture lavorative: F. STOLFA, *Diritto della sicurezza nel lavoro: Appunti per una ricostruzione critica e sistematica*, Bari, Cacucci, 2001, p. 178; M. LAI, *Sicurezza nelle Università*, cit., p. 340; S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 157.

²⁸ Secondo M. LAI, *Sicurezza nelle Università*, cit., p. 340, la riunione periodica dovrebbe svolgersi anche a livello di unità produttiva. V. anche S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 157.

²⁹ S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 158.

quanto attiene alla valutazione dei rischi che scaturiscano o possano scaturire dalle attività specificamente connesse con la libertà di insegnamento o di ricerca.

Sia per il combinato disposto dell'art. 4, comma 1, lett. *a* e *c*, e dell'art. 5, comma 1, sia per evidenti ragioni logiche e sistematiche, tale responsabilità datoriale concorrente pare assorbire anche l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi, pur sempre limitatamente alle predette attività.

Il fatto che l'art. 4, comma 1, lett. *c*, preveda che l'elaborazione del documento sia effettuata dal datore di lavoro «in collaborazione» con il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio parrebbe a prima vista non comparabile con quanto prevede l'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, secondo cui il datore di lavoro effettua la valutazione dei rischi ed elabora il relativo documento in collaborazione con il RSPP e con il medico competente ove nominato: soggetti, questi ultimi due, che collaborano alla valutazione come consulenti tecnici del datore di lavoro e non come titolari di una posizione di garanzia che sembrerebbe invece ascrivibile in capo al Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio³⁰.

Semmai, invece, sarebbe l'art. 5, comma 1, a presentare forti analogie con l'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 là dove prevede che, ai fini della valutazione del rischio e dell'individuazione delle conseguenti misure di prevenzione e protezione, il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio – così come il datore di lavoro nella disciplina legislativa generale – collabora con il servizio di prevenzione e protezione, con il medico competente e con le altre figure previste dalla vigente normativa.

Il ruolo datoriale concorrente del Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio parrebbe evidenziarsi peraltro anche in merito ad un altro obbligo, che emerge nell'art. 5, comma 2. Senza fare alcun riferimento ai limiti delle attribuzioni e competenze conferite, tale norma prevede che il Responsabile della

³⁰ Occorre tuttavia ricordare che il d.lgs. n. 106/2009 ha assoggettato a sanzione penale la mancata collaborazione del medico competente alla valutazione dei rischi (art. 58, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 81/2008), ovviamente solo nel caso in cui a non collaborare sia un medico che doveva essere obbligatoriamente nominato sussistendo in azienda l'obbligo di sorveglianza sanitaria. Desta sconcerto il fatto che, per fattispecie della stessa natura – la collaborazione spiccatamente “consulenziale” alla valutazione dei rischi – il legislatore tratti ingiustificatamente in modo difforme il RSPP (la cui mancata collaborazione non è punita) ed il medico competente (invece assoggettato a sanzione). Al di là del fatto che, stante il carattere consulenziale di tale collaborazione, la sua eventuale omissione non dovrebbe mai essere punita sul piano pubblicistico (ferme restando le possibili diverse considerazioni sul piano civilistico relativamente al rapporto negoziale tra il datore di lavoro ed i suoi consulenti), l'innovazione del 2009 rischia di evidenziare seri profili di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., confondendo la innegabile funzione consulenziale che il medico competente svolge in sede di valutazione dei rischi con quella di garante della sorveglianza sanitaria. In giurisprudenza v. Trib. Pisa, 7 dicembre 2011, n. 1756; Cass. pen. 15 gennaio 2013, n. 1856; Trib. Pisa, 27 aprile 2011, n. 399; tutte in <http://olympus.uniurb.it>. V. anche la risposta ad interpello n. 5/2014, in <http://olympus.uniurb.it>. Sul ruolo del RSPP e del medico competente v. *amplius* 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. 739 ss.

attività didattica o di ricerca in laboratorio, all’inizio di ogni anno accademico³¹, prima di iniziare nuove attività e in occasione di cambiamenti rilevanti dell’organizzazione della didattica o della ricerca, identifichi tutti i soggetti esposti a rischio. Si tratta quindi di un obbligo strettamente funzionale a quello della valutazione dei rischi e che, come tale, parrebbe più ascrivibile alle responsabilità datoriali che a quelle dirigenziali.

Infatti, se è vero che, come già accadeva nell’art. 4 del d.lgs. n. 626/1994, anche l’art. 18 del d.lgs. n. 81/2008 identifica insieme gli obblighi del datore di lavoro e dei dirigenti³², è vero pure che esso configura pur sempre quelli di questi ultimi nei limiti delle attribuzioni e competenze ad essi conferite – il che non accade nel predetto art. 5, comma 2 – e non fa menzione alcuna di un obbligo quale quello appena richiamato.

Su tutto ciò, però, si tornerà più avanti in maniera più diffusa.

4.3.2. Il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio: il ruolo di dirigente

In secondo luogo, il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio sembrerebbe rivestire un ruolo dirigenziale per la sicurezza³³.

Ciò emerge, in coerenza con quanto si è appena detto in ordine alla configurazione degli obblighi del dirigente da parte dell’art. 18 del d.lgs. n. 81/2008, nell’art. 5, comma 3, del regolamento del 1998, il quale prevede in via particolare (e, quindi, mediante un elenco esemplificativo) che il Responsabile della attività didattica o di ricerca, appunto nei limiti delle proprie attribuzioni e competenze, deve: *a)* attivarsi al fine di eliminare o ridurre al minimo i rischi in relazione alle conoscenze del progresso tecnico, dandone preventiva ed esauriente informazione al datore di lavoro; *b)* attivarsi, in occasione di modifiche delle attività significative per la salute e per la sicurezza degli operatori, affinché venga aggiornato il documento di valutazione dei rischi; *c)* adottare le misure di prevenzione e protezione, prima che le attività a rischio vengano poste in essere; *d)* attivarsi per la vigilanza sulla corretta applicazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi; *e)* frequentare i corsi di formazione ed aggiornamento organizzati dal datore di lavoro con riferimento alla propria attività ed alle specifiche mansioni svolte.

La responsabilità tipica dirigenziale affiora poi nel successivo art. 6, dedicato alla formazione ed informazione, secondo il quale, ferme restando le attribuzioni di legge del datore di lavoro in materia di formazione ed informazione dei

³¹ Per alcune considerazioni sul rilievo dell’inizio dell’anno accademico v. V. RIGANTI, *Il ruolo del docente e del ricercatore*, cit., p. 1642.

³² F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 245 ss.; ID., *L’individuazione e le responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza sul lavoro*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 33/2014, <http://olympus.uniurb.it>.

³³ Cfr. M. LAI, *Sicurezza nelle Università*, cit., pp. 340-341, secondo il quale la figura presenta anche tratti tipici del preposto.

lavoratori, anche il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio, nell'ambito delle proprie attribuzioni, provvede direttamente, o avvalendosi di un qualificato collaboratore, alla formazione ed informazione di tutti i soggetti esposti sui rischi e sulle misure di prevenzione e protezione che devono essere adottate, al fine di eliminarli o ridurli al minimo in relazione alle conoscenze del progresso tecnico, dandone preventiva ed esauriente informazione al datore di lavoro.

Inoltre il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio deve informare tutti i propri collaboratori sui rischi specifici connessi alle attività svolte e sulle corrette misure di prevenzione e protezione, sorvegliandone e verificandone l'operato, con particolare attenzione nei confronti degli studenti e dei soggetti ad essi equiparati.

4.3.3. *Ancora sulla figura del Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio*

La nutrita serie di obblighi – datoriali concorrenti e dirigenziali – del Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio evidenzia la necessità di definire meglio i contorni di tale figura che assume un ruolo davvero centrale nel sistema di prevenzione delle università.

Tale opera di definizione non può non incentrarsi sul concetto di “laboratorio” quale è individuato nell'art. 2, comma 3, del d.m. n. 363/1998.

Quest'ultimo considera in primo luogo come “laboratori” i luoghi o gli ambienti in cui si svolgono attività didattica, di ricerca o di servizio che comportano l'uso di macchine, di apparecchi ed attrezzature di lavoro, di impianti, di prototipi o di altri mezzi tecnici, ovvero di agenti chimici, fisici o biologici. Inoltre considera “laboratori” i luoghi o gli ambienti ove si svolgono attività al di fuori dell'area edificata della sede, quali, ad esempio, campagne archeologiche, geologiche, marittime. Infine, i “laboratori” si distinguono in laboratori di didattica, di ricerca, di servizio, sulla base delle attività svolte e, per ognuno di essi, considerata l'entità del rischio, vengono individuate specifiche misure di prevenzione e protezione, tanto per il loro normale funzionamento che in caso di emergenza, e misure di sorveglianza sanitaria.

Il concetto di “laboratorio” accolto dal decreto ministeriale del 1998 ricalca quello che, in perfetta continuità con quanto era previsto dal d.lgs. n. 626/1994, compare anche nell'art. 2, lett. a, secondo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, là dove equipara ai lavoratori gli allievi degli istituti di istruzione ed universitari nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le apparecchiature fornite di videoterminali limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alla strumentazioni o ai laboratori in questione.

Ne consegue che l'attività didattica o di ricerca in laboratorio che viene in luce per l'individuazione del relativo responsabile è quella che emerge in tutti i luoghi identificabili come “laboratori” ai sensi della definizione citata.

Chiarito ciò, emerge tuttavia un altro problema. Infatti, come si è visto, il Responsabile della attività didattica o di ricerca in laboratorio è investito dal regolamento del 1998 di una corposa serie di importanti obblighi che presuppongono necessariamente il possesso di poteri gestionali e di spesa che non possono essere esercitati da chi invece – come prevede la definizione della figura di cui all’art. 2, comma 5 – semplicemente svolge, individualmente o come coordinatore di gruppo, attività didattiche o di ricerca in laboratorio.

Per suffragare le responsabilità ascritte al soggetto in esame, la definizione di cui all’art. 2, comma 5, dovrebbe essere necessariamente interpretata alla luce di quanto il decreto prevede appunto in merito ai suoi doveri ed ai correlativi poteri. Diversamente le funzioni attribuite al Responsabile dell’attività didattica e di ricerca in laboratorio rischierebbero di risolversi in non molto di più di una mera consulenza tecnica al datore di lavoro, non comprendendosi tuttavia come potrebbe tale soggetto esercitare le funzioni che richiedono il possesso di chiari e definiti poteri (v. l’art. 5, comma 3). Per altro verso, si rischierebbe talora di addossare le ingenti responsabilità connesse alla figura in esame a chi, come un docente, svolge semplicemente attività didattica in un laboratorio.

La necessità del possesso dei predetti poteri è suffragata sia dal fatto che l’art. 5, comma 3, prevede che le funzioni (dirigenziali) sono esercitate dal soggetto in questione nei limiti delle sue attribuzioni e competenze, sia dalla constatazione che le funzioni datoriali concorrenti (valutazione dei rischi) non possono essere ascrivibili a chi non disponga di veri e propri poteri strategici in merito all’organizzazione del lavoro. Ma su tutto ciò si tornerà fra breve.

La figura del Responsabile dell’attività didattica e di ricerca in laboratorio parrebbe attagliarsi a diversi soggetti, tra i quali tuttavia non sembrano annoverabili gli attuali Direttori di dipartimento, mancando, nel caso del Responsabile dell’attività didattica e di ricerca in laboratorio, la responsabilità di una struttura qualificabile come “unità produttiva”: è infatti essenzialmente (ma non solo) ai Direttori di dipartimento che allude l’art. 2, commi 1 e 2, del d.m. n. 363/1998 quando si riferisce ai soggetti di vertice di strutture che, se qualificabili come “unità produttive” in quanto dotate di poteri di spesa e di gestione, possono essere eventualmente individuati dal provvedimento dell’ateneo come datori di lavoro per la sicurezza a fianco del Rettore.

Ove non siano individuati come datori di lavoro mediante tale provvedimento, i Direttori di dipartimento paiono comunque inquadrabili come dirigenti per la sicurezza³⁴. Il che, allora, indurrebbe a pensare ad una posizione di garanzia di livello inferiore per il Responsabile della didattica e della ricerca in

³⁴ L’art. 2, lett. d, del d.lgs. n. 81/2008 definisce il dirigente come la «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l’attività lavorativa e vigilando su di essa».

laboratorio – quella di preposto³⁵ – sebbene, come si è visto, il decreto tenda problematicamente ad accreditarne una dimensione dirigenziale e talora addirittura datoriale (ancorché concorrente)³⁶.

5. Il datore di lavoro nello schema del nuovo decreto ministeriale

Esaminate le previsioni della vecchia disciplina tuttora vigente, conviene ora dare uno sguardo anche a quella che presumibilmente ne dovrebbe prendere il posto. Nella seduta del 3 marzo 2011, la Conferenza Stato-Regioni ha espresso parere favorevole sullo schema del nuovo regolamento nella nuova formulazione pervenuta dal MIUR il 22 febbraio 2011 e diramato il 23 febbraio 2011, il cui testo ufficiale non è però rinvenibile nel sito della Conferenza, dovendocisi quindi affidare ad una bozza presumibilmente ufficiale circolante “in rete” che presenta alcune differenze rispetto ad un’altra bozza parimenti rinvenibile “in rete” e che, rispetto a quest’ultima, pare costituire un’evoluzione non foss’altro perché vi compaiono cancellature di parole che figurano invece integralmente nell’altra bozza.

Ferma restando quindi la necessità di parlare di tutto ciò con beneficio di inventario, lo schema del nuovo decreto stabilisce che, nell’esercizio della propria autonomia e nel rispetto di quanto stabilito dall’art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008³⁷, le università e gli istituti d’istruzione universitaria, mediante i propri organi di governo, possono individuare o un unico datore di lavoro o una pluralità di datori di lavoro³⁸. Nel primo caso, deve essere individuato come datore di lavoro il Rettore dell’università ovvero il legale rappresentante degli istituti di istruzione

³⁵ V. M. LAI, *Sicurezza nelle Università*, cit., pp. 340-341. L’art. 2, lett. *e*, del d.lgs. n. 81/2008 definisce il preposto come la «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l’attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa». Secondo A. ZINI, *La sicurezza del lavoro nelle strutture scolastiche e universitarie*, cit., pp. 174-175, è verosimile che la figura del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio corrisponda ai docenti ed ai ricercatori «preposti ad attività collettive di studio o di ricerca con possibile esposizione a rischi specifici derivanti dalle stesse».

³⁶ Secondo S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 160, nell’incertezza dell’individuazione della figura in esame, si potrebbe ipotizzare che il decreto ministeriale «abbia inteso individuare un *quartum genus* di soggetto responsabilizzato a fini prevenzionali», a meno che, come rilevato da F. STOLFA, *Diritto della sicurezza nel lavoro*, cit., p. 179, non si ricostruisca la figura in termini di delega di funzioni operata *ex lege* (*rectius, ex decreto*). In giurisprudenza, sulle responsabilità di soggetti configurabili quali quello in esame cfr. Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 3444, in <http://olympus.uniurb.it>; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2005, n. 10243, in “Igiene e sicurezza del lavoro”, 2005, p. 402.

³⁷ Su tale norma generale cfr., tra gli altri, A. RICCARDI, *Pubblica amministrazione e sicurezza sul lavoro: l’individuazione del datore di lavoro e del committente*, in M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, Cacucci, 1999, pp. 225 ss.

³⁸ Questa seconda possibilità nella bozza presumibilmente più evoluta è peraltro condizionata alla sussistenza di comprovate necessità organizzative riconosciute come tali con delibera dello stesso organo di governo dell’ateneo.

universitaria. Nel secondo caso, possono essere individuati come datori di lavoro i soggetti di vertice di una singola struttura o di un raggruppamento di strutture omogenee, qualificabili come unità produttiva ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *t*, del d.lgs. n. 81/2008, in quanto detti soggetti di vertice esercitano effettivamente i relativi poteri decisionali e di spesa³⁹. Quest'ultima precisazione, esattamente ricalcata dalla previsione dell'art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008, è assolutamente decisiva e significa che l'individuazione dei Direttori di dipartimento (quale unità produttiva) come datori di lavoro può avvenire solo alle condizioni di effettività di cui all'art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008, consistenti nel fatto che il soggetto sia responsabile dell'organizzazione in quanto appunto esercita i poteri decisionali e di spesa – beninteso – pertinenti alla gestione della sicurezza sul lavoro⁴⁰.

In caso di omessa individuazione del datore di lavoro o di individuazione non conforme ai criteri di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008, o in caso di individuazione di una pluralità di datori di lavoro che non possiedano effettivamente la adeguata autonomia decisionale e di spesa, per datore di lavoro si intende sempre il Rettore dell'università o il legale rappresentante dell'istituto di istruzione universitaria.

Il Rettore è comunque individuato come datore di lavoro di tutti i luoghi di lavoro non riconducibili alle unità produttive e dei relativi lavoratori. Nella versione dello schema presumibilmente più evoluta si dice che al Rettore spetta promuovere momenti di coordinamento tra le attività di tutti i datori di lavoro individuati, mentre nell'altra bozza gli si attribuisce un vero e proprio ruolo di Coordinatore dei datori di lavoro.

Specifiche previsioni per la configurazione del datore di lavoro valgono poi per alcune ipotesi particolari⁴¹. Quindi anche nella emananda disciplina, e forse

³⁹ Secondo A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., p. 5, in questo caso occorrerebbe «un'apposita delibera del Consiglio di Amministrazione, nella nuova configurazione, in quanto la materia rientra nelle decisioni di “indirizzo strategico” dell'ente (art. 2, comma 1, lett. *b*, della l. n. 240/2010)».

⁴⁰ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici*, cit., p. 586.

⁴¹ Nelle aziende ospedaliere universitarie integrate ex art. 2 del d.lgs. n. 517/1999, il Direttore generale svolge le funzioni di datore di lavoro anche nei confronti di tutti i lavoratori degli Enti che svolgano presso la stessa la propria attività. In ipotesi di distacco presso terzi di lavoratori degli Enti, e viceversa, gli obblighi di sicurezza e salute sul lavoro relativi alla attività svolta durante il periodo di distacco sono a carico del distaccatario (a questi esclusivi fini e nei limiti sopra indicati, per datore di lavoro si intende il datore di lavoro distaccatario). In caso di lavoratori degli Enti che prestino servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, e viceversa, gli obblighi di sicurezza sono a carico del datore di lavoro dell'ente ospitante. Nei confronti di lavoratori a progetto le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 e del presente decreto si applicano esclusivamente se la prestazione lavorativa si svolge nei luoghi di lavoro dell'ente committente e per datore di lavoro di questi lavoratori si intende il datore di lavoro di tale ente (si consideri tuttavia che, almeno con riferimento al settore privato, il lavoro a progetto è stato recentemente soppresso dal d.lgs. n. 81/2015: sul punto cfr. C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 41/2015, <http://olympus.uniurb.it>). Nei confronti degli studenti dei corsi universitari, dei corsi di perfezionamento, dei master, dei corsi dei dottorati di ricerca, dei corsi di specializzazione, nei confronti degli allievi dei corsi post dottorato, dei tirocinanti, dei borsisti, degli assegnisti, degli studenti dei corsi delle istituzioni di alta formazione artistica musicale e coreutica e, comunque, dei

anche più di quanto emerge nel decreto del 1998, è indiscutibile la complessità della posizione di garanzia datoriale.

5.1. *Gli obblighi del datore di lavoro nello schema del nuovo decreto ministeriale: gli obblighi del Coordinatore dei datori di lavoro*

La complessità che emerge da tali previsioni, specialmente là dove si traduce in una pluralità di datori di lavoro, richiede necessariamente un sistema di governo.

A tale proposito, tra le due bozze esaminate esistono sensibili differenze.

La bozza presumibilmente più datata stabilisce che al Rettore, quale Coordinatore dei datori di lavoro, oltre agli obblighi che gli derivano dall'essere il datore di lavoro di tutti i luoghi di lavoro non riconducibili alle unità produttive, sono attribuiti i seguenti doveri: *a)* organizzare il servizio centrale di prevenzione e protezione, designare il responsabile dello stesso e provvedere affinché coordini l'attività dei responsabili dei singoli servizi di prevenzione e protezione; *b)* nominare il medico o i medici competente/i e provvedere affinché sia assicurato il coordinamento delle attività di sorveglianza sanitaria; *c)* nominare l'esperto o gli esperti qualificato/i e le altre figure previste dalla normativa vigente in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro; *d)* effettuare, in adempimento a quanto previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 81/2008, la riunione annuale alla quale partecipino gli altri datori di lavoro individuati dagli organi di governo, il responsabile del servizio centrale di prevenzione e protezione, gli eventuali altri responsabili dei servizi di prevenzione e protezione, i medici competenti, gli esperti qualificati e i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, nella quale si stabiliscono modi e tempi della programmazione delle misure generali di tutela; *e)* presentare periodicamente al Consiglio di amministrazione, per le determinazioni di competenza, il piano di realizzazione delle misure generali di tutela di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 81/2008, così come programmate nella riunione periodica; *f)* emanare un regolamento sulla salute e sicurezza sul lavoro che, tra l'altro, preveda anche un modello di organizzazione e di gestione per l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, da definire tenendo conto delle particolari esigenze e delle peculiarità organizzative delle università.

La bozza presumibilmente più evoluta risolve invece il problema assegnando al Rettore il compito di: *a)* nominare un RSPP che garantisca il coordinamento per i rischi interferenziali nei luoghi di lavoro con gli altri RSPP nominati dai datori di lavoro delle singole unità produttive; *b)* provvedere al fine di garantire il finanziamento delle attività di sorveglianza sanitaria nelle singole unità produttive; *c)* proporre comuni modelli di organizzazione e di gestione per l'adempimento degli

soggetti ad essi equiparati che svolgano la loro attività presso enti convenzionati, sia pubblici che privati, per datore di lavoro si intende, di regola, il datore di lavoro designato dall'ente ospitante (il datore di lavoro può anche essere di volta in volta altrimenti individuato nelle convenzioni sottoscritte ai sensi del successivo art. 20).

obblighi di cui all’art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, da definire tenendo conto delle particolari esigenze e delle peculiarità organizzative delle università.

5.2. Il Responsabile delle attività ed i suoi obblighi

Anche nello schema del nuovo decreto compare una figura speciale rispetto alla disciplina generale: il Responsabile delle attività, inteso come il soggetto che, individualmente o come coordinatore di un gruppo, dirige (e non più “svolge” come nel vecchio decreto), anche solo di fatto, le attività didattiche, di ricerca, di assistenza e/o di servizi al quale, in ragione dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, spetta il compito di attuare le direttive del datore di lavoro sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, organizzando le attività e vigilando su di esse con la collaborazione dei preposti.

Quella responsabilità dirigenziale che è stata proposta poc’anzi in via interpretativa (anche se un po’ dubitativamente) per il Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio previsto nel d.m. n. 363/1998 qui pare stagliarsi in maniera più nitida⁴², come risulta dall’art. 15, ai sensi del quale il Responsabile delle attività, secondo le attribuzioni e le competenze allo stesso riconosciute, deve attuare i compiti di tutela previsti a carico del dirigente dall’art. 18 del d.lgs. n. 81/2008. Egli in particolare deve: *a)* frequentare i corsi di formazione e aggiornamento periodico organizzati a cura del datore di lavoro finalizzati a fornirgli una adeguata e specifica preparazione; *c)* attivarsi al fine di eliminare o ridurre al minimo, in relazione alle conoscenze del progresso tecnico, anche gli eventuali rischi specifici connessi alle attività di didattica, ricerca, assistenza e/o di servizi svolte; *d)* dare preventiva comunicazione al datore di lavoro e al RSPP, ai fini dell’aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, dell’inizio di nuove attività di didattica, ricerca assistenza e/o di servizi o di cambiamenti rilevanti dell’organizzazione delle stesse; *e)* adottare le misure di prevenzione e protezione, prima che le attività a rischio vengano poste in essere; *f)* provvedere alla informazione, formazione e all’addestramento del personale secondo quanto stabilito nel successivo art. 16; *g)* dirigere e verificare l’operato dei lavoratori coinvolti nelle attività didattiche, di ricerca, di assistenza e/o di servizi, con particolare attenzione nei confronti degli studenti e dei soggetti equiparati.

Oltre a ciò, a tale soggetto spetta: *b)* collaborare con il datore di lavoro, il servizio di prevenzione e protezione, il medico competente, il soggetto di vertice dell’unità produttiva ove svolge le attività, e con le altre figure previste dalla vigente normativa, ai fini della:

⁴² Secondo A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell’Università*, cit., p. 8, sarebbe più opportuna la qualificazione del Responsabile delle attività in termini di preposto, ferma restando peraltro, in omaggio al principio di effettività, la possibilità di una diversa qualificazione da parte del giudice rispetto alle previsioni regolamentari.

- valutazione del rischio connesso all'attività di cui è responsabile e dell'individuazione delle conseguenti misure di prevenzione e protezione, valutazione e individuazione delle quali, per quanto di competenza, risponde insieme al datore di lavoro (vecchia bozza);

- prevenzione del rischio connesso all'attività di cui è responsabile e dell'individuazione delle conseguenti misure di prevenzione e protezione, individuazione delle quali, per quanto di competenza, risponde insieme al datore di lavoro (nuova bozza).

A proposito di ciò occorre innanzitutto considerare che il Responsabile delle attività tendenzialmente sembra non coincidere con il Direttore di dipartimento dato che quest'ultimo – oltre che come soggetto di vertice della struttura qualificabile come unità produttiva ove il Responsabile delle attività svolge le attività – è esplicitamente chiamato a collaborare nella valutazione dei rischi insieme al datore di lavoro, allo stesso Responsabile delle attività ed agli altri soggetti menzionati nell'art. 15, lett. *b*.

Se è così, la figura del Responsabile delle attività tende allora ad attagliarsi maggiormente sui “soggetti intermedi” che hanno ricevuto l'incarico di dirigere un gruppo di ricerca o attività didattiche ecc., disponendo a tal fine di poteri gerarchici e funzionali ed attuando le direttive del datore di lavoro sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, organizzando le attività e vigilando su di esse con la collaborazione dei preposti. Una figura, quindi, che sembrerebbe collocarsi tendenzialmente al di sopra del singolo docente o ricercatore e al di sotto del Direttore di dipartimento.

5.3. *La presunta responsabilità datoriale del Responsabile delle attività (e del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio)*

Un'altra e ben più delicata osservazione riguarda invece la natura della responsabilità della figura in questione. Come si è visto, nella bozza presumibilmente più evoluta è stato espunto il riferimento alla responsabilità concorrente per la valutazione dei rischi, che invece compare nella bozza precedente e che riguarda tuttora la (per certi versi analoga) figura del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio prevista dal d.m. n. 363/1998.

La previsione – presente nella vecchia bozza in riferimento al Responsabile delle attività e, soprattutto, nel d.m. n. 363/1998, in relazione al Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio – della responsabilità concorrente, ancorché *in parte qua*, in ordine alla valutazione dei rischi solleva non poche perplessità che impongono in primo luogo di operare una breve riflessione di carattere generale sul significato della valutazione dei rischi quale obbligo primario ed indelegabile del datore di lavoro.

5.3.1. *L'esclusiva responsabilità datoriale per la valutazione dei rischi*

Come è noto, l'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 prevede che le funzioni datoriali siano delegabili a determinate condizioni, fatta eccezione per le due funzioni fondamentali – valutazione dei rischi ed elaborazione del relativo documento; designazione del RSPP – che l'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008 configura come indelegabili.

Come esplicitato in giurisprudenza, la non delegabilità di funzioni non significa ovviamente che il datore di lavoro non possa servirsi di persone maggiormente competenti e qualificate per la valutazione del rischio e la redazione del relativo documento, ma che questi compiti rimangono comunque suoi e il documento conserva questa provenienza⁴³.

Il fondamento di tale indelegabilità consiste nel fatto che le decisioni fondamentali in materia di prevenzione sottese all'adempimento dei due predetti obblighi sono inscindibili rispetto all'adozione delle scelte strategiche dell'impresa ed all'esercizio dei correlativi poteri decisionali e di spesa: d'altronde, che senso avrebbe una valutazione dei rischi effettuata da chi non possa effettivamente decidere di operare determinate scelte organizzative necessarie ad eliminare o a ridurre i rischi per i lavoratori? Non a caso, la Cassazione afferma che la delega di funzioni in materia di sicurezza non può avere ad oggetto le scelte strategiche che competono invece al datore di lavoro⁴⁴.

Ciò significa che i poteri decisionali e di spesa che l'art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008 evoca nella definizione di “datore di lavoro” sono poteri di incidere sull'organizzazione, ove necessario anche modificandola, secondo il principio della cosiddetta “prevenzione primaria” su cui fa leva la direttiva quadro europea n. 89/391/CE⁴⁵. Poteri, dunque, che debbono poter essere esercitati dal loro titolare in piena autonomia, gravando su di lui le connesse responsabilità.

Nessuno può dubitare che per effettuare una valutazione dei rischi ottimale occorra l'apporto di tutti i soggetti del sistema di prevenzione aziendale. Non a caso la legge coinvolge, a titolo di collaborazione, il RSPP ed il medico competente, prevedendo altresì la consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. E, sebbene la stessa legge non ne faccia menzione, appare più che scontato che anche altre figure di quel sistema possano utilmente cooperare con il datore di lavoro nell'assolvimento di questo suo fondamentale obbligo.

Tuttavia, acclarato ciò, la stessa legge riconduce la responsabilità della predetta valutazione esclusivamente in capo al datore di lavoro per le ragioni

⁴³ V. Cass. pen., sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, in <http://olympus.uniurb.it>.

⁴⁴ V. Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, e Cass. pen., sez. IV, 15 settembre 2010, n. 33661, entrambe in <http://olympus.uniurb.it>.

⁴⁵ B. MAGGI, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 323 ss.; ID., *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in “Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali”, 2006, n. 29, p. 13 ss.

poc'anzi esposte e, in particolare, in virtù della inscindibilità tra responsabilità e poteri. Una cosa è quindi la sacrosanta esigenza di supporto tecnico al datore di lavoro nell'attività di valutazione, ben altra cosa è invece la sfera delle decisioni connesse alla valutazione dei rischi ("se e quali rischi valuto") ed alla individuazione delle misure per eliminarli o ridurli ("in che modo agisco"), le quali, emergendo dal documento di valutazione, incidono con carattere precettivo sull'organizzazione aziendale secondo il principio di autonormazione⁴⁶ accolto dal d.lgs. n. 81/2008, specificando il contenuto degli obblighi di prevenzione con la conseguente rilevanza degli inadempimenti sul piano sanzionatorio speciale di cui allo stesso d.lgs. n. 81/2008.

La necessità logica che sia solo il datore di lavoro a farsi carico della responsabilità della valutazione dei rischi emerge anche grazie ad alcune innovazioni decisamente significative introdotte dall'art. 28, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008 in merito al contenuto del documento di valutazione.

Quest'ultimo, infatti, tra l'altro, deve individuare le procedure per l'attuazione delle misure da realizzare nonché i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri. In particolare, quest'ultima previsione rimarca chiaramente il nesso tra valutazione dei rischi e responsabilità datoriale dal momento che la scelta sul "chi fa che cosa" non può non essere esclusivamente appannaggio del responsabile dell'organizzazione del suo complesso.

Quanto finora rilevato, trova poi un evidente riscontro sul versante sanzionatorio, dove l'art. 55, commi 1-4, del d.lgs. n. 81/2008, dedicato alle sanzioni per le violazioni relative alla valutazione dei rischi, chiama in causa esclusivamente il datore di lavoro. Né, nei commi successivi della norma relativi alle sanzioni per il datore di lavoro ed il dirigente, si rinvencono richiami alle disposizioni sulla valutazione dei rischi. Ed è a tale apparato sanzionatorio che occorre fare riferimento anche per quanto concerne le violazioni delle regole speciali valide per le università.

5.3.2. *Dubbi di incostituzionalità*

Pertanto, per quanto possa rivelarsi necessaria allo svolgimento della valutazione dei rischi, la collaborazione del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio (nel decreto tuttora vigente) e del Responsabile delle attività (nella bozza presumibilmente più risalente del decreto emanando) non può mai tradursi o confondersi con la valutazione stessa e con le connesse decisioni, ancorché *in parte qua*, per il semplice fatto che i poteri di cui dispongono tali soggetti

⁴⁶ Su tale principio v. Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in "Diritto penale e processo", 2015, 3, p. 261 ss.

non sono tali da poter incidere in piena autonomia sull'organizzazione fino al punto di modificarla ove necessario.

Vale la pena del resto ribadire che, per come è espressamente definita e per come nei fatti si atteggia, la figura del Responsabile delle attività non è riconducibile nella cornice definitoria del datore di lavoro, sia essa quella che emerge dalle fonti regolative speciali per le università (il che vale per il decreto del 1998 ancora vigente e per quello emanando) sia essa la fonte legislativa generale (art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008).

La palese contraddizione che emerge sia dal decreto del 1998 sia dallo schema più risalente di quello emanando consiste nel fatto che essi erroneamente annettono al Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio e al Responsabile delle attività una connotazione ed una responsabilità datoriale concorrente in ordine alla valutazione dei rischi dopo aver invece inquadrato tali figure come soggetti privi delle prerogative del datore di lavoro. Col che improvvidamente finirebbero per agganciarsi le sanzioni speciali ascrivibili al solo datore di lavoro (art. 55, commi 1-4, del d.lgs. n. 81/2008) a soggetti non configurabili in tal senso.

Pertanto, fermo restando quanto prevede l'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008 in ordine allo svolgimento di fatto delle funzioni datoriali, nella normalità dei casi il Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio (e il Responsabile delle attività) non può essere chiamato a rispondere, al pari ed alla stregua di un datore di lavoro, di eventuali inadempimenti relativi alla valutazione dei rischi. Né a tal fine può valere il riferimento alle attribuzioni e competenze nei cui limiti egli risponderebbe, giacché si tratta pur sempre di attribuzioni e competenze non datoriali, bensì dirigenziali e, come tali, estranee alle responsabilità connesse alla valutazione dei rischi.

Per come le norme sono scritte, quelle sulla responsabilità datoriale concorrente del Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio (decreto del 1998) e del Responsabile delle attività (schema più risalente del decreto emanando) parrebbero quindi evidenziare seri dubbi di illegittimità costituzionale quanto meno per violazione dell'art. 3 Cost.⁴⁷ giacché, senza una ragionevole giustificazione, esse prevedono un trattamento difforme tra tale soggetto e gli altri dirigenti⁴⁸. Una questione di legittimità costituzionale che potrebbe essere legittimamente prospettabile nonostante la natura regolamentare delle norme citate, dal momento che si tratta di decreti delegati dalla legge e dotati essi stessi di una chiara forza di legge (art. 134 Cost.) *ex* art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988, e non semplicemente esecutivi.

Per scongiurare tale eventualità occorrerebbe interpretare le suddette norme nel senso che, lungi dal configurare una responsabilità datoriale ancorché

⁴⁷ Se non anche rispetto all'art. 25 Cost.

⁴⁸ D'altro canto, non si comprende perché mai si chiamerebbe a rispondere solo il Responsabile delle attività quando ad essere obbligati a collaborare alla valutazione dei rischi sono anche tutti gli altri soggetti del sistema di prevenzione (Direttori di dipartimento ecc.).

concorrente, prevedono più semplicemente un obbligo di collaborazione funzionale alla effettuazione della valutazione dei rischi che non può comunque mai considerarsi coincidente con l'obbligo di valutazione dei rischi. Dopo di che, però, occorrerebbe individuare, nell'art. 55, commi 5 e seguenti, del d.lgs. n. 81/2008 le eventuali sanzioni per l'omessa collaborazione.

Si tratta dunque di un obbligo di collaborazione fondamentale, come lo è quello del RSPP o del medico competente, ma che è appunto finalizzato ad apportare all'esclusivo responsabile della valutazione dei rischi (il datore di lavoro) tutti gli elementi tecnici necessari per effettuarla al meglio. Un apporto che, in una prospettiva circolare, potrà avvalersi delle informazioni che, ai sensi dell'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro fornisce al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente in merito: *a)* alla natura dei rischi; *b)* all'organizzazione del lavoro, alla programmazione ed all'attuazione delle misure preventive e protettive; *c)* alla descrizione degli impianti e dei processi produttivi; *d)* ai dati di cui al comma 1, lett. *r*, e quelli relativi alle malattie professionali; *e)* ai provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza.

È chiaro poi che, una volta che siano stati valutati i rischi ed individuate le misure per contrastarli, il Responsabile della didattica e della ricerca in laboratorio o il Responsabile delle attività dovrà, nei limiti delle proprie attribuzioni e competenze, darvi attuazione, qui emergendo la responsabilità dirigenziale.

Ovviamente, tutte queste considerazioni valgono esclusivamente per quanto concerne l'apparato sanzionatorio penale di cui al d.lgs. n. 81/2008 finalizzato a presidiare le norme di prevenzione, ma non evidentemente per quanto attiene alle eventuali responsabilità che si appalesassero a fronte di un infortunio che integrasse gli estremi di un reato punibile ai sensi del diritto penale comune (omicidio colposo, lesioni colpose gravi o gravissime), qui potendosi evidenziare profili di responsabilità o corresponsabilità del soggetto *de quo* che appaiono comparabili con quelli che possono emergere con riferimento al RSPP⁴⁹. Ma ciò, beninteso, costituisce semplicemente una conseguenza dei principi generali del diritto penale comune, i quali non possono certo esseri modificati o integrati dalle norme dei decreti in esame che non possiedono tale legittimazione, non potendosi ricondurre a tal fine le loro previsioni sulle responsabilità di cui si è parlato.

Alla luce di tutto ciò è quindi evidente l'urgenza di approvare quanto prima il nuovo decreto purché ovviamente nella versione presumibilmente più evoluta di

⁴⁹ Come evidenzia, seppur con accenti diversi, la giurisprudenza, l'assenza di esplicite sanzioni negli artt. 55 e ss. del d.lgs. n. 81/2008 a carico del RSPP non significa che tale soggetto sia immune da ogni responsabilità nel caso di infortuni o malattie professionali ove l'omesso assolvimento, o l'assolvimento inadeguato (per imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline) di un compito risulti causalmente rilevante nella produzione dell'evento lesivo, ovvero quando quest'ultimo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che il responsabile avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a porvi rimedio: v. Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11492 e Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, entrambe in <http://olympus.uniurb.it>.

cui si è detto che ha correttamente espunto la responsabilità concorrente del Responsabile delle attività per la valutazione dei rischi.

6. Il datore di lavoro nell'università quale pubblica amministrazione

Un altro aspetto relativo alla figura del datore di lavoro per la sicurezza nelle università è quello della specialità con cui sia il decreto del 1998 sia quello emanando la individuano.

Come è noto, l'art. 2, lett. *b*, secondo periodo, del d.lgs. n. 81/2008 prevede che nelle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 – tra le quali rientrano certamente le università – per datore di lavoro per la sicurezza 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 medesimo⁵⁰.

Considerata la configurazione del Rettore quale datore di lavoro per la sicurezza, ci si può quindi chiedere perché la distinzione tra indirizzo politico e gestione – su cui la norma generale ora citata costruisce l'individuazione della figura datoriale – non compaia anche nelle fonti speciali dell'università.

Che le università costituiscano amministrazioni pubbliche alquanto particolari è più che evidente. Lo conferma a chiare lettere lo stesso art. 11, comma 3, dello schema di decreto emanando là dove, sottolineando le peculiarità organizzative delle università, rileva specificamente, alla lett. *l*, che la molteplicità delle attività istituzionalmente svolte, relative alla didattica, alla ricerca, all'assistenza, ai servizi e all'amministrazione, in considerazione della riconosciuta libertà di ricerca e di insegnamento, sia dei singoli che delle strutture di riferimento, impone che la scelta del soggetto cui attribuire la funzione di datore di lavoro, per gli effetti e ai fini del d.lgs. n. 81/2008, sia operata in piena autonomia dai singoli enti.

⁵⁰ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici*, cit., p. 571 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Seppure con minori specificazioni, il criterio di individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni vigente all'epoca del d.lgs. n. 626/1994, come modificato dal d.lgs. n. 242/1996, con cui doveva misurarsi il d.m. n. 363/1998, era sostanzialmente analogo, giacché riconduceva la posizione di garanzia datoriale in capo al dirigente al quale spettassero i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo fosse preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale. Pertanto, configurando il Rettore quale datore di lavoro, il d.m. n. 363/1998 ricalca il meccanismo di individuazione valevole per il settore privato che, all'epoca del d.lgs. n. 626/1994, si riferiva al legale rappresentante (F. STOLFA, *Diritto della sicurezza nel lavoro*, cit., p. 178).

Né va trascurato come, diversamente da quanto accade in una “normale” pubblica amministrazione, nell’università, accanto a lavoratori normalmente contrattualizzati (personale tecnico-amministrativo) coesistono lavoratori con *status* pubblicistico (personale docente e ricercatore)⁵¹, dotati di un’ampia autonomia in ragione della libertà di insegnamento e di ricerca costituzionalmente garantita, che appaiono difficilmente assoggettabili ai poteri della dirigenza amministrativa tradizionale (Direttore generale e dirigenti).

Si può certamente discutere in merito al fatto che i menzionati elementi di specialità possano giustificare macroscopici scostamenti dal modello della disciplina generale, specialmente con riferimento alle regole sull’individuazione del datore di lavoro⁵². Nondimeno, al di là della “competenza” o meno della fonte regolamentare di adeguamento a derogare il modello generale di individuazione della figura datoriale⁵³, è evidente che solo sulla scorta di quegli elementi di specialità si può tentare di spiegare nella sostanza perché, pur essendo inequivocabilmente esso stesso organo di vertice dell’università⁵⁴, il Rettore sia individuato dalle fonti regolative speciali quale datore di lavoro per la sicurezza⁵⁵, non dovendosi peraltro dimenticare che le stesse fonti (specialmente quella che dovrebbe presumibilmente entrare prossimamente in vigore) consentono pur sempre di dar corso anche alla previsione legislativa generale mediante un provvedimento di individuazione di più datori di lavoro quali soggetti di vertice delle unità produttive.

È peraltro evidente come, pure in questo ultimo caso, tali soggetti siano anch’essi speciali rispetto ai dirigenti che normalmente ricoprono le funzioni datoriali nelle altre amministrazioni pubbliche, poiché, lungi dallo svolgere abitualmente e professionalmente funzioni di responsabilità dirigenziale, ciò fanno per un tempo limitato, sulla base di una scelta elettiva da parte dei propri colleghi, quasi sempre senza un adeguato riconoscimento economico per la funzione (fatte salve modeste indennità) e senza dismettere le proprie funzioni istituzionali di didattica e di ricerca, fatta salva la possibilità di alcuni parziali esoneri, ad esempio sul numero di prodotti da conferire per la valutazione della qualità della ricerca (VQR) o sulle ore o crediti (CFU) di insegnamento. In breve, si tratta di soggetti che, pur essendo individuati e trattati come i presidi delle vecchie facoltà, a differenza di questi sono tuttavia gravati da pesanti responsabilità di ordine amministrativo, contabile, civile e, alla fine, anche penale proprio con riferimento alla sicurezza sul lavoro. Responsabilità penali che non

⁵¹ Art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

⁵² Cfr. L. ZOPPOLI, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 97; A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell’università*, cit. pp. 273-274; S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 156.

⁵³ Cfr. A. TAMPIERI, *L’applicabilità del decreto legislativo n. 626/1994 alle pubbliche amministrazioni*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 134-135.

⁵⁴ S. ROMANELLI, *Le università*, cit., p. 156.

⁵⁵ A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell’Università*, cit., p. 5 ss.

vengono meno, pur atteggiandosi diversamente, anche se tali soggetti, ove non siano stati individuati come datori di lavoro, si configurino semplicemente come dirigenti.

Per altro verso ci si potrebbe chiedere se, almeno con riferimento al personale contrattualizzato, le funzioni datoriali non debbano essere assegnate alla dirigenza amministrativa dell'ateneo, in specie al Direttore generale⁵⁶, al quale, non lo si dimentichi, in base all'art. 2, comma 1, lett. o, della l. n. 240/2010, è attribuita, sulla base degli indirizzi forniti dal Consiglio di amministrazione, la complessiva gestione e organizzazione dei servizi, delle risorse strumentali e del personale tecnico-amministrativo dell'ateneo, nonché i compiti, in quanto compatibili, di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 165/2001, tra cui in particolare quelli di organizzazione e gestione del lavoro⁵⁷.

Tutto ovviamente dipende dal reale assetto del singolo ateneo, potendo prospettarsi le più svariate soluzioni organizzative: si pensi ai casi in cui il personale tecnico-amministrativo sia direttamente assegnato ai singoli dipartimenti; oppure a quelli in cui, pur operando nel dipartimento, tale personale sia assegnato all'amministrazione centrale, non venendo qui meno tuttavia la responsabilità dell'organo di vertice del dipartimento (quale datore, se individuato come tale, o come dirigente) in considerazione del fatto che la prestazione lavorativa si svolge pur sempre nell'ambito organizzativo di cui è responsabile. Per non parlare poi del personale che opera invece esclusivamente negli uffici dell'amministrazione centrale.

Come è evidente, al di là delle plausibili perplessità sul piano della mancata distinzione tra indirizzo politico e amministrazione⁵⁸, la soluzione unificante del Rettore-datore di lavoro tende a prospettare una semplificazione rispetto alle tante varianti organizzative⁵⁹.

⁵⁶ V. in tal senso A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell'università*, cit., p. 283, ma già in precedenza e pur problematicamente A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., pp. 6-7.

⁵⁷ Secondo L. ZOPPOLI, *La c.d. “riforma” Brunetta e il personale universitario*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'Università*, cit., pp. 234-235, il Direttore generale è destinato a diventare «il fondamentale snodo» nella connessione tra «vertice politico e apparato burocratico» nell'università.

⁵⁸ A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell'università*, cit. p. 273. È stato tuttavia osservato come «la mera distinzione/separazione tra vertice politico e burocrazia amministrativa» si rivela inadeguata a regolare e gestire l'organizzazione del lavoro negli Atenei, tanto che occorrerebbe pensare a «canali di raccordo più sofisticati tra i docenti/ricercatori e la burocrazia»: così L. ZOPPOLI, *La c.d. “riforma” Brunetta*, cit., p. 237.

⁵⁹ Come osserva A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., pp. 6-7, «si può... immaginare (anche se è una considerazione del tutto empirica) una maggiore idoneità del Rettore, rispetto al Direttore generale o ad altri dirigenti, a rapportarsi con tutte le componenti del personale universitario, in particolare con il personale docente» e «che al momento di individuare la posizione di garanzia datoriale nel Rettore, gli estensori del regolamento ministeriale siano stati irresistibilmente “attratti” dal convincimento che l'organo di vertice o “politico” in senso lato sia comunque dotato di sostanziali poteri decisionali, di fatto anche se non formalmente».

7. Il ruolo del Consiglio di amministrazione

Sempre con riferimento alla posizione di garanzia datoriale, occorre soffermarsi su di un altro aspetto di non scarso rilievo relativo al ruolo dell'organo che la l. n. 240/2010 ha valorizzato maggiormente: il Consiglio di amministrazione⁶⁰.

L'art. 2, comma 1, lett. *b*, della l. n. 240/2010 attribuisce tra l'altro al Consiglio di amministrazione le funzioni di indirizzo strategico, di approvazione della programmazione finanziaria annuale e triennale e del personale, nonché di vigilanza sulla sostenibilità finanziaria delle attività; la competenza ad adottare il regolamento di amministrazione e contabilità, nonché, su proposta del Rettore e previo parere del Senato accademico per gli aspetti di sua competenza, ad approvare il bilancio di previsione annuale e triennale, il conto consuntivo e il documento di programmazione triennale di cui alla lett. *b* del presente comma; il dovere di trasmettere ai Ministeri competenti sia il bilancio di previsione annuale e triennale sia il conto consuntivo; la competenza disciplinare relativamente ai professori e ricercatori universitari ai sensi dell'art. 10 della stessa legge.

A fronte di queste ampie funzioni, il ruolo del Consiglio di amministrazione deve essere considerato più attentamente anche in ordine alla questione della sicurezza sul lavoro. Un ruolo che se già emerge relativamente alla individuazione del (o dei) datore(i) di lavoro per la sicurezza⁶¹, si evidenzia anche relativamente alle scelte strategiche dell'ateneo che incidano sulla sicurezza sul lavoro. Infatti, come si è già visto, l'art. 3 del d.m. n. 363/1998 evoca espressamente il Consiglio di amministrazione in relazione agli obblighi ed alle attribuzioni datoriali del Rettore, che tale norma chiama in causa quale "datore di lavoro" e nel contempo quale "presidente del Consiglio di amministrazione", cui, in base al comma 2 di tale disposizione, il Rettore presenta periodicamente, per le determinazioni di competenza, il piano di realizzazione progressiva degli adeguamenti in materia di sicurezza, tenendo conto delle risultanze della riunione periodica. È quindi in sede di Consiglio di amministrazione che vengono assunte le decisioni "strategiche" in materia ed i relativi provvedimenti di spesa.

D'altro canto, pur dovendosi evidenziare tutte le differenze tra il settore privato ed il settore pubblico, non è chi non veda come la scelta della l. n. 240/2010 di esaltare le funzioni del Consiglio di amministrazione, oltretutto integrato nella sua composizione da soggetti esterni all'ateneo⁶², costituisca un segnale verso una tendenziale aziendalizzazione delle università che, analogamente a ciò che avviene

⁶⁰ Per una valorizzazione del ruolo del Consiglio di amministrazione dell'università in relazione alla sicurezza sul lavoro v. A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell'università*, cit., p. 281 ss.

⁶¹ Là dove, come già rilevato, la bozza dell'emanando decreto prevede che gli "organi di governo" delle università individuano o un unico datore di lavoro o una pluralità di datori di lavoro.

⁶² V. art. 2, comma 1, lett. *i*, della l. n. 240/2010.

nelle società di capitali, nel Consiglio di amministrazione rinvencono l'organo dotato dei veri poteri di decisione e di spesa.

Come è noto, relativamente alle società di capitali dotate di Consiglio di amministrazione, la giurisprudenza suole individuare in tutti i membri dello stesso organismo i datori di lavoro della sicurezza, in quanto depositari a titolo originario dei poteri decisionali e di spesa, fatto salvo il caso in cui essi abbiano “delegato”⁶³ ad uno di essi le funzioni datoriali: funzioni peraltro da intendere come “prevalente posizione di garanzia datoriale”⁶⁴ visto che, sempre secondo la giurisprudenza, in capo ai restanti membri del Consiglio di amministrazione non viene meno l'obbligo di vigilare sul corretto svolgimento delle funzioni da parte del membro delegato⁶⁵.

Orbene, senza pretendere di applicare *sic et simpliciter* questi principi giurisprudenziali – che, peraltro, sopperiscono al silenzio del legislatore sull'individuazione del datore di lavoro nelle società di capitali⁶⁶ – a realtà del tutto diverse e specifiche come le università per le quali la fonte regolamentare speciale fornisce invece esplicitamente i criteri di individuazione del datore di lavoro, non si dovrebbe tuttavia escludere che i pregnanti poteri strategici del Consiglio di amministrazione possano assumere una qualche rilevanza in ordine alla responsabilità (datoriale?) dei suoi componenti.

Per altro verso, se si considera l'importanza – e la funzionalizzazione – del potere disciplinare al fine di conferire effettività all'adempimento sia dell'obbligo datoriale di vigilare a fini di prevenzione sul comportamento dei lavoratori (art. 18, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁷ sia degli obblighi di sicurezza incombenti su questi ultimi (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁸, ci si potrebbe anche chiedere se la titolarità di tale potere in capo al Consiglio di amministrazione nei confronti del personale docente (artt. 2, lett. *b*, e 10, della l. n. 240/2010) non possa costituire un argomento di rilievo per coinvolgere tale organismo nella responsabilità datoriale prevenzionistica, almeno nei confronti dello stesso personale docente e ricercatore.

⁶³ Delega in tal caso da intendersi non come “di funzioni”, ma come “gestionale” o “organizzativa”, vale a dire come individuazione della posizione di garanzia datoriale prevalente: cfr. P. PASCUCCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza “ThyssenKrupp”: dialoghi con la giurisprudenza*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 10/2012, <http://olympus.uniurb.it>, p. 19, nonché ID., *Opinione* in “La sentenza sulla tragedia della ThyssenKrupp tra diritto penale e diritto del lavoro”, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2012, p. 441 ss.

⁶⁴ P. PASCUCCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 20.

⁶⁵ Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981; Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991: tutte in <http://olympus.uniurb.it>; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in “Rivista penale”, 2003, p. 203. Sul punto cfr. anche A. PIOVESANA, *Il datore di lavoro per la sicurezza nell'università*, cit. p. 282.

⁶⁶ Cfr. F. BASENGHI, *Assetti societari e individuazione del datore di lavoro per la sicurezza*, in P. CAMPANELLA e P. PASCUCCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali. Atti del Convegno di Studi di Urbino del 14 novembre 2014*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 44/2015, <http://olympus.uniurb.it>, p. 27 ss.

⁶⁷ P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009*, cit., p. 27.

⁶⁸ Cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali*, cit., *passim*.

Vero è, però, che il ruolo sanzionatorio del Consiglio di amministrazione è essenzialmente esecutivo. Infatti, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 240/2010, l'avvio del procedimento disciplinare nei confronti del personale docente spetta comunque al Rettore, il quale, per ogni fatto che possa dar luogo all'irrogazione di una sanzione più grave della censura tra quelle previste dall'art. 87 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore di cui al r.d. n. 1592/1933, entro trenta giorni dal momento della conoscenza dei fatti, trasmette gli atti al Collegio di disciplina, formulando motivata proposta. A tale Collegio compete lo svolgimento della fase istruttoria del procedimento disciplinare e l'espressione in merito di un parere conclusivo vincolante nei confronti del Consiglio di amministrazione, il quale, conformemente a detto parere, senza la rappresentanza degli studenti, infligge la sanzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento⁶⁹.

Più verosimilmente, il Consiglio di amministrazione dell'ateneo pare per certi versi assimilabile a quell'"Alta direzione"⁷⁰, intesa come posizione organizzativa eventualmente sopra stante il datore di lavoro, di cui parla il documento approvato in data 20 aprile 2011 dalla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro in merito al modello di organizzazione di gestione di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008⁷¹.

8. *Governo della complessità datoriale e responsabilità*

Come si è visto, la figura del datore di lavoro nelle università si caratterizza per una sua intrinseca complessità derivante sia dalla possibile pluralità di posizioni piene di garanzia datoriale (Rettore + Direttori di dipartimento), sia dalla più che discutibile "integrazione" della principale posizione (quella del Rettore) con quella "accessoria" dei Responsabili delle attività didattiche e di ricerca in laboratorio.

Al governo della complessità datoriale intesa come "pluralità" di datori di lavoro provvedono le previsioni che, in modo più o meno esplicito (a seconda delle bozze di decreto) alludono al Coordinamento svolto dal Rettore: un ruolo di per sé non previsto nella disciplina legislativa generale e nondimeno più che plausibile purché lo si identifichi come una funzione "servente" che non esautora gli altri datori di lavoro né li esonera dalle loro primarie responsabilità.

⁶⁹ Cfr. S. MAINARDI, *Collegio di disciplina, codice etico e incompatibilità*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'Università*, cit., p. 182 ss.

⁷⁰ Di cui al par. 4.2 del British Standard OHSAS 18002:2008.

⁷¹ Documento diffuso con la circolare 11 luglio 2011, n. 15816 del Ministero del lavoro ed avente ad oggetto chiarimenti sul sistema di controllo (comma 4 dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008) ed indicazioni per l'adozione del sistema disciplinare (comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008) per le aziende che hanno adottato un modello organizzativo e di gestione definito conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL (edizione 2001) o alle BS OHSAS 18001:2007. Cfr. P. PASCUCCI, *Il ruolo dell'Alta Direzione nell'organizzazione della sicurezza sul lavoro*, in D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 42 ss.

È peraltro evidente che la dimensione complessa della posizione di garanzia datoriale potrebbe evidenziare una complessità anche sul versante delle responsabilità, con la possibile emersione di ipotesi di concorso delle stesse: ipotesi che, più in generale, non sono certo sconosciute al diritto vivente della sicurezza sul lavoro.

Piuttosto vale la pena chiedersi se il ruolo di coordinamento dei datori di lavoro ascrivibile al Rettore in caso di nomina di più datori di lavoro possa intendersi o meno come quella “posizione di garanzia datoriale prevalente” poc’anzi richiamata a proposito delle società per azioni il cui Consiglio di amministrazione abbia individuato uno dei propri membri come datore di lavoro per la sicurezza ai sensi dell’art. 2381 c.c., il quale ne risponde prioritariamente senza tuttavia che venga meno una quota di responsabilità degli altri membri del Consiglio di amministrazione almeno per quanto attiene al dovere di vigilare sull’operato di tale soggetto⁷².

La situazione è tuttavia differente. La complessità della posizione di garanzia datoriale emergente nel caso delle società di capitali si manifesta nei termini della “diffusione” o della “condivisione” di “un’unica” posizione di garanzia datoriale rispetto ad una stessa struttura e che, al proprio interno, “si articola in una responsabilità prevalente (del membro delegato dal Consiglio di amministrazione) e sussidiaria (la vigilanza degli altri membri)”.

Nel caso delle università, invece, ferme restando le funzioni di coordinamento esercitate dal Rettore e le eventuali sue altre responsabilità come datore di lavoro delle strutture non configurabili come unità produttive, gli altri datori di lavoro sono tali *pleno iure*, rispondendo *in toto* in relazione alle funzioni loro ascritte. Qui la complessità significa che esistono “più e diverse posizioni di garanzia datoriale” ognuna relativa alla struttura a cui pertiene: esattamente la stessa cosa che accade nell’ipotesi in cui un’impresa privata sia articolata in più unità produttive i cui dirigenti siano tutti configurati dal vertice aziendale come datori di lavoro per la sicurezza in quanto, ai sensi dell’art. 2, lett. b, primo periodo, del d.lgs. n. 81/2008, siano responsabili delle relative organizzazioni esercitando i poteri decisionali e di spesa.

Peraltro, a differenza di questa ultima ipotesi, non è escluso che la previsione nell’università di una funzione di coordinamento possa evidenziare anche un’attività di vigilanza rispetto all’operato degli altri datori di lavoro. Né, in linea astratta e generale, può escludersi che, anche per le funzioni che svolge, tale vigilanza possa talora coinvolgere lo stesso Consiglio di amministrazione.

9. Complessità datoriale e sistema della prevenzione: principio di effettività e importanza dei ruoli

Le ultime considerazioni attengono ai riflessi della complessità datoriale sul sistema di prevenzione “aziendale”.

⁷² P. PASCUCCI, *L’individuazione delle posizioni di garanzia*, cit., pp. 19-20.

Al di là del fatto che la previsione di un regolamento di ateneo *ad hoc* è previsto solo nella bozza presumibilmente meno evoluta del nuovo regolamento ministeriale, in entrambe le bozze compare invece la previsione del modello di organizzazione e di gestione finalizzato agli adempimenti degli obblighi di cui all'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008⁷³.

Nonostante le evidenti differenze sul piano degli effetti con quanto avviene nel caso delle persone giuridiche private⁷⁴, l'ipotesi del modello organizzativo appare sicuramente preferibile rispetto a quella del regolamento di ateneo⁷⁵, risultando anche più coerente con le scelte degli ultimi anni che hanno introdotto in università processi di assicurazione dell'efficienza e della qualità delle varie attività di didattica e di ricerca: processi appunto ispirati a modelli organizzativi e gestionali⁷⁶.

In linea generale, l'ipotesi di un modello che, necessariamente, dovrà evidenziare a chiare lettere ruoli, funzioni e processi, appare anche più rispettoso delle innovazioni del d.lgs. n. 81/2008⁷⁷.

È noto che da sempre il diritto della sicurezza sul lavoro ha fatto leva su di un principio ordinatore della responsabilità, penale e civile: quello di effettività. Un principio che lo stesso legislatore ha valorizzato con il d.lgs. n. 81/2008

⁷³ Sul punto v. *amplius* A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., *passim*.

⁷⁴ Come è noto, l'adozione e l'efficace attuazione di un modello di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro conforme ai dettami dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 può valere, ai sensi della stessa norma, ad esonerare gli "enti" (vale a dire i soggetti "privati" forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica, esclusi pertanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) dalla responsabilità amministrativa di cui al d.lgs. n. 231/2001 per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati, tra cui, in base all'art. 25-*septies* di tale decreto come modificato dall'art. 300 del d.lgs. n. 81/2008, i delitti di omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime di cui agli artt. 589 e 590 c.p. commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro: v., tra i tanti, G. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro. Artt. 30 e 300*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO, (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 581 ss.; P. TULLINI, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in P. PASCUCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008 due anni dopo. I "sistemi" del diritto della sicurezza del lavoro. Atti dell'incontro di studio di Urbino del 14 e 15 maggio 2010*, in <http://olympus.uniurb.it> e in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2010, p. 403 ss.; E. GRAGNOLI, *Art. 30. Commento*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, cit., p. 392 ss. Per alcune considerazioni sulla possibile rilevanza dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 nell'ambito delle pubbliche amministrazioni cfr. P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici*, cit., p. 616 ss.

⁷⁵ Secondo A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., pp. 3-4, il regolamento – nella prassi frequentemente presente negli atenei e frutto di un'«ansia definitoria» degli stessi – è però giuridicamente superfluo: «infatti, nel caso di accertata infrazione alle norme prevenzionistiche, o (peggio) di infortunio lesivo o addirittura mortale, non sarà certo la norma regolamentare "interna" a paralizzare, o anche solo ad influenzare, il potere discrezionale del giudice penale (e ancor prima della magistratura inquirente e dell'organo di vigilanza)».

⁷⁶ Si pensi al c.d. "Protocollo AVA" di cui al d.m. 30 gennaio 2013, n. 47 ed al d.m. 23 dicembre 2013, n. 1059, sull'autovalutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio e valutazione periodica, ed alle funzioni dell'ANVUR, Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (d.P.R. 1 febbraio 2010, n. 76).

⁷⁷ Per una dettagliata analisi delle delicate problematiche relative all'applicazione dei modelli di organizzazione e di gestione in ambito universitario (che esulano dall'oggetto specifico di questo scritto) cfr. A. TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell'Università*, cit., p. 9 ss.

specialmente per quanto concerne l'individuazione delle principali figure del sistema di prevenzione aziendale (lavoratore, datore di lavoro, dirigenti e preposti).

Guardando a fondo tra le pieghe del d.lgs. n. 81/2008, ci si accorge che il legislatore, pur senza smentirlo, è andato anche oltre il principio di effettività, lanciando alcuni significativi segnali in direzione dell'esigenza di una identificazione anche formale dei dirigenti e dei preposti. È quanto può cogliersi, da un lato, nella previsione dell'obbligo di indicare, nel documento di valutazione dei rischi, i ruoli dell'organizzazione aziendale responsabili dell'attuazione delle misure di sicurezza cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri (art. 28, comma 2, lett. d)⁷⁸. E, dall'altro lato, è quanto si coglie dalla previsione dell'obbligo di impartire ai dirigenti ed ai preposti un'adeguata e specifica formazione ed un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza del lavoro (art. 37, comma 7)⁷⁹.

Si tratta di previsioni finalizzate a delineare in modo più razionale il sistema aziendale della prevenzione, sia mediante la predisposizione di organigrammi funzionali che divengono cogenti per il datore di lavoro nel momento in cui li inserisce doverosamente nel documento di valutazione dei rischi, sia tramite la previsione dell'obbligatoria formazione proprio per quei soggetti che andranno a ricoprire le caselle di quell'organigramma⁸⁰. D'altro canto, a riprova del rilievo della esatta definizione formale dei ruoli del sistema di prevenzione aziendale cui fa cenno l'art. 28, in entrambe le definizioni campeggia il riferimento all'incarico conferito.

Tutto ciò contribuisce a rendere più chiaro l'assetto del sistema organizzativo della prevenzione aziendale che, in quanto “organizzato”, richiede regole chiare finalizzate ad una più evidente responsabilizzazione dei vari soggetti.

Dinnanzi a ciò il principio di effettività non scompare, giacché la verifica dei poteri in capo ai vari soggetti individuati nell'organizzazione aziendale richiede sempre di essere condotta alla luce del principio di effettività. Tuttavia, pur continuando a svolgere la funzione di necessario vaglio dei vari poteri, il principio di effettività non costituisce (o non pare costituire più) l'unico esclusivo parametro di individuazione delle posizioni di garanzia, dovendo interagire con i dati organizzativi oggi esaltati dal d.lgs. n. 81/2008. Non a caso, l'esercizio di fatto di

⁷⁸ A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 36/2014, <http://olympus.uniurb.it>, p. 10.

⁷⁹ P. PASCUCCI, *Appunti su alcune questioni in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, 2011, vol. II, p. 1115 ss. Sull'importanza dell'obbligo informativo e formativo v. anche T. GIORNALE, *Informazione e formazione: strumenti di prevenzione soggettiva*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 716 ss.

⁸⁰ Tanto che ben può sostenersi che, in caso di mancata o inadeguata formazione dei dirigenti e dei preposti, le posizioni di garanzia normalmente riscontrabili in capo ad essi non sarebbero configurabili, giacché, dopo l'avvento del d.lgs. n. 81/2008, esse presuppongono che il soggetto a cui vanno ascritte risponda *in toto* ai requisiti di legge: e non è chi non veda come nelle definizioni di dirigente e preposto si sottolinei il rilievo delle competenze professionali a cui è strettamente funzionale la specifica formazione di cui all'art. 37.

poteri direttivi risulta oggi espressamente disciplinato in un'apposita norma (art. 299) che prima non esisteva, sebbene il suo attuale contenuto fosse immanente nel sistema⁸¹. Una norma che va correttamente inquadrata come di chiusura del sistema e che, tuttavia, proprio in quanto di chiusura, serve a regolare aspetti che sfuggono ai principi generali del sistema.

10. *La diffusione delle responsabilità*

Le precedenti riflessioni sull'assetto delle responsabilità per la sicurezza sul lavoro nelle università confermano, al di là delle criticità evidenziate, come nelle moderne organizzazioni (produttive o amministrative) il potere organizzativo proprio del datore di lavoro – al quale si connette il dovere di sicurezza – tenda a non concentrarsi più solo nelle sue mani, ma a distribuirsi sempre più ai suoi più stretti collaboratori⁸². D'altronde, il limite che il dovere di sicurezza appone al potere organizzativo (art. 41, comma 2 Cost.⁸³; art. 2087 c.c.⁸⁴) si estende a chiunque disponga di quote del potere organizzativo, ovviamente in proporzione all'ampiezza di quest'ultimo.

Come emerge dall'*incipit* dell'art. 18 del d.lgs. n. 81/2008 (obblighi dei dirigenti e dei datori di lavoro) e dell'art. 19 (obblighi dei preposti), dirigenti e preposti sono obbligati in relazione alle attribuzioni e competenze conferite dal datore di lavoro. È quest'ultimo che definisce le porzioni di potere organizzativo degli altri soggetti che essi eserciteranno nel rispetto del dovere di sicurezza.

Ovviamente, ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di conferire ai dirigenti “deleghe di funzioni” *ex* art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, quando gli obblighi del dirigente emergono dalle attribuzioni possono venire in luce le cosiddette “deleghe di esecuzione”⁸⁵, le quali, a differenza di quelle “di funzioni”, non comportano la traslazione delle responsabilità datoriali, ma solo un coinvolgimento in esse anche dei dirigenti insieme al datore⁸⁶; quando gli obblighi del dirigente emergono dalle competenze vengono in luce quegli obblighi connaturali alla funzione dirigenziale, come appunto quelli di intervento, di adozione di misure cautelari, di segnalazione.

⁸¹ L'art. 299, rubricato come “Esercizio di fatto di poteri direttivi”, prevede che le posizioni di garanzia relative al datore di lavoro, al dirigente ed al preposto gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno di tali soggetti.

⁸² Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., p. 250.

⁸³ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute*, cit.

⁸⁴ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Milano, Giuffrè, 2008; ID., *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 148 ss.

⁸⁵ Su cui v. F. FOCARETA, *Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza*, in AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in “Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali”, Torino, Utet, 1993, n. 14, p. 121 ss.

⁸⁶ Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., p. 271.

Gli obblighi dei dirigenti sono obblighi *iure proprio* che ad essi competono in ragione della loro posizione nell'organizzazione aziendale⁸⁷. La distribuzione a cascata delle responsabilità avviene appunto *iure proprio*, a titolo originario, nel senso che il debito di sicurezza si connette al fatto di rivestire una determinata funzione aziendale. Non è un caso, allora che, nell'art. 18, gli obblighi del dirigente emergano accanto a quelli del datore di lavoro (fatti salvi quelli indelegabili di quest'ultimo), così da configurare, pur nelle debite proporzioni, una responsabilità solidale di entrambi.

L'allocazione nella stessa norma degli obblighi datoriali e dirigenziali pare svolgere una funzione di garanzia interna del sistema che, ancora prima che si attivino i meccanismi di controllo esterno (da parte degli organi di vigilanza e, in ultima istanza, del giudice), ha già al proprio interno, grazie alla diffusione delle responsabilità, la possibilità di auto-verificarsi ed auto-emendarsi gravando su tutti i principali soggetti depositari delle posizioni di garanzia⁸⁸.

A voler approfondire l'analisi, ciò induce a rilevare come la disciplina italiana di fonte comunitaria della sicurezza sul lavoro costituisca *in nuce* già con il d.lgs. n. 626/1994 – e costituisce ancor più ora con il d.lgs. n. 81/2008 – un terreno assai fertile per l'ingresso sulla scena dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza finalizzati ad organizzare una serie di azioni per il miglioramento continuo della situazione. Il che, a ben guardare, può risultare di notevole utilità per realtà particolarmente complesse come le università.

Abstract

Il saggio esamina la specifica disciplina italiana della salute e sicurezza sul lavoro nel settore delle università che risale ancora al d.m. n. 363/1998 nonostante che dal 2008 sia stata emanata una nuova regolamentazione generale della materia. In particolare si pone attenzione criticamente sulla figura del datore di lavoro per la sicurezza nell'università, sulla sua individuazione e sulle sue responsabilità, analizzando altresì le posizioni degli altri soggetti dai quali dipende la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dell'università.

The essay examines the specific italian rules on health and safety at work in the university sector, which dates back to D.M. n. 363/1998 despite that since 2008 has been issued a new general regulation of the matter. In particular it arises critically focus on the figure of the employer for safety in university, its detection and its responsibilities, also analyzing the positions of the other parties which provide the protection of the health and safety of university workers.

Parole chiave

tutela salute sicurezza lavoro università rettore responsabilità

Keywords

protecting health security work university rector responsibilities

⁸⁷ Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., pp. 271-272.

⁸⁸ P. PASCUCCI, L. ANGELINI e C. LAZZARI, *I “sistemi” di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in “Lavoro e diritto”, 2015, p. 621 ss.



Dos décadas de aplicación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL): luces y sombras

di María Teresa Igartua Miró*

SOMMARIO: 1. Consideraciones previas. – 2. El Sistema preventivo que llegó con la LPRL. 2.1. El marco normativo de referencia. 2.2. La obligación general del empresario en el centro del sistema. 2.3. El trabajador como actor no protagonista en materia preventiva. 2.4. Los sujetos de la prevención 2.5. El complejo cuadro de responsabilidades en materia preventiva. – 3. Dos décadas de vigencia de una norma de notable actualidad: luces y sombras – 4. Algunas propuestas para seguir avanzando en la garantía de la seguridad y salud en el trabajo.

1. Consideraciones previas

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), supuso para nuestro país la adaptación del ordenamiento interno a los estándares comunitarios, si bien con notable retraso, con enormes dificultades y apremiados por la decisión que había de tomar el TJUE en relación al cumplimiento de España de su deber de trasponer hasta seis Directivas Comunitarias¹. Pues bien, la Ley que nos ocupa ha visto transcurrir ya veinte años desde su aprobación, momento, sin duda, para hacer un balance tanto del marco normativo de referencia como de las luces y sombras derivadas de su especialmente compleja y escasamente asumida aplicación práctica². Sin lugar a dudas, es un cumpleaños memorable para una norma, en especial debido a su alto grado de estabilidad y su resistencia a los cambios normativos, pese a las notables transformaciones de la realidad social a la que viene a aplicarse. Como es bien conocido, dejando al margen modificaciones más bien puntuales, la única reforma de alcance global sufrida por la LPRL se operó por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre. Esta última partía de un elogioso realismo y un acertado diagnóstico, aunque igual no estuvo tan atinada en lo que hace a las soluciones propuestas. Es

* María Teresa Igartua Miró es Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla – España

igartua@us.es

¹ Vid. STJCE de 26 de septiembre de 1996, asunto C-79/1995.

² En este sentido, también J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después*, en “Revista de Información Laboral”, n. 7/2015, p. 1 ss. de la versión consultada en www.westlaw.es; M.D. LIMÓN TAMÉS, *Veinte años movidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en “IUSLabor”, n. 2/2015, p. 1 ss.

consciente el legislador, como afirma en su preámbulo, tras la experiencia acumulada en la puesta en práctica del marco normativo, en los más de siete años transcurridos desde la entrada en vigor de la ley, de la existencia de ciertos problemas que dificultan su aplicación, como de determinadas insuficiencias en su contenido, que se manifiestan, en términos de accidentes de trabajo, en la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados que reclaman actuaciones tan profundas como ágiles. A ello se suma, que el análisis de estos problemas pone de manifiesto, entre otras cuestiones, una deficiente incorporación de la prevención en la empresa, que se evidencia en muchas ocasiones en el cumplimiento más formal que eficiente de la normativa. Se pone al mismo tiempo de manifiesto una falta de adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo, en especial en las diversas formas de subcontratación y en el sector de la construcción.

Esta estabilidad legal contrasta, lógicamente, con una situación laboral donde las normas no sólo no alcanzan la mayoría de edad, y se “visten de largo”, sino que se suceden en el tiempo prácticamente sin solución de continuidad, a veces tan rápidamente, que se miden con dificultad sus efectos. Pese a los cambios operados, puede decirse que la PRL, necesitada lógicamente de algunos ajustes y de ciertas normas de desarrollo todavía pendientes o nacidas al hilo de nuevas necesidades, envejece bien debido a su carácter genérico, a sus formulaciones amplias e indeterminadas y a sus referencias continuas a la adaptación y adecuación a las nuevas circunstancias y los nuevos riesgos. Todo ello lleva a considerar que estos veinte años de aplicación (la fecha de entrada en vigor de la norma quedó fijada el 10 de febrero de 1996), más o menos acertada y eficiente, de estudio, de investigación y de interpretación de la norma sea el momento oportuno para hacer un reflexivo balance, con mirada crítica.

Un análisis de estas características, naturalmente, exigiría una mayor disposición espacio-temporal y, por ello, no tiene pretensiones de exhaustividad, asumiendo, desde este momento, que quedarán distintos aspectos por abordar y cuestiones no resueltas en absoluto. Repasaremos y nos detendremos en aquellos puntos que despiertan un mayor interés. Estructuraremos el análisis en cuatro grandes bloques. En primer lugar, definiremos las líneas maestras del sistema preventivo español, a la altura de los instaurados en los demás países comunitarios, que pivota sobre una serie de elementos procedentes del “nuevo” enfoque europeo de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo; en segundo lugar, intentaremos resaltar los principales logros y avances obtenidos en relación a la situación no tanto normativa como de práctica aplicativa existente en la época anterior, que por supuesto los ha habido; en tercer lugar, nos parece conveniente en este momento insistir en aquellos aspectos en los que, a nuestro juicio, debería incidirse en los tiempos venideros a fin de avanzar por la senda de la aplicación efectiva, participada y transparente de la norma en liza, algo que, como veremos, puede lograrse a través de diversos instrumentos. Cerrará el bosquejo elegido para este breve ensayo un cuadro de conclusiones en relación al momento en que nos

encontramos, pasando revista a algunas de las repercusiones directas o mediatas de la crisis económica y de la vorágine normativa en el ámbito laboral sobre la parcela que nos ocupa, a las que acompañarán algunas propuestas de cambio.

2. El Sistema preventivo que llegó con la LPRL

2.1. El marco normativo de referencia

La finalidad subyacente a la legislación de prevención de riesgos laborales no es otra, lógicamente, que la tutela del derecho esencial a la seguridad y la salubridad del trabajador. Derecho con claro anclaje constitucional en el derecho a la vida e integridad física y moral plasmado en el art. 15 del Texto Constitucional y en los principios rectores de la política social y económica contenidos en los arts. 40.2 y 43 CE en relación con el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (40.2 CE) y la tutela de la salud. Como ha señalado con acierto el Tribunal Constitucional (STC 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio), la tutela del derecho a la vida en este ámbito no exige un daño, en cuanto que esta protección (reparación) resulta insuficiente, siendo esencial la tutela en el plano estrictamente preventivo. A juicio del TC, no es necesario para que entre en juego la tutela constitucional que el perjuicio a la integridad física o moral se haya producido, lo que convertiría a esta protección en una tutela *ex post* ineficaz, siendo suficiente la existencia de un riesgo significativo de que el perjuicio podría llegar a producirse. De esta forma, el aumento de la frecuencia y la gravedad de los riesgos exigen una protección en el seno del contrato de trabajo, de forma que los derechos y deberes impuestos por la legislación a los empresarios, deben interpretarse a la luz del texto constitucional.

Ahora bien, aunque estos principios aparecían plasmados en la Constitución del año 1978 y también el Estatuto de los Trabajadores del año 80 se encargaba de garantizar el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, el gran despliegue del ordenamiento interno en la materia y la progresiva relevancia adquirida vienen de la mano de la trasposición de la Directiva Marco³ (en adelante, DM), a través de una Ley del mismo carácter, la citada LPRL, que traspone además las Directivas en relación a los colectivos especialmente sensibles. Ley que viene acompañada de un vasto y complejo conjunto normativo, plasmado en un extenso desarrollo reglamentario (art. 6 LPRL), que va desde normas destinadas a concretar los aspectos generales del sistema preventivo (evaluación de riesgos y planificación preventiva) y de la organización de la prevención (RD 39/1997, de 17 de enero; en adelante, RSP) o la coordinación de actividades preventivas (RD 171/2004, de 30 de enero) hasta toda una serie de normas que se ocupan de sectores específicos

³ Directiva 89/391/CEE del Consejo, 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 (DO L 183 de 29.6.1989).

como la construcción (RD 1627/1997, de 24 de octubre) o la minería (RD 1389/1997, de 5 de septiembre), o de riesgos concretos, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, la protección frente al amianto (RD 396/2006, de 31 de marzo), riesgos químicos (RD 374/2001, de 6 de abril) o biológicos (RD 664/1997, de 12 de mayo), exposición al ruido (RD 286/2006, de 10 de marzo), radiaciones ionizantes (RD 738/2011, de 6 de julio) y así sucesivamente. Disposiciones que, en su mayor parte, trasponen Directivas comunitarias, derivadas de la Marco, fruto de la importante política europea desplegada en esta parcela.

Pues bien, aunque el marco normativo vigente destaca por su notable amplitud y dispersión de las normas, por las dificultades inherentes a su conocimiento, por la existencia de una miríada de normas técnicas algo enmarañadas y de no fácil manejo y por la complejidad en orden a la aplicación e interpretación de algunas disposiciones, nuestra atención se centrará en el texto de la LPRL, porque es aquí, sin lugar a dudas, donde encontramos las líneas maestras del sistema.

En cuanto a la configuración de la LPRL, ésta se caracteriza por su carácter mínimo (art. 2.2 LPRL) respecto al desarrollo reglamentario y a la negociación colectiva, por ser una norma general y de principios, por su amplio ámbito de aplicación y su vocación universal (todo tipo de riesgos y toda clase de empresa). Parte, en definitiva, de unos amplísimos conceptos de riesgo laboral y de condiciones de trabajo (art. 4.2 LPRL), que han permitido que una ingente doctrina judicial y jurisprudencial extienda sin excesivos problemas la protección a riesgos como los psicosociales (STS de 20 de septiembre de 2007, RJ 8304), en especial el estrés⁴, síndrome de *burnout* o el acoso⁵. También en relación a sucesos, quizás imprevisibles e inevitables, pero susceptibles de disminución del riesgo o de sus efectos sobre la seguridad y salud, a través de la adopción de medidas, lugar destacado ocuparía el atraco⁶. De forma omnicomprendiva, la LPRL introduce principios generales en la prevención de riesgos laborales, como la planificación, la participación de empresarios y trabajadores, la colaboración o la adaptación del trabajo a la persona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, como línea de principio, la normativa preventiva se aplica más allá del ámbito estricto de la relación laboral, incluyendo al personal al servicio de las Administraciones Públicas, con particularidades (RD 67/2010, de 29 de enero, modificado por RD 1084/2014, de 19 de diciembre) y a las cooperativas de trabajo asociado, entre otros. Sin embargo, se excluyen determinadas actividades propias de concretos colectivos, que han sido objeto de regulaciones específicas como la policía nacional (RD 2/2006, de 16 de enero), la guardia civil (RD 179/2005, de 18 de febrero) o la fuerzas armadas (RD

⁴ STS de 18 de enero de 2005 (RJ 1157).

⁵ STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2400) y ATS 15 de enero de 2014 (JUR 61523).

⁶ SSTs 12 de junio de 2013, (RJ 5730) y 20 de noviembre de 2014 (RJ 6814).

1755/2007, de 28 de diciembre; modificado por RD 640/2011, de 9 de mayo)⁷. Se aplica también, aun cuando con adaptaciones, en el ámbito de los centros y establecimientos militares (RD 1932/1998, de 11 de septiembre) y en los establecimientos penitenciarios (art. 3.3). Existen también disposiciones específicas para las Empresas de Trabajo Temporal (RD 216/1999, de 5 de febrero). Sin embargo, en el ámbito de la relación laboral, se aplica a todos los trabajadores subordinados, con independencia de la duración y el tipo de contrato.

En lo relativo a las exclusiones, no resulta de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (art. 3.4). En principio, el deber de seguridad viene conectado a la prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente, de forma que para los autónomos únicamente se regulan una serie de derechos y obligaciones para los supuestos de coincidencia de actividades con otras empresas en el centro de trabajo (art. 24 LPRL) junto a imprecisas previsiones, algunas de difícil aplicación práctica, contenidas en la Ley 20/2007, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo. Norma que brinda una tutela bastante débil al autónomo, escasamente justificada en relación al autónomo económicamente dependiente, donde las peculiaridades de la situación del trabajador, la debilidad y la presencia de un empresario “preeminente”, deberían llevar, *de lege ferenda*, a la asunción por su parte de algunas obligaciones, aspecto en el que incidiremos *infra*.

2.2. La obligación general del empresario en el centro del sistema

En este punto, nos parece de recibo resaltar cómo la LPRL siendo una Ley de amplio espectro y de carácter general, viene a poner en el centro del sistema la obligación general de seguridad del empresario. La norma toma como punto de partida del capítulo III (Obligaciones del empresario) el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que comporta el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores, a través de la garantía de su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias (art. 14.2 LPRL). De esta forma, se configura la posición deudora del empresario a través básicamente de una obligación general de seguridad, en los amplios términos descritos (STS de 12 de julio de 2007, RJ 8226), caracterizada por su carácter dinámico y permanente.

La mencionada disposición, que en otros ordenamientos es considerada como una auténtica cláusula de cierre del sistema, reviste, a nuestro juicio, una particular importancia habida cuenta su atemporalidad y su simultánea modernidad. Lo que queremos decir es que nos hallamos ante una norma que no envejece, porque no puede hacerlo y porque, como a todos nos alcanza, lo que

⁷ Sobre esta problemática puede verse la STJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-132/04, caso Comisión contra España.

prima es su finalidad de servir de garantía al trabajador y su configuración abierta, capaz de albergar aquellos comportamientos del empresario, necesarios e indispensables para la seguridad, con independencia de su tipología y más allá de las previsiones contenidas en la norma específica. En este caso, además, dada su introducción *ex novo* en el texto legal, porque su antecedente contenido en el art. 7 OGSHT (Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo 1971) no gozó de aplicación práctica, despliega un contenido claramente preventivo, aunque en sede judicial lamentablemente su aplicación sigue quedando pospuesta al momento resarcitorio o a la imposición del recargo de prestaciones regulado en el art. 123 LGSS⁸, algo que ha ocurrido también en otros ordenamientos, caso paradigmático el del art. 2087 Cod.civ. italiano.

De conformidad con el precepto legal (art. 14 LPRL), el empresario debe garantizar la seguridad y la salud en todos los aspectos relativos al trabajo y debe adoptar todas las medidas necesarias, más allá incluso de las expresamente previstas, para tutelar al trabajador, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, por medio de la integración de la prevención en la actividad empresarial. La amplitud de la deuda es considerable, y obliga al empresario a elegir las medidas a adoptar en función de las características de la empresa, la peligrosidad de la actividad y los trabajadores implicados. Obligación caracterizada por un claro dinamismo, por tanto, debe adaptarse a la evolución de la técnica y actualizarse en función a las nuevas situaciones de riesgo. Aunque no se ha producido un verdadero y profundo debate doctrinal al efecto, es asumido que la norma impone un criterio de seguridad en términos de posibilidad tecnológica⁹. Al menos en los aspectos indiscutibles, se rechaza la razonable posibilidad, o lo que es igual, la valoración costes-beneficios, y se asume que nos movemos en el plano de la “disponibilidad” de los medios, no de tecnologías no experimentadas o inaccesibles. Los límites a la obligación se sitúan en que los riesgos sean previsibles y evitables, reconduciendo la previsibilidad a la evaluación de riesgos. Nos hemos referido a la “modernidad” de la norma, y ello se muestra, por ejemplo, en comprender incluida en la misma la obligación empresarial de tutelar al trabajador frente a riesgos como el *mobbing* u otros riesgos emergentes, derivados de nuevas tecnologías o de las innovadoras formas de organización del trabajo.

⁸ Que pasará a ser sustituido por el art. 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a su entrada en vigor.

⁹ Por todos, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y razonablemente factible*, en “Revista de Derecho Social”, n. 39, 2007, p. 1 ss. Cuestión que ha centrado también la atención del Tribunal, que de forma especial ha salido al paso acerca de la compatibilidad con la Directiva de la norma británica que hace referencia a la “seguridad razonablemente viable”, vid. M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *La configuración de la obligación de seguridad y salud empresarial y el sistema de responsabilidad en materia preventiva (A propósito de la Sentencia del TJCE, de 14 de junio de 2007, sobre la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo)*, en “Tribuna Social”, n. 223, 2009, p. 33 ss.

Lógicamente, la norma viene concretada también por medio de una serie de deberes de corte más específico, de carácter instrumental, en tanto sirven al cumplimiento de la deuda general de seguridad, previstos en la propia LPRL. A lo anterior se acompaña la previsión de una serie de principios de la acción preventiva, regulados expresamente en el art. 15 LPRL y las obligaciones específicas que derivan del desarrollo reglamentario.

Las características del estudio hacen inoperante un análisis de detalle de todas y cada una de estas obligaciones. Sí merece, en cambio, cierta consideración la “procedimentalización” de la obligación operada por la LPRL, a fin de conformar un verdadero sistema preventivo, cuyos ejes descansan, como es bien sabido, sobre la evaluación de riesgos y la planificación y programación de las medidas preventivas a adoptar. El centro del sistema se sitúa en la obligación esencial del empresario de integrar la prevención en la empresa (art. 16 LPRL), a través de la elaboración e implantación de un plan de prevención (art. 2 RSP) basado en dos instrumentos claves: la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. Al decir del art. 1 RSP la actividad preventiva debe integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en los distintos niveles jerárquicos. De esta forma, la prevención debe proyectarse en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se preste. Para empresas de pequeñas dimensiones y que no realicen actividades de especial peligrosidad se contempla la posibilidad de realizar un plan de prevención de carácter simplificado (art. 16.2 bis LPRL y art. 2.4 RSP). En relación con el plan de prevención, herramienta para integrar la prevención en la empresa, debe ser aprobado por la dirección de la empresa (art. 2.1 RSP), ha de documentarse (junto a las otras obligaciones plasmadas a estos efectos en el art. 23 LPRL) y conservarse a disposición de la autoridad laboral, sanitaria y de los representantes de los trabajadores y debe incluir un contenido concreto regulado en el art. 2.2 RSP.

El núcleo esencial del sistema preventivo, herramienta que facilita los datos para poder poner en práctica de forma adecuada y planificada las medidas de seguridad necesarias, viene constituido por la evaluación de riesgos laborales (art. 16 LPRL). Se define la evaluación como el proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que hayan de adoptarse (art. 3.1 RSP). En cuanto al método o procedimiento para realizarla se deja bastante libertad al empresario para su elección, aunque debe resultar adecuado y consultar a los representantes de los trabajadores (art. 3.2 RSP; SAN de 14 de mayo de 2014, AS 1239, confirmada por STS de 16 de febrero de 2016, rec. 250/2014). Debe realizarse una evaluación inicial en relación a cada uno de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta tanto las condiciones de trabajo en los amplios términos definidos en el art. 4.7 LPRL como la naturaleza de la actividad o la presencia de trabajadores especialmente sensibles (art. 4 RSP). Evaluación que deberá ser objeto de actualización o ajuste (evaluación sucesiva) en

los momentos previstos en el propio RSP, básicamente con ocasión de elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, introducción de nuevas tecnologías, modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo, cambios en los equipos de trabajo, incorporación de trabajadores especialmente sensibles (art. 4.2 RSP). Además deberá revisarse (art. 6 RSP) cuando lo establezca una disposición específica, cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o que las actividades preventivas puedan ser inadecuadas o insuficientes y con la periodicidad acordada con los representantes de los trabajadores. Pese a la inexistencia de referencia legal alguna a los riesgos psicosociales, recientes pronunciamientos judiciales reafirman la obligación empresarial de realizar una evaluación en relación a los mismos (SAN de 14 de mayo de 2014 citadas).

Los resultados de la evaluación serán la base para la planificación de la actividad preventiva en la empresa (art. 8 RSP), incluyendo en ella los medios humanos y materiales necesarios, y la asignación de los recursos económicos precisos para la consecución de los objetivos propuestos, incluyendo la designación de responsables, el plazo para llevar a cabo la actividad preventiva y las medidas concretas en relación a las principales obligaciones empresariales (formación, información, vigilancia de la salud, medidas de emergencia) (art. 9 RSP). El art. 16.2 LPRL pone de manifiesto que “el empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma”.

Otras obligaciones del empresario pasan por la información a los trabajadores de los riesgos para su seguridad y salud en el trabajo como de las medidas y actividades de prevención y protección (art. 18 ET) o la formación (art. 19 LPRL) adecuada en materia preventiva. Aspecto interesante es el tratamiento dado a esta formación en algunas sentencias que entienden que ha de realizarse de manera real y efectiva, sin que resulte suficiente el hecho de suscribir un documento que afirme que se han cumplido las obligaciones, si la práctica demuestra lo contrario (STS -Sala 1ª- de 3 de julio de 2008, RJ 3324) o la mera entrega sin más de libros o fascículos. Prácticas arraigadas en el ordenamiento. Asimismo, se regulan las obligaciones para supuestos de riesgo grave e inminente, la coincidencia de actividades en un mismo centro de trabajo, la vigilancia de la salud o la protección de los trabajadores especialmente sensibles, que plantean notables problemas aplicativos y de detalle, que exceden de los objetivos de nuestro trabajo.

2.3. El trabajador como actor no protagonista en materia preventiva

Centrándonos en los grandes principios y en los aspectos generales del sistema, prescindiendo de los temas de detalle, conviene recordar cuál es la posición que aún ostenta el trabajador en el ordenamiento de la prevención de

riesgos laborales¹⁰. En nuestro país, el trabajador es titular básicamente de derechos en materia de seguridad y salud, iniciando con el general a la protección eficaz, acompañado de prerrogativas más específicas. En este sentido, viene dotado, incluso, de una importante facultad de autotutela, de posible interrupción y abandono, llegado el caso, del lugar de trabajo (art. 21.2 LPRL)¹¹. Derecho con claro anclaje constitucional, en aras a proteger el derecho a la vida y a la integridad física y moral; prerrogativa que, pese a su excepcionalidad, en la práctica no es fuente de conflictos judiciales, seguramente por su escaso ejercicio. En este caso, siendo cierta la extrema complejidad de la posición del trabajador y la existencia de una posibilidad en absoluto remota de ser despedido, debería ser consciente del valor de la vida humana, de forma que ante situaciones de verdadero peligro grave e inminente, una buena salida es ésta, única capaz de garantizar la incolumidad de su persona, sin depender de actuaciones, a veces ineficaces, por parte de terceros. En este terreno, en su caso, los jueces deberían decantarse por la calificación del despido como nulo, por vulneración del derecho fundamental contenido en el art. 15 CE, única respuesta que garantiza al trabajador el reingreso al puesto de trabajo. La facultad también se reconoce en el plano colectivo a los representantes de los trabajadores (representación unitaria y subsidiariamente, en caso de que por la urgencia requerida no pudiera reunirse aquélla, los delegados de prevención por mayoría). Al decir del precepto legal, los trabajadores no pueden sufrir perjuicio alguno y conservan el derecho al salario (ex art. 30 ET y 44 LPRL), salvo que hayan obrado de mala fe o cometido negligencia grave. La Autoridad Laboral, tras la inmediata notificación por parte de la representación de los trabajadores, ratificará o anulará la paralización en un plazo de 24 horas. Intervención independiente de la propia facultad que se atribuye a la Inspección de Trabajo de paralizar la actividad en supuestos de riesgo grave e inminente en el art. 44 de la propia Ley.

Otro ámbito donde los equilibrios entre las posiciones de las partes resultan delicados es el referente al derecho del trabajador a la vigilancia periódica de su estado de salud y la correspondiente garantía a cargo del empresario (art. 22 LPRL). La necesidad de respeto a los derechos fundamentales que pudieran verse afectados como consecuencia de las pruebas y evaluaciones de salud ha llevado al legislador a establecer una obligación empresarial de vigilancia que viene condicionada a su aceptación por parte del trabajador. Esto es, como regla general, la vigilancia exige el consentimiento (tácito o expreso) del trabajador, aunque parece más conveniente exigirle una manifestación de voluntad por escrito. El precepto legal contempla,

¹⁰ *In extenso*, J.F. LOUSADA AROCHENA y R.P. RON LATAS, *Obligaciones preventivas y responsabilidad de los trabajadores*, en “Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, n. 36, 2014, p. 1 ss.; M. NAVAS-PAREJO ALONSO, *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid, 2012; R. POQUET CATALÁ, *Derechos y obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2015.

¹¹ Entre otros, R.M. MORATO GARCÍA, *Problemática en torno a la tutela en situaciones de riesgo grave e inminente. Diagnóstico y perspectivas a la luz de su tratamiento convencional*, en “Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, n. 26, 2011.

no obstante, tres excepciones a esta regla del consentimiento, previo informe de los representantes de los trabajadores. Excepciones de interpretación restrictiva según el TC (STC 196/2004, de 15 de noviembre), exigiendo la presencia o bien de la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, exigiendo la existencia de un peligro cierto objetivable. En principio, no debe generalizarse la obligatoriedad de los controles, sino seleccionar aquellos puestos de trabajo con riesgos adicionales. La negativa del trabajador a someterse a la vigilancia de la salud puede acarrear el despido disciplinario por incumplimiento de los deberes en materia de seguridad que ostenta el trabajador. Despido que será calificado de procedente si el consentimiento no resulta exigible y nulo por vulneración del derecho a la intimidad, en caso contrario.

El trabajador, como apuntamos, es titular de un derecho a la protección eficaz que se traduce en el reconocimiento de un deber general del empresario en orden a la garantía de la seguridad y salud y una serie de obligaciones específicas ya comentadas. No obstante lo anterior, la posición del trabajador es más compleja y aunque principalmente es el acreedor de la deuda de seguridad y el sujeto a cuya protección van diseñadas las medidas, la LPRL hace recaer sobre el mismo también una serie de obligaciones. Ahora bien, la lectura del art. 29 LPRL (obligaciones de los trabajadores) permite extraer algunas conclusiones. En principio, se parte también de una obligación de corte general de velar por su salud y la de terceros y una serie de obligaciones más específicas. Pero ahí terminan las similitudes con las del empresario. Estamos ante obligaciones condicionadas (según sus posibilidades, de conformidad con su formación y de acuerdo con las instrucciones recibidas del empresario), secundarias respecto a las del empresario y, en ningún caso, de iniciativa, pues el papel del trabajador es más bien de colaboración (informando de los riesgos a su superior jerárquico), cooperación, corrección (uso adecuado y correcto de los equipos de trabajo y de protección y los dispositivos de seguridad) y obediencia (art. 5 b) y 19.2 ET), en relación a las medidas dispuestas por su empleador. Como señalan los tribunales, al trabajador le es exigible un deber individual de observar las medidas de seguridad que conoce y una conducta propia de todo ser racional, adulto y capacitado para su trabajo. La LPRL sitúa la responsabilidad del trabajador en esta materia en el ámbito del poder disciplinario del empresario, dando lugar a las correspondientes sanciones y, llegado el caso, al despido disciplinario, en los términos previstos en la negociación colectiva (art. 58 ET).

2.4. Los sujetos de la prevención

Como a estas alturas es bien conocido, la actividad de prevención es una actividad sumamente compleja que descansa en conocimientos técnicos y

especializados y en aptitudes concretas. Ello hace que el legislador haya precisado también, siguiendo los dictados comunitarios, que los empresarios deben servirse, en distinta medida, de la colaboración de distintos sujetos. En este sentido, en primer lugar, para el cumplimiento de sus obligaciones, las empresas deben dotarse de medios humanos y materiales para la prevención de riesgos laborales, de forma que se considera incluido en el deber de seguridad la organización de la prevención de riesgos, en alguna de las modalidades admitidas legalmente (art. 10 RSP), esto es, asunción personal por el empresario, designación de trabajadores, constitución de un servicio de prevención propio (que en determinados supuestos puede ser mancomunado, art. 21 RSP) o recurriendo al concierto de la actividad preventiva con un servicio ajeno, debidamente acreditado. En la práctica, seguramente, la inadecuada transposición de la Directiva Marco, que como es sabido, da prioridad a los recursos internos, diseñando el recurso a servicios externos como subsidiaria, está en el origen de un número importante de problemas derivados de la aplicación de la normativa preventiva, aspecto al que nos referiremos con más detalle *infra*.

Nuestra legislación parte de una igualdad de planos, entre los recursos externos y el empleo de recursos propios en materia de prevención. Ello ha llevado, pese a los sucesivos cambios legales, a una preferencia en la práctica por los recursos externos, utilizados en muchas ocasiones como forma exclusiva de organización de la prevención en la empresa, a una desconexión entre las tareas preventivas y sus protagonistas y a inadecuados cumplimientos preventivos por parte de estos servicios, pese al control ejercido por la administración en sede de acreditación para funcionar como servicio de prevención ajeno. A diferencia de otros ordenamientos se echa en falta la obligación de designar un responsable del servicio o de designar trabajadores encargados de la prevención, de forma que con frecuencia la responsabilidad de los sujetos queda en buena medida desdibujada. Tampoco hay referencia al nombramiento del médico responsable, aunque existen normas específicas, cada vez más detalladas, donde se regulan el número de médicos competentes en función del número de trabajadores a atender y los recursos mínimos necesarios.

Por otra parte, La LPRL, siguiendo también la estela de la Directiva Marco, sitúa en un lugar destacado la participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud¹². Es más, parte de considerar que los derechos de información,

¹² Por todos, E. BORRAJO DACRUZ, *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*, en *Actualidad Laboral*, n. 13, 2011, p. 1628 ss.; L.M. CAMPS RUIZ, *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; M.P. GARCÍA MIGUÉLEZ, *La participación de los trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, en *Pecunia*, n. 8, 2009, p. 121 ss. L. MIRANDA, *La dimensión colectiva de la tutela del entorno de trabajo en Europa: perfiles comparativos entre Italia, Francia y Eslovenia*, Bomarzo, Albacete, 2012. Sobre el sistema representativo “especializado” en España, entre otros, A. ALVAREZ MONTERO, *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2001; M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *El Comité de Seguridad y Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J. ROMERAL FERNÁNDEZ, *El delegado de prevención*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

participación y consulta forman parte del derecho a la protección eficaz, en un intento de delinear una representación especializada donde lo preeminente resulte ser el aspecto participativo y de colaboración frente al conflicto. En esta materia, como en ninguna otra, los intereses de trabajadores y empresarios han de caminar de la mano, y deben basarse en una relación básicamente colaborativa, si tenemos en cuenta que objetivo primordial es la garantía de derechos del trabajador, esenciales e indisponibles.

Según dispone el art. 35.1 LPRL los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. En principio, su designación está prevista por y entre la representación del personal (comités de empresa y delegados de personal, y los correspondientes representantes en el ámbito de la administración pública), en empresas o centros de trabajo con seis o más trabajadores. En el supuesto de entre seis y nueve, atendido el art. 62. 1 ET, si así lo decidiesen los trabajadores por mayoría, procediendo en primer lugar a convocar elecciones para cubrir la representación unitaria. Se trata, por tanto, de un órgano representativo de segundo grado, “especializado”, por así decir, sin que se instaure una nueva instancia de representación de los trabajadores (SAN de 21 de julio de 1998, AS 3006; STS de 31 de marzo de 2009, RJ 2602). En cuanto al número de delegados, va aumentando (de 1 a 8) en función de la plantilla, y resulta seguramente ampliable por negociación colectiva.

El régimen descrito resulta dispositivo para la negociación colectiva, de esta forma, “en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los trabajadores” (art. 35.4 LPRL). Según la jurisprudencia, esta posibilidad queda reservada al convenio colectivo estatutario [SSTS de 9 de marzo de 2011 (RJ 3120) y 25 de julio de 2013 (JUR 310010)]¹³. Por otra parte, la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones acerca del polémico asunto de si es necesario respetar el criterio proporcional en la designación de los delegados. Aunque el tema planteó bastante conflicto en los TSJ, inclinándose mayoritariamente por el criterio proporcional, el TS vino a zanjar la cuestión considerando, en atención a diversos argumentos entre los que destacan el carácter técnico del órgano y su carencia de facultades para negociar colectivamente, que resulta inexigible el respeto de la proporcionalidad sindical, siendo suficiente el criterio mayoritario¹⁴. Por su parte, el propio precepto legal permite también la constitución por negociación colectiva de órganos específicos que asuman las

¹³ Sobre la posibilidad de que el cambio afecte también al comité de seguridad y salud, STS de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1025).

¹⁴ SSTS de 15 de junio de 2008 (RJ 5702), 14 de junio de 1999 (RJ 6007), 31 de marzo de 2009 (RJ 2602) y 30 de abril de 2011 (RJ 4618); SAN de 21 de noviembre de 2001 (JUR 2002/54519); para el TC, se trata de una cuestión de estricta legalidad ordinaria, ATC 98/2000, 6 de abril.

competencias y facultades de los delegados de prevención y cuyo ámbito de actuación podría corresponderse con el propio de aplicación del convenio.

Las competencias de los delegados de prevención aparecen reguladas en el art. 36 LRPL y son principalmente de información, consulta, vigilancia y control (sin que ello los convierta en garantes de la seguridad, dado que a la empresa se impone la observancia de la obligación de seguridad directamente, sin condicionamiento a que le sean exigidas por los órganos de participación en la materia, STS de 6 de mayo de 1998, RJ 4096) y colaboración. A ello se acompañan una serie de facultades como las de acompañar a los técnicos en sus visitas y las propuestas al empresario o al comité de seguridad y salud acerca de medidas preventivas y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Asimismo, pueden proponer la paralización de la actividad en supuestos de riesgo grave e inminente. En cuanto a las garantías, le resultan de aplicación las reconocidas a la representación unitaria, aunque debe imputarse al crédito horario ya reconocido el tiempo utilizado por los delegados de prevención para el desempeño de sus funciones específicas (art. 37.1.2 LPRL). No obstante, se considera tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el tiempo dedicado a determinadas actividades tales como la asistencia a reuniones del comité de seguridad y salud, acompañar a los técnicos y a los inspectores en sus visitas, presentarse en el lugar de trabajo donde se hayan producido daños a los trabajadores y la formación.

A la participación viene también destinado el comité de seguridad y salud, órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (art. 38.1 LPRL) en empresas o centros de trabajo de 50 o más trabajadores (STS 3 de diciembre de 1997, RJ 8929). Se integra por los delegados de prevención e igual número de representantes del lado empresarial. Además se prevé la asistencia de una serie de sujetos con voz pero sin voto, tales como los delegados sindicales o los responsables técnicos de la prevención en la empresa, así como los trabajadores con especial cualificación o información en relación a las cuestiones a tratar o los técnicos en prevención ajenos a la empresa, si así lo solicitara una de las dos representaciones (art. 38.2 LPRL). El propio comité será el encargado de dictar su reglamento de funcionamiento, aunque debe reunirse trimestralmente y cuando así lo solicite alguna de las dos representaciones (art. 38.2 LPRL). Se regula también la figura del comité intercentros para aquellas empresas que cuenten con varios centros de trabajo dotados de comité de seguridad y salud siempre que así lo acuerden la empresa y los trabajadores, siendo sus competencias las que expresamente se acuerden (art. 38.3 LPRL).

Las competencias del comité de seguridad y salud son básicamente de elaboración y puesta en práctica de los planes y programas de PRL en la empresa y de promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (art. 39.1 LPRL) ostentando para ello una serie de facultades consistentes en la

información y facilitación por parte del empresario de determinadas situaciones, datos, informes o documentos en los términos contenidos en el art. 39.2 LPRL.

2.5. El complejo cuadro de responsabilidades en materia preventiva

La DM, como no podía ser de otra manera, al tratarse de una norma esencialmente preventiva y portadora de un enfoque nuevo -generalista y universalista-, centrada en los derechos y deberes de las partes, no entra a definir el tema de las responsabilidades que deben regir en cada ordenamiento interno. Existe solamente una somera referencia a esta temática, en clave facultativa, cuando se alude en el art. 5.4 que “La presente Directiva no obstaculizará la facultad de los Estados Miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no pudieran ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada”.

Este planteamiento, del todo lógico, llevó a nuestro legislador, en primer lugar, a aludir someramente a las posibles responsabilidades existentes ante el incumplimiento de la normativa de seguridad, remitiendo tácitamente la regulación de cada una de ellas a los respectivos textos legales y, en segundo lugar, a incluir en el texto de la LPRL una regulación sobre las infracciones y sanciones del orden social, principal de las responsabilidades en la materia, manifestación de la potestad sancionadora de la administración. Regulación que pasó posteriormente a formar parte del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS), aprobado por RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Esta opción de política legislativa lleva, aun en la actualidad, a un cuadro empresarial de responsabilidades que reviste una especial complejidad, está dotado de regulaciones contenidas en diversos textos jurídicos y es particularmente extenso. Ahora bien, no puede decirse que lo anterior haya arrojado resultados excesivamente positivos en nuestras estadísticas de siniestralidad laboral que, no obstante, como luego expondremos, ha experimentado, por diversos motivos, una mejoría considerable.

Si partimos de lo previsto en el art. 42 LPRL, en este ámbito cabe exigir responsabilidades administrativas (reguladas en la LISOS), penales (conforme a las previsiones del Código Penal), civiles (a la que se aplicaría la regulación típicamente privada del Código Civil) y de recargo de prestaciones (regulado en la Ley General de la Seguridad social), que en principio resultan compatibles entre sí, salvo las penales y administrativas, si ello resulta impedido por el juego del principio *non bis in idem*, que exige, como es sabido, identidad de sujeto, hechos y fundamentos¹⁵. No pretendemos, pues resultaría incompatible con la finalidad del estudio, analizar en detalle cada una de estas responsabilidades, de las que se ha ocupado

¹⁵ STC 334/2005 y 4/2007; SSTS (Sala 3ª) de 12 de junio de 2011 (RJ 2075) y 31 de marzo de 2011 (RJ 2759) y STC 70/2012, de 16 de abril.

profusamente la doctrina¹⁶. Ahora bien, si nos parecen necesarias unas someras referencias de conjunto al sistema. En primer lugar, destacar que las dos primeras -la administrativa y la penal específica- sancionan el incumplimiento de las medidas de seguridad, sin exigir la existencia de daños (que en el ámbito penal podrían ser perseguidos a través de los delitos comunes de homicidio o lesiones) y despliegan, por tanto, un importante efecto preventivo y ejemplar frente a futuros incumplimientos. Por el contrario, para que entren en juego sea la responsabilidad civil o el recargo de prestaciones, resulta absolutamente indispensable la presencia de daños al trabajador, de forma que sobre todo tienen efectos *ex-post*, resarcitorios, aunque se considera que el recargo, dada su doble faz indemnización-sanción, despliega también aspectos preventivos.

La existencia de estos cuatro tipos de responsabilidades, regulados en normas pertenecientes a órdenes jurídicos también diversos, ha provocado tanto un peregrinaje de jurisdicciones al trabajador demandante como, por otra parte, una variedad de criterios interpretativos en orden a la aplicación de las responsabilidades que, en ocasiones, pueden afectar a la coherencia interna del propio ordenamiento. Esta situación, en parte al menos, se solventa a raíz de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) que otorga la competencia para el conocimiento de todas las acciones de responsabilidad, con la lógica excepción de la penal, al orden social de la jurisdicción, evitando algunos de los problemas señalados. Así, aparte de la competencia para conocer de la impugnación de las sanciones administrativas

¹⁶ La bibliografía sobre la materia es abundantísima, a título orientativo, como obras de carácter general pueden consultarse: C.L. ALFONSO MELLADO, *Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, 2011; M. CARDENAL CARRO y J. HIERRO HIERRO, *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, Bomarzo, Albacete, 2005; M.D. CASAS PLANES, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing (novedades de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013; M. CORREA CARRASCO, *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bomarzo, Albacete, 2008; M. COS EGEA, *Responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010; S. DEL REY GUANTER (dir.) y M. LUQUE PARRA, *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008; J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa*, Comares, Granada, 2014; E. GALDÓS LOYOLA, *La vigencia del recargo de prestaciones a través de su interpretación y práctica*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2013; A. GINÉS FABRELLAS, *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, Madrid, 2006; J.C. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005; J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Concurrencia de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales; aspectos sustantivos y procesales*, en "Revista de Trabajo y Seguridad Social", CEF n. 382, 2015, p. 43 ss.; M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laborales*, Comares, Granada, 2000; N.PUMARBELTRÁN (Coord), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006; P.A. RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los arts. 316 y 317 del Código penal*, Iustel, Madrid, 2007; R. SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito de creación de riesgos para la salud del trabajador*, Universidad de Almería, 2010; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2012.

impuestas por la administración, el art. 2 b) del mencionado texto legal, atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de “*las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*”. A pesar de esta importante modificación, seguramente habría que acometer una reordenación y simplificación de las responsabilidades legalmente previstas.

En cuanto a los posibles sujetos responsables, el principal es lógicamente el empresario, aunque no se excluye la responsabilidad de terceros. Seguramente el ámbito donde esta cuestión está mejor definida es en relación a la vía administrativa donde se prevén también sanciones para otros actores de la prevención como los promotores, los autónomos, las entidades acreditadas como servicios de prevención y auditoras, entre otros. En el ámbito de las administraciones públicas rige un régimen especial con imposición de medidas correctoras, regulado por RD 707/2002, de 19 de julio.

Es también en esta vía donde despliega su actuación la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, órgano encargado de la vigilancia y el control del cumplimiento de la normativa de PRL, que desempeña también importantes tareas preventivas y de asesoramiento a las empresas y trabajadores y que puede dar inicio al correspondiente procedimiento administrativo sancionador (regulado en RD 928/1998), a través del acta de infracción.

En el ámbito penal, el sujeto activo del delito contra la seguridad en el trabajo viene delimitado por referencia a los que “*están legalmente obligados*”, en lugar de detallar quiénes podrían cometerlo. Ello obliga a volver la vista a la LPRL, de donde resulta evidente que el principal sujeto obligado es el empresario, con las matizaciones correspondientes caso de tratarse de una persona jurídica (art. 318 CP). No encajan en esa definición ni el trabajador ni sus representantes en materia de prevención de riesgos laborales. Más dudas suscitan las distintas figuras encuadrables dentro de la organización preventiva en la empresa tales como los técnicos de prevención (propios o externos), los encargados de la coordinación o los recursos preventivos.

Como hemos puesto de manifiesto, aun en presencia de un cuadro complejo y completo como el apuntado, seguimos con una enorme dificultad en orden al cumplimiento eficiente y efectivo de la norma preventiva. Como con acierto ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de junio de 2014¹⁷, el cumplimiento meramente formal de sus obligaciones por parte del empresario, no le exonera de responsabilidad si el desarrollo diario del trabajo desconoce tales normas de prevención y antepone otras consideraciones (una

¹⁷ ARP 738.

mayor comodidad en el trabajo o una mayor eficacia en las labores) a la seguridad de los trabajadores.

3. *Dos décadas de vigencia de una norma de notable actualidad: luces y sombras*

No resulta en absoluto sencillo hacer una valoración de conjunto sobre dos décadas de aplicación de una Ley de extrema complejidad como es la LPRL, a la que acompaña un abultado conjunto normativo de desarrollo y cuyos resultados, en muchos casos, se miden en relación a su fracaso -la alta siniestralidad laboral o los problemas de cumplimiento aún detectados por la Inspección de trabajo, entre otros- y no tanto a sus posibles éxitos.

Una cuestión que habría de destacarse, empezando por las luces de la aplicación de la LPRL, sería la especial relevancia cobrada por la temática preventiva en el ámbito laboral. Resulta sintomático que de regular los aspectos decididamente técnicos y específicos de la seguridad en el trabajo y de la utilización de normas reglamentarias y de ínfimo rango normativo, se pasase a la regulación del asunto -al menos en lo que hace a los aspectos centrales y generales del sistema- en un texto con rango formal de Ley. Ley que, al menos en sede doctrinal y judicial, ha cobrado una relevancia que nunca alcanzó su antecedente inmediato (la Ordenanza del año 71). Puede afirmarse, asimismo, que la obligación de seguridad del empresario ha cobrado un papel de absoluta centralidad en el ámbito de la disciplina del contrato de trabajo, de forma que en la actualidad nadie duda de su relevancia ni del carácter esencial que reviste la obligación empresarial. Lejos quedan las calificaciones de la obligación de seguridad como accesoria del contrato, en la medida en que nos hallamos ante el núcleo duro de los derechos contractuales del trabajador que deben ser garantizados por el empresario.

Asimismo, cabe resaltar el notorio avance producido hacia un enfoque esencialmente preventivo de la tutela. Como a todos nos alcanza, la protección *ex-post*, resarcitoria, resulta ineficaz a los fines de tutela. Por su parte, se ha instalado una visión omnicomprensiva de los riesgos laborales, lejos ya de una disciplina extremadamente especializada y parcializada, limitada a determinados ambientes caracterizados por su peligrosidad sino que se parte de la constatación de que los riesgos laborales, en los amplios términos definidos por la LPRL, existen en cualquier lugar de trabajo, con notable preeminencia en los últimos tiempos de los riesgos psicosociales, los riesgos ligados a la utilización intensiva de las nuevas tecnologías o los riesgos emergentes.

En esta línea, se empieza a notar de forma patente la implicación de algunas empresas con la prevención, como lo demuestran los ejemplos de buenas prácticas que pueden encontrarse en nuestro país¹⁸. Aunque todavía en número limitado,

¹⁸ Una profundización sobre este tema en M.T. IGARTUA MIRÓ, *Nuevas tendencias en Seguridad y Salud en el Trabajo: buenas prácticas versus cumplimiento meramente formal de la norma jurídica*,

existen organizaciones donde la prevención está sumamente arraigada y se buscan fórmulas y enfoques tendentes a superar el “accidente 0” para lograr una mejora permanente y sensible de los niveles de protección alcanzados.

Es de justicia también subrayar en este momento la mejora notable experimentada en los últimos tiempos por las cifras de siniestralidad laboral. Por un lado, se aprecia una disminución notable del número accidentes, acompañada, asimismo, de una rebaja sensible del número de muertos en el trabajo que se ha reducido prácticamente a la mitad (de los 1000 anuales hemos pasado a los 454 en 2014¹⁹; cifra que, no obstante, sigue siendo excesiva y que, además, debe ser interpretada en el contexto de grave crisis económica, altas cotas de desempleo, descenso de actividad en sectores con alta siniestralidad y así sucesivamente). Cuestión distinta, y que debiera ser objeto de mayor atención tanto por los poderes públicos como por los investigadores es la del progresivo aumento de otro tipo de dolencias relacionadas con otras condiciones de trabajo, en especial con su organización y con los aspectos humanos, reflejado en el incremento de casos de estrés ligado al trabajo, acoso, depresión, ansiedad y otras dolencias²⁰. En este contexto cabe destacar, por un lado, la escasez de datos fiables, dada la falta de registro de estas patologías, no todas correctamente diagnosticadas y la dificultad en muchos casos para fijar la conexión al trabajo; por otro, nuestra legislación se caracteriza por un absoluto olvido, sostenido en el tiempo, en relación a tan complejas cuestiones. Si bien es verdad que la amplitud y generalidad de la LPRL está permitiendo su consideración como riesgo a prevenir por el empresario (en base a las genéricas referencias a los riesgos laborales contenidas en diversos preceptos de la LPRL -4, 14 o 15, especialmente-), no estaría de más su inclusión expresa, al menos en relación con la evaluación de riesgos y la previsión de específicas obligaciones en este terreno y un esfuerzo definitorio en el plano estrictamente jurídico. Afirmación extensible a los trabajadores especialmente sensibles, donde la parca regulación legal contenida en el art. 25 LPRL, necesitada de un desarrollo reglamentario, presenta dificultades aplicativas graves capaces de dar al traste con la tutela y de banalizar la categoría, como de hecho está ocurriendo en la práctica. Resultaría sustancial, a fin de conseguir mejoras en la organización del trabajo, capaces de dar respuesta a la problemática planteada por estos colectivos, incluyendo los trabajadores maduros o de mayor edad²¹, una definición

en M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 217 ss.

¹⁹ Dato que figura en la Memoria sobre siniestralidad laboral 2014 elaborada por el Ministerio de Empleo. Con mayor detalle también M. LUQUE PARRA y A. GINÉSI FABRELLAS, *Comparative Labor Law dossier. Seguridad y salud laboral en España*, en “IUSLabor”, 2/2015, p. 1 ss.; J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 7.

²⁰ Llevados al extremo, G. GARCÍA GONZÁLEZ, *Crisis económica y riesgos psicosociales: el suicidio como accidente de trabajo, Perspectiva jurídico-preventiva*, en “Revista de Derecho Social”, n. 50, 2010, p. 127 ss.

²¹ Para J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 12, la situación de estos trabajadores, que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior

más ajustada de trabajador especialmente sensible, y una concreción legal de las obligaciones empresariales en este terreno, en especial en relación a su alcance. Convendría despejar las dudas sobre las obligaciones empresariales en relación con la adaptación o el cambio de puesto del trabajador especialmente sensible. Esta realidad, pendiente aún de mayores investigaciones específicas, impone, a nuestro modo de ver la cuestión, una aproximación diversa y novedosa a la seguridad en el trabajo, dando una mayor relevancia a los aspectos relativos a la salud y a las cuestiones específicamente ligadas a las características personales del trabajador.

Notable avance puede apreciarse también en relación con el incremento del número de efectivos de la inspección de trabajo, algo que debe contribuir a una mejora en la aplicación y la eficacia de las políticas preventivas, a través del desempeño de actividades no solo de vigilancia y control, sino especialmente las centradas en el asesoramiento y la colaboración con las empresas²². A nuestro juicio, favorable acogida merece asimismo la creación por la Ley 23/2015, de 21 de julio, reguladora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de una nueva escala, dentro del cuerpo de subinspectores, especializada en materia de seguridad y salud en el trabajo, de forma que prima la capacitación y la especialización de los conocimientos en un campo caracterizado por una especial complejidad técnica.

Entrando en la enumeración de las “sombras”, los aspectos sin duda más problemáticos siguen siendo, a nuestro juicio, los relativos a la escasa cultura preventiva y la falta de capacitación y sensibilización en relación con la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, así como la excesiva externalización en el desarrollo de las tareas preventivas. Como a estas alturas es bien conocido, casi con total seguridad nuestra normativa interna, con la preferencia mostrada por el recurso a servicios externos, basada en una amplia libertad de opción otorgada al empresario²³, que prácticamente sólo cede en empresas de grandes dimensiones, por el traspaso de la actividad a un tercero, no se muestra en línea con la Directiva Marco²⁴. Está más o menos aceptada la premisa de que la actuación desplegada por los servicios de prevención externos no siempre alcanza unos mínimos de adecuación y eficiencia, pese a la sujeción de estas entidades a importantes

a la media, obliga a repensar en el futuro próximo la situación de este colectivo como expresamente sensible.

²² Como se deriva de los datos contenidos en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2014, elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en los últimos 8 años se ha producido un crecimiento de casi de 200 funcionarios en el cuerpo de Inspección, de esa forma, la ratio de número de trabajadores correspondiente a cada Inspector estaría ya cercano a los 15.000.

²³ Vid. también algunas propuestas en relación a la racionalización del sector de la prevención, en J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 8. In extenso, M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los Servicios de Prevención*, en “Revista Doctrinal Aranzadi Social”, n. 4/2012, BIB 2012/1152.

²⁴ Así lo ha considerado el TJUE en relación a la defectuosa trasposición por parte de algunos países, por todas, Sentencia de 15 de noviembre de 2001 (asunto C-49/00) y Sentencias de 22 de mayo de 2003 (asuntos C-335/02 y C-441/01).

controles administrativos, para garantizar la calidad del servicio prestado²⁵. En este sentido, pese a las reformas sucesivas del régimen de acreditación -las últimas, por RD 901/2015, de 9 de octubre y en relación con la actividad sanitaria por la Orden ESS/2259/2015- no han arrojado resultados demasiado alentadores. De esta forma, en la práctica el desarrollo de la actividad preventiva por parte de estas entidades es uno de los principales problemas de la ineficacia e ineficiencia de las políticas preventivas. A nuestro modo de ver la cuestión, en los supuestos de externalización plena de la actividad preventiva (operada al menos en el 50% de las empresas españolas), se hace especialmente difícil la integración de la actividad preventiva, según el mandato contenido en los arts. 14 y 16 LPRL, en la gestión de la empresa.

En este sentido, también en los próximos meses habrá que valorar el efecto que sobre esta situación pueda tener la obligación impuesta a las Mutuas de vender su participación en las llamadas sociedades de prevención tras la entrada en vigor de la ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica el art. 32 LPRL impidiendo a las Mutuas desarrollar, directa o indirectamente, actividades como Servicios de Prevención Ajenos (DF Primera; operación de desinversión que debería haberse culminado para el 31 de marzo de 2015).

En otro orden de consideraciones, como hemos apuntado *supra*, el complejo y en algunos aspectos descoordinado cuadro de responsabilidades diseñado a nivel interno, no ha contribuido en modo alguno a la eficacia del sistema preventivo²⁶, ni a la mejora de la eficiencia de la aplicación de la norma preventiva. Es de destacar que la Estrategia Española 2015-2020 se proponga agilizar los procedimientos tendentes al cobro de las sanciones impuestas, de cara a que se garantice la eficacia del principio de prevención general y especial, así como orientar, de común acuerdo con las Comunidades Autónomas, que la totalidad o parte de las sanciones recaudadas por incumplimientos en materia de PRL, se destinen a programas de las autoridades competentes en investigación y desarrollo, promoción y asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo. Igualmente, establecer procedimientos alternativos a las sanciones, en la línea ya iniciada con otros programas de reducción de accidentes. Por su parte, las responsabilidades centradas en el daño, en definitiva, suponen en la mayoría de las ocasiones la quiebra de la tutela preventiva, que se ha demostrado insuficiente e inadecuada.

Ello lleva a la necesidad, habida cuenta que la mayor parte de los accidentes tienen su causa en la falta de respeto de la obligación de seguridad, en el comportamiento inadecuado o peligroso por parte de los trabajadores, a veces

²⁵ Vid. la Guía Técnica para la mejora de la eficacia y calidad de las actuaciones de los Servicios de Prevención Ajenos. Criterios de calidad del servicio, elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012.

²⁶ Resulta interesante consultar las deficiencias que sigue detectando la Inspección de Trabajo en orden al cumplimiento de la LPRL y las propuestas de mejora contenidas en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2014), p. 122 ss.

como resultado de su propia y excesiva confianza en la destreza y habilidad en el desarrollo del trabajo, imprudencias o distracciones, incorrecta organización del trabajo y así sucesivamente, de adoptar otras medidas, de tipo organizativo y humano, capaces de evitar también este tipo de riesgos.

4. *Algunas propuestas para seguir avanzando en la garantía de la seguridad y salud en el trabajo*

Tras las distintas ideas expuestas, que no agotan en absoluto el tratamiento de la materia, es necesario prácticamente volver al punto de partida, de forma que en las relaciones de trabajo actuales, donde la tutela del trabajador parece debilitarse y priman los objetivos de corte económico, resulta preciso reivindicar en toda su extensión y con plena eficacia el derecho del trabajador a desempeñar su actividad laboral en plenas condiciones de salud y seguridad. Esta colocación del derecho a la salud en el centro mismo del contrato de trabajo, contrasta con algunas tendencias detectadas en las políticas europeas en este terreno, donde asistimos a la deriva hacia un enfoque menos social de la seguridad y salud, más centrado en los costes económicos de los daños laborales y en la necesidad de prolongar la vida activa, que en la tutela de los derechos ligados a la persona del trabajador²⁷.

Es cierto que, pese a la vorágine de reformas y contrarreformas laborales que implican un desequilibrio de las fuerzas y una disminución de las garantías de los trabajadores, la normativa de PRL no ha sufrido grandes y aparatosos cambios. Ahora bien, de manera casi silente se aprecia una fuerte propensión a limitarse a “librar” a las empresas, especialmente de pequeño tamaño, de las cargas administrativas, entre las que se empieza a incluir indebidamente la prevención de riesgos y de esa misma forma, casi imperceptible, se van erosionando las tutelas. Por un lado, en el ordenamiento interno, la tendencia hacia la promoción de la utilización de recursos propios, sin alterar en lo sustancial el sistema de organización de la prevención en la empresa diseñado en 1997, y meramente retocado en reformas posteriores, lleva a admitir una ampliación desmesurada de la excepción a la regla de colaboración de otros sujetos en la prevención, abriendo amplios espacios a la “autogestión” por parte del empresario. De esta forma, si ya llamaba la atención que la norma interna admitiese que el empresario prescindiese de asistencia técnica en empresas o centros de trabajo de menos de 6 trabajadores, ahora se admite en empresas de hasta 25, siempre que tengan un único centro de trabajo (a raíz de la modificación operada por el art. 39 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, en el art. 30.5 LPRL). Por otra parte, aunque los datos no son en exceso fiables ni fáciles de conseguir, no favorecen la gestión eficiente de la prevención, los recortes llevados a cabo ni en las empresas ni por las administraciones públicas, que repercuten en

²⁷ *In extenso*, M.T. IGARTUA MIRÓ, *Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: reflexiones críticas a la luz del Marco Estratégico 2014-2020*, en “Revista de Trabajo y Seguridad Social”, CEF n. 383, 2015, p. 1 ss.

el gasto en prevención y que pueden hacernos retroceder en los niveles de protección conseguidos y malograr algunos de los logros alcanzados. En las empresas de pequeño tamaño aludidas, si el empresario opta por la autogestión, seguramente nos encontraremos con organizaciones que quedan prácticamente huérfanas de control alguno, aunque sea el débil ejercido por los colaboradores del empresario en la prevención. Seguramente, el camino indicado para lograr la excelencia preventiva también en las pequeñas empresas y microempresas no pasa por liberarlas, sin más, de las teóricas incómodas y pesadas cargas, sino de invertir de forma efectiva en el asesoramiento y las ayudas en orden al cumplimiento de una normativa bastante compleja, seguramente diseñada para un tipo de organización productiva casi inexistente en nuestro país en la actualidad.

La situación descrita exige cambios significativos y de enjundia en dos grandes órdenes o facetas, a fin de lograr la eficacia de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo. Por un lado, emprender algunas acciones legislativas, reformando determinadas normas, actualizando otras y cubriendo patentes lagunas legales. Por otro, modernizar el enfoque de la seguridad y salud, llevando a cabo una aproximación más actual, que insista en los aspectos relativos a los nuevos riesgos y riesgos emergentes y buscando una aplicación eficiente y participada de la norma preventiva.

Empezando por el primero de los planos enunciados, como hemos apuntado, entre los aspectos más relevantes que exigen una atención por parte del legislador podríamos situar la necesaria actualización de la normas relativa a los trabajadores especialmente sensibles, con los pertinentes ajustes en relación con la definición del supuesto de hecho -incluidos los trabajadores de más edad-, la delimitación legal de las distintas hipótesis y el alcance de los deberes empresariales, incluidas las reglas de una posible movilidad funcional y/o geográfica, así como disposiciones que doten de ciertos derechos a los trabajadores en orden a la flexibilización y disposición de los tiempos y la organización del trabajo, en especial para los trabajadores maduros.

El tema de los sujetos de la prevención debería ser también objeto de actuación. Por una parte, resulta indispensable la reestructuración de las modalidades de organización de la prevención en la empresa, reservando para supuestos claramente excepcionales la opción empresarial por una externalización al ciento por ciento de la actividad preventiva. Asimismo, sería conveniente la revisión de la posibilidad de gestionar directamente la actividad preventiva sin recurso a servicios de ningún tipo y sin designar trabajadores para empresas de hasta 25 trabajadores, número seguramente excesivo, que comporta una actividad preventiva de notable complejidad para ser gestionada sin colaboración alguna por el empresario. Por último, nos parece que debería generalizarse en la mayoría de las empresas -excluidas quizás las de muy escasas dimensiones- la obligación de designar al menos un trabajador para ocuparse de las tareas preventivas, medida que provocaría cierta mejora de la implicación de los trabajadores y contribuiría de manera eficiente a la integración de la prevención en la empresa. Acompañada de

la previsión de un específico régimen de obligaciones, garantías y responsabilidades para tales sujetos.

Siguiendo con los sujetos, un terreno en el que los avances han sido casi imperceptibles, pese a las actuaciones en este sentido auguradas por la anterior Estrategia Española de Seguridad y Salud (2007-2012), ha sido el relativo a la implantación de una representación específica de los trabajadores a nivel territorial para cubrir las pequeñas empresas que quedan al margen de la representación diseñada en la LPRL. En este sentido, a excepción de los acuerdos vigentes en la Comunidad Asturiana, la negociación colectiva ha logrado escasos progresos en relación a esta indispensable fórmula de colaboración e implicación de los trabajadores, que exigiría probablemente una intervención del legislador, al estilo de otros ordenamientos de nuestro entorno -como el italiano- donde la legislación prevé expresamente un tipo de representación de este género.

Por último, pero no menos importante, la legislación preventiva sí que necesitaría ajustes y reformas para adecuarse a nuevas fórmulas empresariales y de organización flexible del trabajo, como las redes empresariales, el teletrabajo y tantas otras que tienen cabida a mala pena en el texto legal. En concreto, pese a la existencia en nuestro país de un Estatuto del Trabajo Autónomo, relativamente reciente y objeto de cambios legislativos en fechas cercanas, (Ley 20/2007, de 11 de julio; en adelante LETA), las lagunas en relación a la protección del trabajador autónomo económicamente dependiente resultan enormemente llamativas, y exigirían una revisión de la tutela²⁸. Por un lado, existen previsiones legales que plantean notables dificultades aplicativas, a título meramente ejemplificativo, la protección por riesgo durante el embarazo. Por otro lado, nos parece que la protección debería ser asumida, al menos en parte, por la empresa “cliente” (de la que depende el 75% de sus ingresos según el art. 11.1 LETA), en la medida en que aprovecha los frutos del trabajo desempeñado, aunque en régimen de independencia, en una posición que exige una tutela similar a la del trabajador dependiente. Resulta de todo punto insuficiente tanto el papel activo que el art. 8 LETA asigna a la Administración en la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos como las previsiones contenidas en la reciente Ley 30/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que en su DF 5ª da nueva redacción a la DA 12ª de la LETA afirmando que “con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos

²⁸ En general, sobre esta cuestión, entre otros, C. AGUILAR MARTÍN, *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Comares, Granada, 2015, en particular, p. 209 ss.; A.I. GARCÍA SALAS, *Algunas reflexiones sobre la seguridad y salud de los trabajadores autónomos a propósito de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo*, en “28 de abril, revista digital de salud y seguridad en el trabajo”, n. 1, 2008, p. 1 ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos*, en “Temas Laborales”, n. 81/2005, p. 149 ss.; S. OLARTE ENCABO, *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Comares, Granada, 2009; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Autónomos y seguridad laboral*, en “Seguridad y medio ambiente”, n. 109, 2008, p. 1 ss.

intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo, promovidos por las administraciones públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales”.

En cuanto al segundo de los planos señalados, incluso de mayor relevancia que el anterior, se impone la necesidad de un nuevo enfoque en la aplicación e interpretación de la norma jurídica y en el diseño de las estrategias preventivas empresariales. A estos efectos, resulta de una claridad meridiana la insuficiencia de una política preventiva centrada de forma exclusiva en los controles, la represión y la sanción. Aunque éstas, indudablemente, debe seguir existiendo, se muestra indispensable implementar una tutela de la seguridad y salud que pivote sobre la promoción de la cultura de la prevención, la sensibilización de los sujetos implicados, la formación, los incentivos económicos, las ayudas y premios y la elaboración e intercambio de buenas prácticas, que lleven a una aplicación eficiente, participada y transparente de las normas de seguridad. Empezando por esta última cuestión, la adecuación del uso de buenas prácticas en esta parcela descansa, por un lado, en las propias dificultades de aplicación de la norma preventiva, en especial, en las pequeñas empresas, a las que pueden irradiarse las buenas prácticas ya experimentadas en otro tipo de organizaciones productivas, con las que en ocasiones incluso colaboran de forma más o menos permanente. Por otra parte, las obligaciones en materia de seguridad no vienen determinadas por opciones cerradas, siendo posible un cumplimiento en formas diversas, constituyendo, por tanto, un terreno abonado para proyectos concretos o formas de aplicación heterogéneas, que pueden plasmarse en buenas prácticas, fácilmente transferibles.

Resulta más que conveniente una nueva aproximación centrada en la promoción de la salud y el bienestar y la atribución de una prioridad absoluta a la mejora progresiva de los niveles de protección y no encaminada solamente a la disminución de los accidentes de trabajo. La idea sería la del logro de una empresa responsable y sostenible que demuestra la excelencia en la gestión de la seguridad en el trabajo. Evidentemente, a estos efectos, resulta indispensable cambiar la visión de la seguridad como un coste empresarial en lugar de como una verdadera inversión. Asimismo, mientras el accidente se siga aceptado con frecuencia como un evento más o menos normal, inevitable, los avances no serán sobresalientes. En realidad, la mayoría de los accidentes y las enfermedades pueden evitarse²⁹. No estaría de más, tampoco, un tratamiento integral de la seguridad y salud en el trabajo, que comprenda también la calidad y el medioambiente³⁰, aspectos poco

²⁹ Puede verse, P.J. GARCÍA RAMÓN y J.F. VALLEJO CARRERA, *Cero accidentes es alcanzable*, en “Seguridad y Medioambiente”, n. 134, 2014, p. 26 ss.

³⁰ J.L. MONEREO PÉREZ y P. RIVAS VALLEJO (Dir. y coautoría), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Comares, Granada, 2011; P. RIVAS VALLEJO (Dir.), *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo*, Laborum, Murcia, 2013.

desarrollados en el estado actual del marco normativo español, aunque es implantado en algunas empresas en el terreno de las buenas prácticas o la responsabilidad social corporativa.

Las notables dificultades aplicativas que encuentran las pequeñas y medianas empresas en relación a la normativa de PRL, están también en la base de muchas de las quiebras que se producen en la política preventiva. De esta manera, resulta indispensable una mayor incidencia de las actividades de asesoramiento y programas de actuación de la Inspección de trabajo, ahora que también cuenta con el refuerzo de la nueva escala de subinspectores en seguridad y salud en el trabajo. Por tanto, sería deseable la continuación y la mejora de la senda iniciada por prevención.¹⁰ por parte de la Administración Pública (INSHT), al efecto de dotar a las pequeñas empresas de herramientas eficaces de asesoramiento y apoyo. En esta parcela, habría que reclamar una mayor atención a la mejora de los procedimientos y las guías de evaluación en relación con los riesgos psicosociales³¹ y con aspectos que inciden en las condiciones de salud y seguridad, por ejemplo, la edad del trabajador.

Un papel destacado debería otorgarse también a mecanismos existentes en nuestro ordenamiento, tales como las auditorías³² o la investigación de accidentes, que todavía no despliegan una verdadera eficacia no tanto o no sólo como mecanismos de control, sino como eficaces herramientas preventivas que contribuyen de forma importante a la eficacia del sistema, dado que su finalidad en orden a la detección de lagunas o fallos, no es otra que proponer las correspondientes acciones de mejora. Consideraciones similares podrían hacerse en relación a la vigilancia de la salud que, pese a las prácticas aún inadecuadas desarrolladas por las empresas, ni viene referida a controles genéricos e indiscriminados, ni es un arma en manos del empresario para obtener datos acerca de la salud del trabajador ni para represaliarlo. La finalidad de la vigilancia de la salud es esencialmente preventiva, a fin de detectar precozmente enfermedades, de averiguar la adecuación de las capacidades del trabajador al puesto de trabajo y de aportar datos epidemiológicos, necesarios para la adopción de medidas preventivas³³.

³¹ Entre otros, H.I. ARBONÉS LAPENA, *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2014; M.P. COLLANTES y J.I. MARCOS (Coords), *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2012; I. VILLAR CAÑADA y M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *Reestructuraciones empresariales, riesgos psicosociales y bienestar en el trabajo, Una nueva dimensión del modelo comunitario de gestión social*, Comares, Granada, 2011; M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *Recepción de los riesgos psicosociales en la jurisprudencia*, en "RDS", n. 55, 2011, p. 169 ss.

³² Para profundizar en el tema, M.R. MARTÍNEZ BARROSO y B. AGRA VIFORCOS, *La auditoría en la prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010; J.I. MOLTÓ GARCÍA, *La auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa*, Aenor, Madrid, 2002.

³³ Conclusiones interesantes también en relación a la poca utilidad de la vigilancia de la salud en la práctica en relación a su coste en el estudio de M.C. RODRÍGUEZ-JAREÑO et al. citado por J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 10. Sobre algunos de los aspectos suscitados por esta compleja cuestión, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, Eolas, Ediciones, León, 2009; I.R. FERIA BASILIO, *La tutela del patrimonio genético del trabajador*, Bomarzo, Albacete, 2013; T. GÓMEZ ALVREZ, *La vigilancia de la salud en el centro*

En otro orden de cosas, tendría que ser objeto de mejora y revisión el sistema de “bonus” previsto en el RD 404/2010, de 31 de marzo, a fin de hacerlo más efectivo, atractivo y equitativo, reflejando un verdadero sistema de *bonus-malus*, capaz de desplegar efectos sobre la eficacia de las políticas preventivas empresariales.

En último lugar, aunque no por ello menos relevante, nos parece imprescindible el incremento de la implicación y concienciación de los trabajadores en la tutela de su propia seguridad y salud³⁴, asumiendo un papel coprotagonista, lo que no prejuzga el rol siempre esencial del empresario, responsable del diseño y la gestión del sistema de seguridad. También en este terreno, igual convendría revisar el cuadro sancionatorio previsto para el trabajador, y extenderlo en alguna medida más allá de la vía disciplinaria laboral, al ámbito administrativo o, incluso, el penal, como ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el italiano. Ello conllevaría no sólo un cambio de planteamiento sino también seguramente ajustes legales. En primer lugar, convendría revisar, a fin de hacerlas más incisivas, las obligaciones del trabajador, empezando por aquella formativa, en la medida en que entre los propios trabajadores están bastante difundidos las costumbres y comportamientos de cierto riesgo, justificados en ocasiones por la falta de conciencia de la situación de peligro. No es menos cierto que en la práctica el empresario incumple sistemáticamente su deber o lo cumple de manera mecánica y meramente formal, pero tampoco es exigida por los trabajadores ni, en aquellos casos donde se cumple de forma adecuada, cuenta con una implicación por parte de éstos. Y ello pese a que la ausencia de formación está en el origen de un número importante de accidentes. Por otra parte, quizás sería conveniente plantear la inclusión legal expresa de la obligación empresarial de utilizar la potestad disciplinaria en casos de trabajadores especialmente reacios al cumplimiento de la norma de seguridad, aun cuando el deber podría extraerse de la obligación general de seguridad y del deber de vigilancia contenidos en los arts. 14 y 15 LPRL. Con carácter mucho más general, siguen haciendo falta mejoras significativas en materia de formación preventiva, en especial, la inclusión en los distintos niveles del sistema educativo, prevista pero no llevada a la práctica, y en los títulos universitarios y de formación profesional, a pesar de los avances logrados en cuanto a la oficialización de los títulos de técnicos en prevención, incluidos ahora en el sistema público de Formación Profesional o en el sistema universitario.

de trabajo, Tecnos, Madrid, 2003; D. MARTÍNEZ FONS, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral: regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005; D. TOSCANI JIMÉNEZ, *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011; ¿Cómo y cuándo se puede realizar un reconocimiento médico a un trabajador y qué consecuencias tiene el no superarlo?, en “Relaciones Laborales”, n. 3, 2012, p. 17 ss.

³⁴ En este sentido, también la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 entre las debilidades del sistema continúa situando la falta de implicación por parte de los trabajadores y las necesidades de mejora en el campo de la formación.

Abstract

El cumplimiento de dos décadas por parte de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, encargada de adecuar la normativa española a los dictados comunitarios, es buena ocasión para una valoración de conjunto del sistema implantado, con sus debilidades y fortalezas, acompañada de una serie de reflexiones sobre la oportunidad de introducir algunos cambios normativos y, de forma especial, la necesidad de un nuevo enfoque en este terreno que, sin olvidar la tutela frente al accidente de trabajo, venga centrado en la mejora constante de las condiciones de trabajo, el bienestar y la consideración de las características personales del trabajador. El cambio de perspectiva debe superar también una visión centrada de forma exclusiva en la norma jurídica, los controles y la represión para insistir en la sensibilización, la participación y la eficiencia, buscando instrumentos no legislativos que contribuyan a la aplicación eficaz de las políticas preventivas, en especial en las pequeñas empresas.

Compliance of two decades by the Law 31/1995 of 8 November, on Prevention of Occupational Risks, in charge of adapting Spanish legislation to Community dictates, is a good opportunity for an overall assessment of the implemented system, with its strengths and weaknesses, along with a series of consideration on the opportunity to introduce some regulatory changes and, especially, the need for a new approach in this area, without forgetting the protection against accidents at work, focused on improving constant working conditions, welfare and assessment of the personal characteristics of the worker. The change of perspective must also pass a vision centered exclusively on the legal standard, controls and repression to emphasize the awareness, participation and efficiency, seeking non-legislative instruments that contribute to the effective implementation of preventive policies, especially in small enterprises.

Parole chiave

prevención, riesgos laborales, obligaciones, derechos, participación, implicación, bienestar

Keywords

prevention, occupational hazards, duties, rights, participation, implication, wellness

DSL

1-2016

La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione - *Presentazione*

di Vito Leccese e Francesco Stolfa *

In questo numero e in quello successivo della Rivista saranno pubblicati le relazioni e i contributi al Convegno su “La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione. D.Lgs. n. 81/2008 e D.Lgs. n. 231/2001”¹.

Il Convegno aveva il duplice obiettivo di presentare il volume su *Salute e sicurezza sul lavoro*, edito da Utet nel 2015 e curato da Gaetano NATULLO, ponendo, al contempo, al centro della riflessione due profili critici, due anelli deboli, del sistema prevenzionale aziendale: i modelli di organizzazione e gestione e la formazione.

In vista dell’obiettivo, dopo le relazioni introduttive di Paolo PASCUCCI e Pasqualino ALBI, il dibattito è stato organizzato in modo da fornire non solo il punto di vista dei giuristi (giuslavoristi, penalisti, magistrati impegnati sul campo), ma anche tenendo conto di esperienze concrete, mediante la esposizione di un caso aziendale, che è stato oggetto di discussione durante i lavori.

Alle relazioni, alla presentazione del caso aziendale e agli interventi ha poi fatto seguito una tavola rotonda pomeridiana, cui hanno partecipato esperti, rappresentanti del mondo delle imprese e delle parti sociali, incentrata sulla formazione.

I due profili critici che il convegno mirava a focalizzare rappresentano altrettante sfide per la cultura prevenzionale perché su di esse si gioca gran parte del grado di effettività che la riforma del 2008 riuscirà a raggiungere nel prossimo futuro. E il convegno, nelle relazioni e negli interventi, ha evidenziato quanto esse possano risultare decisive.

I modelli di organizzazione e di gestione costituiscono, infatti, l’occasione per passare – specie nelle realtà aziendali di medie e piccole dimensioni – da una prevenzione prevalentemente formale se non addirittura meramente “cartacea”, a una sicurezza concretamente vissuta e adeguata alla specifica realtà aziendale. Gli artt. 30 e 300 della riforma del 2008, creando un collegamento diretto con il sistema di responsabilizzazione dell’ente di cui al d.lgs. n. 231/2001, hanno

* Vito Leccese è professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. vitosandro.leccese@uniba.it

Francesco Stolfa è Avvocato del Foro di Trani. stolfa@lavoro-previdenza.it

¹ Il Convegno, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Bari “A. Moro” – Master in Gestione del lavoro e delle relazioni sindacali, si è tenuto a Bari, il 20 novembre 2015.

sostanzialmente imposto al giudice penale di valutare le responsabilità connesse al singolo evento lesivo in stretta connessione con l'analisi e la valutazione del complessivo sistema prevenzionale creato all'interno dell'azienda, che così ha finalmente trovato un momento di verifica specifico e qualificato che non potrà non migliorarne il grado di efficienza e di effettività.

La formazione è, spesso, soprattutto nelle imprese minori, l'altro anello debole della catena prevenzionale; mentre invece può essere un fattore di crescita non solo dei livelli di sicurezza ma anche della qualità e dell'efficienza dell'azienda nel suo complesso. La formazione è la vera scommessa su cui si gioca l'effettività della sicurezza del lavoro nell'azienda moderna. Se i lavoratori non sono adeguatamente formati e sensibilizzati alle problematiche connesse alla tutela della loro salute, se la cultura prevenzionale non diventa un corredo abituale del loro *modus operandi*, gli obblighi di sicurezza possono rappresentare una notevole "ingessatura" del circuito produttivo perché un lavoratore scarsamente consapevole e responsabile richiede una vigilanza particolarmente intensa e continua. Se il concetto chiave della prevenzione è quello della *prevedibilità* dell'evento è chiaro che solo da un lavoratore correttamente informato e formato ci si può legittimamente attendere un comportamento responsabile; le risorse economiche e organizzative destinate alla vigilanza sono, quindi, inversamente proporzionali a quelle destinate alla formazione. Una formazione che deve essere svolta in stretta collaborazione con gli organismi paritetici di estrazione sindacale che, in qualche modo, ne certifichino la qualità. Quest'ultimo aspetto, accennato anche nella relazione di PASCUCCI, è stato poi esaminato soprattutto nella tavola rotonda pomeridiana, che ha visto anche la partecipazione di parti sociali e di organismi direttamente impegnati nel settore.

Il convegno è stato, infine, anche l'occasione per aprire altre due prospettive che potranno costituire oggetto di ulteriori e più specifici approfondimenti. In particolare la relazione di PASCUCCI ha voluto aprire una interessante prospettiva epistemologica, ponendo il problema dell'autonomia scientifica del diritto della sicurezza del lavoro e del ruolo specifico (non secondario, anzi addirittura decisivo) che, al suo interno, è chiamata a svolgere la dottrina giuslavoristica, superando certe "disattenzioni" del passato. Su questo versante la relazione di PASCUCCI offre spunti di riflessione particolarmente interessanti che evidenziano l'essenza eminentemente giuslavoristica delle regole prevenzionali le quali, in definitiva, non sono altro che limitazioni al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, attuative dell'art. 41, comma 2, Cost..

E, a proposito di regole, il convegno ha sottolineato anche la possibile valenza negoziale di tutta una serie di istituti prevenzionali introdotti dalla più recente normativa in materia di sicurezza (si pensi al DVR); essi consistono infatti in nuove, numerose e rilevanti norme comportamentali che, in buona sostanza, vanno ad integrare ed arricchire il contratto individuale di lavoro, fondano nuovi specifici diritti soggettivi del lavoratore i quali, a loro volta, in caso di

inadempimento datoriale, possono trovare tutela in forma specifica o risarcitoria ovvero legittimare il rifiuto della prestazione (art. 1469 c.c.). Anche sotto questo aspetto il convegno ha aperto spiragli di sicuro interesse che non mancheranno di suscitare futuri approfondimenti.



Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro *

di Paolo Pascucci **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cultura della sicurezza. – 3. Ansie e timori. – 4. Il libro e la sua struttura. – 4.1. La prima sezione: principi generali e sistema sanzionatorio. – 4.2. La seconda sezione: i soggetti e le tecniche di prevenzione. – 4.3. La terza sezione: le tutele collettive. – 4.4. La quarta sezione: i rischi specifici. – 5. L'autonomia del diritto della sicurezza sul lavoro? Il ruolo del diritto del lavoro. – 5.1. Il diritto della sicurezza sul lavoro e i nuovi scenari delle tutele del lavoro. – 6. L'organizzazione e la formazione. – 6.1. L'organizzazione. – 6.2. La formazione.

1. Premessa

Come ha già anticipato Vito LECCESE, il mio intervento è un po' *sui generis*.

E ciò perché, se male non ho interpretato l'incarico affidatomi, la presentazione del volume “Salute e sicurezza sul lavoro” curato da Gaetano NATULLO¹ dovrebbe costituire anche l'occasione per inquadrare il profilo del convegno odierno su “La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione”.

Il gravoso onere di questo doppio compito – la presentazione del libro e l'inquadramento del convegno – presuppone la necessità e la possibilità di muoversi un po' a tutto campo, senza i lacci ed i laccioli che normalmente vincolano chi è chiamato a tenere una relazione su di un tema determinato. E in tal senso sono confortato dal fatto che, come emerge dal programma, la mia relazione non ha un titolo.

2. La cultura della sicurezza

Tuttavia è proprio da un titolo – da quello del convegno – che ritengo utile prendere le mosse non foss'altro per la sfide concettuali che esso racchiude a cominciare dall'esplicito richiamo alla “cultura della sicurezza”.

* Questo scritto costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno su “La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione. D.Lgs. n. 81/2008 e D.Lgs. n. 231/2001”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari “A. Moro” (Bari, 20 novembre 2015).

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

¹ G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Utet giuridica, 2015.

Sarebbe infatti imperdonabile non cogliere qui ed ora l'occasione per tentare di restituire il suo intimo e più giusto significato ad una delle espressioni più abusate e retoricamente vuote che da sempre aleggiano nei discorsi sulla sicurezza sul lavoro.

Chiunque sia avvezzo a questi discorsi sa bene che, al termine di quasi tutte le analisi sul tema, anche le più complesse e sofisticate, arriva puntuale ed inesorabile il richiamo al bisogno della cultura della sicurezza, senza la quale è impensabile realizzare un adeguato sistema di prevenzione.

Beninteso, sarebbe un richiamo giusto ed opportuno se non fosse che troppo spesso non si sa bene in che cosa consista precisamente quella cultura e come dovrebbe essere costruita. Al più, quando va molto bene, si evoca il ruolo strategico della scuola, sulla quale, come in un romanzo di Daniel PENNAC, si scarica l'onere di qualsiasi funzione educatrice senza accorgersi che essa, in questo frangente storico, non è meno afflitta da criticità dell'altra istituzione sociale di base che dovrebbe far crescere le persone, vale a dire la famiglia.

Ne esce così un'immagine della cultura della sicurezza non solo generica, ma soprattutto parziale e finanche tendenziosa in quanto, facendosi leva essenzialmente sulla pur ragionevole esigenza della coscienzosa responsabilità di ogni individuo – non a caso si assume quasi sempre ad esempio paradigmatico quello dell'uso del casco per il motorino o della cintura di sicurezza per l'automobile –, si tende a trascurare che il problema della sicurezza sul lavoro non può esaurirsi entro i confini dei pur giusti principi di precauzione che ogni persona dovrebbe rispettare, ma richiede un approccio ben più complesso non foss'altro per il fatto che il lavoratore, nella sua dimensione di soggetto bio-psico-sociale² e cioè come “persona”, esegue la prestazione dedotta nel contratto di lavoro nell'ambito di un'organizzazione produttiva altrui, vale a dire pensata, predisposta e regolata da altri³.

Cosicché, inteso in quel senso generico, parziale e tendenzioso, il richiamo alla “cultura della sicurezza” finisce quasi sempre per atteggiarsi come una sorta di viatico – tanto assolutorio e consolatorio quanto anestetizzante – con cui congedare gli ormai affranti partecipanti ad un convegno i quali rischieranno di tornare a casa convinti che fare sicurezza sarà una *mission impossible* almeno fino a quando gli umani, risvegliandosi da un letargo delle coscienze più che millenario, non sapranno gestirsi a menadito senza correre più rischio alcuno.

² Si pensi in tal senso al concetto di “salute” accolto nel d.lgs. n. 81/2008 sulla scorta della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità: «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità» (art. 2, lett. o).

³ V. la definizione di “lavoratore” di cui all'art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008: «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 bene invece far loro sapere che l'obbligazione di sicurezza⁴, per quanto difficile da realizzare, non solo non ha nulla a che fare con il vecchio brocardo secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*, e non richiede l'intervento di quasi-supereroi alla Tom CRUISE, ma postula invece una corretta visione della cultura della sicurezza che ponga finalmente al centro dell'attenzione il tema dell'organizzazione⁵ giacché, come da tempo la miglior dottrina ha messo in luce, è dall'organizzazione che nasce il problema della salute e della sicurezza dei lavoratori ed è nell'organizzazione che esso trova la sua soluzione⁶.

Appare dunque corretto e pienamente condivisibile il modo in cui gli organizzatori hanno individuato il tema della cultura della sicurezza, che è e non può non essere "sicurezza organizzata" e che, a tal fine, richiede un apparato di strumenti specifici fra cui un'importanza centrale assume la "formazione nelle sue declinazioni". Giacché la cultura della sicurezza di cui sto parlando e che davvero conta si costruisce grazie ad una formazione ad una sicurezza nell'organizzazione. Ma su tutto ciò tornerò più oltre.

3. *Ansie e timori*

Chiarito in che modo debbano intendersi le parole del titolo del convegno, non voglio tuttavia sottrarmi al compito di presentare il volume curato da Gaetano NATULLO, non senza aver però premesso una precisazione.

Non è questa la prima volta che leggo analisi del d.lgs. n. 81/2008. Da tempo lo faccio anche perché, dato il mio interesse per la materia, non posso non confrontarmi con coloro che ne esaminano le regole.

Eppure, come sempre mi accade, e anche questa volta non fa eccezione, quando leggo le analisi altrui sul d.lgs. n. 81/2008 mi sento un po' come quei genitori che, accingendosi a presentarsi ai colloqui con i professori dei propri figli, da un lato covano la speranza che quelli ne parlino il meglio possibile e, dall'altro, temono però che così non sia, che le loro certezze ne escano deluse o che addirittura si disvelino cose che mai essi avrebbero immaginato.

A chi è toccato in sorte di partecipare all'elaborazione di quel decreto – in un breve scorcio di una stagione politica turbolenta, tormentata, ma anche vivacissima, in cui Stato e Regioni si sono confrontati da pari a pari interpretando al meglio nella realtà i principi costituzionali del riparto delle competenze

⁴ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁵ P. PASCUCCI, *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, <http://olympus.uniurb.it>, nonché in A. PERULLI-V. BRINO (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, Padova, Cedam, 2012, p. 1 ss.

⁶ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1989, 3^a ed.

legislative esclusive e concorrenti⁷ – leggere ciò che ne pensano gli altri mette sempre una buona dose di ansia.

La mia presentazione del libro curato da NATULLO non potrà tradursi in una puntuale descrizione di tutti i suoi contenuti, ma, tramite una rapidissima carrellata della sua struttura, tenderà ad evidenziare alcuni aspetti che a me sono parsi di particolare interesse specialmente per quanto attiene alla ricostruzione epistemologica della materia di cui ci occupiamo.

Per altro verso, costituirà anche l'occasione per svolgere alcune considerazioni sul tema di questo convegno e, in particolare, sul rapporto tra prevenzione, organizzazione e formazione.

4. Il libro e la sua struttura

Per la verità, proprio con riferimento all'organizzazione, il modo con cui è organizzato il volume curato da NATULLO mi consente di stemperare un poco l'ansia di cui parlavo.

Infatti, esso non solo non costituisce un commentario al d.lgs. n. 81/2008, né del tipo “articolo per articolo” né tanto meno “sistematico”, ma non si occupa neppure soltanto di tale decreto, sebbene le sue regole siano attentamente analizzate.

Né, a ben guardare, si tratta di un vero e proprio trattato completo sulla materia dal momento che alcuni aspetti non sono esaminati: mi riferisco ad alcuni rischi specifici a cui si riferiscono i Titoli successivi al primo del d.lgs. n. 81/2008, o ad aspetti altrettanto specifici come la sicurezza in particolari contesti lavorativi (ad esempio, il lavoro marittimo, la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni che presentano esigenze particolari ecc.).

Si tratta, a mio parere, di un'opera che, pur senza una spasmodica pretesa di completezza, ma con uno sguardo aperto oltre i confini della normativa tecnica di prevenzione, intende fornire un quadro di insieme delle principali questioni giuridiche che caratterizzano la disciplina della salute e sicurezza sul lavoro, approfondendo in particolare alcuni dei suoi aspetti più critici e delicati che normalmente non vengono trattati così in radice nelle tradizionali trattazioni della materia (penso ad esempio a tutte la questione della responsabilità degli enti).

Un'opera che a me pare particolarmente preziosa sia per gli operatori del diritto (magistrati ed avvocati) sia soprattutto per gli studiosi del diritto, in erba (penso alle tesi di laurea ed a quelle di dottorato di ricerca) o più maturi. Infatti – ed è sicuramente questo uno dei maggiori pregi dell'opera – essa consente di riguardare la materia entro un orizzonte giuridico ben più ampio di quello in cui normalmente è collocata, così affrancandola dal ben noto rischio di considerarla

⁷ P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT – 73/2008, p. 4 ss.

come una disciplina essenzialmente tecnica e, in ragione di ciò, non a caso appannaggio più degli ingegneri e dei medici che dei giuristi.

Trovandoci in terra di Puglia, mi permetto di prendere a prestito un'immagine televisiva nata dalla creatività di uno straordinario foggiano come Renzo ARBORE che, anni fa, ci ha fatto trascorrere in allegria non poche serate: farò quindi il "bravo presentatore".

Il volume è articolato in quattro Sezioni così suddivise: I. I principi generali e il sistema sanzionatorio; II. I soggetti e le tecniche di prevenzione; III. La tutela collettiva; IV. I rischi specifici.

4.1. *La prima sezione: principi generali e sistema sanzionatorio*

La prima sezione, che consta di undici capitoli, evidenzia la rilevanza della materia rispetto ai vari sistemi o sotto-sistemi dell'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale.

Quello che, nel capitolo introduttivo, NATULLO definisce «il diritto prevenzionale italiano»⁸ viene così riguardato sotto diversi angoli visuali connessi a veri e propri sistemi giuridici.

È il caso del sistema dell'ordinamento europeo – che nel nostro caso assume un vero e proprio valore fondativo grazie al rilievo delle varie direttive – su cui si sofferma il saggio di Luciano ANGELINI, giustamente collocato in apertura dopo l'introduzione di NATULLO, che peraltro non trascura di considerare anche le tendenze – non sempre del tutto rassicuranti – emergenti dalla Strategia Europea 2014-2020⁹.

È il caso del sistema dell'ordinamento costituzionale interno, considerato nel contributo di Alessandro DI CASOLA, dedicato al complesso prisma del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni delineato nel Titolo V Cost., con uno sguardo prospettico anche a ciò che potrà accadere una volta che la riforma costituzionale attualmente in gestazione ricondurrà tali competenze esclusivamente in capo allo Stato¹⁰.

È evidentemente il caso del sistema dell'ordinamento civilistico, imperniato sia sulla centralità dell'inossidabile art. 2087 c.c. e sui suoi riflessi nella teoria del danno, alla cui analisi dedica attenzione il saggio di Pasqualino ALBI¹¹, ma che poi riaffiora anche nel contributo di Antonella CIRIELLO con particolare attenzione

⁸ G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 3 ss.

⁹ L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 43 ss.

¹⁰ A. DI CASOLA, *Sicurezza del lavoro e assetto costituzionale delle fonti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 105 ss.

¹¹ P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 148 ss.

alla regola dell'esonero ed al danno differenziale¹², sia sul ruolo del controllo giudiziale con specifica attenzione al delicatissimo profilo delle malattie professionali (troppo spesso oscurato dalla tragica eclatanza degli infortuni) anche alla luce degli orientamenti dell'INAIL su cui si sofferma Mario CERBONE formulando alcune interessanti proposte in merito alla esigenza di complementarità delle tutele¹³.

Ed è ovviamente il caso del sistema dell'ordinamento penale, la cui straordinaria importanza in materia è comprovata dalla presenza di più contributi.

Innanzitutto, quello di Salvatore DOVERE, dedicato non solo allo speciale diritto penale prevenzionistico volto a presidiare sul piano contravvenzionale le regole cautelari, ma anche al rilievo dei delitti che vengono in luce sul versante del diritto penale generale o comune¹⁴.

In secondo luogo, due contributi che si concentrano sulla nuova frontiera sanzionatoria emersa nel campo della sicurezza sul lavoro dopo la legge n. 123/2007, vale a dire la responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001. Da un lato, quello di Giuseppe AMARELLI che si sofferma in particolare sulle non poche aporie che, nonostante i tentativi di chiarezza operati dalla giurisprudenza di merito¹⁵ e di legittimità¹⁶, ancora permangono sulla connessione instaurata tra i reati-presupposto di natura colposa e la responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001, con specifico riferimento alla questione dell'interesse e del vantaggio per l'ente, senza tuttavia trascurare alcuni profili di illegittimità costituzionale relativi alla tecnica con cui tale connessione è stata istituita¹⁷. Da un altro lato, quello di Giulia D'ALESSANDRO dedicato al modello di organizzazione e di gestione assunto come strumento di esonero dalla predetta responsabilità e che viene riguardato nel complesso e non sempre chiaro intreccio tra le prescrizioni del d.lgs. n. 231/2001 e quelle dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008¹⁸.

Infine, un saggio sulla delega di funzioni curato da Alberto DE VITA, che, a prima vista, avrebbe potuto forse figurare nella Sezione seconda dedicata ai soggetti della prevenzione, ma la cui collocazione nella parte dedicata al sistema penale si giustifica ampiamente in quanto il contributo ruota tutto attorno al concetto chiave della posizione di garanzia¹⁹.

¹² A. CIRIELLO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro: responsabilità e danno*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 423 ss.

¹³ M. CERBONE, *Il Giudice e l'INAIL nell'applicazione delle norme sulle malattie professionali*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 457 ss.

¹⁴ S. DOVERE, *Sicurezza del lavoro e sistema penale*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 193 ss.

¹⁵ Cfr. Trib. Trani, Sezione di Molfetta, 12 gennaio 2010, in <http://olympus.uniurb.it>.□

¹⁶ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>.

¹⁷ G. AMARELLI, *La responsabilità degli enti e la problematica compatibilità con i reati colposi*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 263 ss.

¹⁸ G. D'ALESSANDRO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo (artt. 30-300 D.Lgs. n. 81/2008)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 305 ss.

¹⁹ A. DE VITA, *La delega di funzioni*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 343 ss.

Semmai, a voler essere pignoli, il contributo più eccentrico rispetto alla Sezione prima potrebbe apparire quello sulla sospensione dell'attività imprenditoriale curato da Valentina PASQUARELLA²⁰. Senonché, se si inquadra la previsione di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008²¹ sia alla luce di ulteriore deterrente rispetto alle gravi e reiterate violazioni dei precetti prevenzionistici, sia nella più ampia cornice degli strumenti di contrasto al lavoro irregolare ed insicuro, è più che evidente la sua coerenza con le parti del volume dedicate ai profili sanzionatori e repressivi.

4.2. *La seconda sezione: i soggetti e le tecniche di prevenzione*

La seconda sezione – che concerne i soggetti e le tecniche di prevenzione – consta di quattro capitoli, due dei quali articolati in sotto-capitoli. Nello specifico, questa sezione entra nei meandri del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008, vale a dire dei principi fondamentali del diritto prevenzionale o prevenzionistico attraverso un'analisi minuziosa della sua disciplina.

Così è per il Capitolo dodicesimo, nel quale compare un altro contributo di Valentina PASQUARELLA sul campo di applicazione oggettivo e soggettivo del decreto del 2008 che analizza soprattutto la dimensione della disciplina dei destinatari della tutela in relazione alla quale l'innovativa definizione universalistica ed autosufficiente di "lavoratore" (art. 2, lett. *a*) che prescinde dal tipo di contratto di lavoro tende ad essere in parte ridimensionata dalla declinazione del *quantum* di tutela connesso alle diverse tipologie contrattuali flessibili (art. 3, comma 5 ss.)²².

Così è per il Capitolo tredicesimo, nel quale, attraverso sotto-capitoli, si passano in rassegna i vari soggetti titolari delle principali posizioni di garanzia nel sistema aziendale di prevenzione.

È il caso del datore di lavoro e dei dirigenti, sulla cui definizione e sui cui obblighi si sofferma il contributo di Francesco STOLFA, qui dovendosi notare come, coerentemente con quanto stabilisce l'art. 18 del d.lgs. n. 81/2008 e superando una certa confusione che emergeva nell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994, gli obblighi del datore di lavoro e dei dirigenti siano trattati insieme, ferme restando ovviamente le rispettive peculiarità²³.

²⁰ V. PASQUARELLA, *La sospensione dell'attività imprenditoriale*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 385 ss.

²¹ P. PASCUCCI, *L'interpello, la vigilanza e la sospensione dell'attività imprenditoriale. Artt. 12, 13 e 14*, 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 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano, 2010, p. 200 ss.

²² V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del D.Lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 486 ss.

²³ F. STOLFA, *Datori di lavoro e dirigenti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 531 ss.

È poi il caso dei preposti, oggetto di analisi nello scritto di Paola GENITO, anche in tal caso rimarcandosi la corretta collocazione autonoma della questione in omaggio alla specifica disciplina di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 81/2008²⁴.

È il caso dei debitori “esterni” di sicurezza, come li qualifica giustamente Danilo VOLPE nel suo contributo sui progettisti, fornitori ed installatori²⁵.

E non può non essere il caso dei lavoratori, su cui s'incentra l'attenzione di Mariantonietta MARTINELLI la quale giustamente affianca all'analisi degli obblighi che promanano dall'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 quella sulla ripartizione delle responsabilità fra datore di lavoro e lavoratore²⁶.

Molto oculatamente, il capitolo quattordicesimo, scisso in due sotto-capitoli, è dedicato ai due principali obblighi-tecniche di prevenzione, vale a dire la valutazione dei rischi – di cui si occupa il contributo di Adriana STOLFA²⁷ – e l'informazione/formazione che Teresa GIORNALE definisce strumenti di prevenzione soggettiva²⁸. Argomenti su cui mi permetterò di tornare nel prosieguo.

L'ultimo capitolo della Sezione seconda, curato da Chiara LAZZARI²⁹, esamina l'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione, nel quale vengono ricondotte le analisi del Servizio di prevenzione e protezione dai rischi, della Gestione delle emergenze e della Sorveglianza sanitaria, evidenziandosi tra l'altro anche i delicati profili di responsabilità delle figure del responsabile del Servizio di prevenzione e protezione e del medico competente che, poste a confronto fra loro, evidenziano alcune irragionevoli criticità sul piano legislativo a cui neppure la giurisprudenza ha saputo porre rimedio³⁰.

²⁴ P. GENITO, *Il ruolo dei preposti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 587 ss.

²⁵ D. VOLPE, *Altri soggetti. Gli obblighi dei progettisti, fornitori e installatori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 593 ss.

²⁶ M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 621 ss.

²⁷ A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 685 ss.

²⁸ T. GIORNALE, *Informazione e formazione: strumenti di prevenzione soggettiva*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 715 ss.

²⁹ 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.

³⁰ Ci si riferisce al fatto che il d.lgs. n. 106/2009 ha assoggettato a sanzione penale la mancata collaborazione del medico competente alla valutazione dei rischi (art. 58, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008), ovviamente solo nel caso in cui a non collaborare sia un medico che doveva essere obbligatoriamente nominato sussistendo in azienda l'obbligo di sorveglianza sanitaria. Pertanto, per fattispecie della stessa natura – la collaborazione spiccatamente “consulenziale” alla valutazione dei rischi – il legislatore tratta ingiustificatamente in modo difforme il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (la cui mancata collaborazione non è punita) ed il medico competente (invece assoggettato a sanzione). Al di là del fatto che, stante il carattere consulenziale di tale collaborazione, la sua eventuale omissione non dovrebbe mai essere punita sul piano pubblicistico (ferme restando le possibili diverse considerazioni sul piano civilistico relativamente al rapporto negoziale tra il datore di lavoro ed i suoi consulenti), l'innovazione del 2009 rischia di evidenziare profili di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., confondendo la innegabile funzione consulenziale che il medico competente svolge in sede di valutazione dei rischi con quella di garante della sorveglianza sanitaria. In giurisprudenza v. peraltro Trib. Pisa, 7 dicembre 2011, n. 1756; Cass. pen. 15 gennaio

4.3. *La terza sezione: le tutele collettive*

La terza sezione consiste in un unico capitolo che si giustifica ampiamente per la specificità della materia affrontata: le tutele collettive. A ciò è finalizzato il contributo di Marco LAI, che analizza da un lato l'istituto della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza nelle sue varie sfaccettature e non trascurando i possibili profili di ordine processuale, e, dall'altro lato, quelli che appaiono sempre più emergere come i possibili protagonisti di un necessario sostegno alla realizzazione di un efficace sistema di prevenzione aziendale, vale a dire gli organismi paritetici³¹.

4.4. *La quarta sezione: i rischi specifici*

La quarta sezione, articolata in quattro capitoli, è infine dedicata ai rischi specifici. Si tratta della parte forse più eterogenea del volume, che peraltro non è caratterizzata da una trattazione esaustiva non riguardando tutti i rischi a cui si riferiscono i Titoli del d.lgs. n. 81/2008 successivi al primo. Il che conferma viepiù come l'opera non sia né voglia essere un commentario al decreto del 2008.

L'unica gamma di rischi per così dire "tradizionali" presi in esame, vale a dire che scaturiscono da un elemento "materiale" (naturale o di sintesi), è quella relativa all'amianto, analizzati nel contributo di Giuseppe CIMMAROTTA³².

In questa sezione compare invece la trattazione della disciplina della sicurezza nei cantieri (Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008), a cui è dedicato il contributo di Gianni PIPESCHI, qui analizzandosi, più che i rischi che emergono in questi ambiti, le responsabilità connesse alla loro gestione, correttamente evidenziata anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sui ruoli delle principali figure soggettive³³.

Il carattere eterogeneo di questa sezione traspare anche per il fatto che vi è ricompreso uno scritto, curato da Roberto PELLECCIA, sul mobbing³⁴: tematica legata alla sicurezza sul lavoro, ma non esplicitamente considerata nel d.lgs. n. 81/2008, che si riferisce piuttosto ai rischi da stress lavoro correlato.

Appare invece giustamente riconducibile ai rischi specifici contemplati dal d.lgs. n. 81/2008 il contributo di Olivia BONARDI sulla sicurezza nel sistema degli

2013, n. 1856; Trib. Pisa, 27 aprile 2011, n. 399: tutte in <http://olympus.uniurb.it>. V. anche la risposta ad interpello n. 5/2014, in <http://olympus.uniurb.it>.

³¹ M. LAI, *I soggetti collettivi (Rappresentanze per la sicurezza; Organismi paritetici): costituzione, prerogative, attività*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 795 ss.

³² G. CIMMAROTTA, *Il rischio-amianto: prevenzione e responsabilità*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 939 ss.

³³ G. PIPESCHI, *La responsabilità nei cantieri*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 895 ss.

³⁴ R. PELLECCIA, *Il Mobbing: fattispecie e tutele*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 957 ss.

appalti³⁵, che appunto compare in questa sezione e non, come ci si sarebbe potuti ragionevolmente attendere, nella trattazione del sistema di prevenzione aziendale (sezione seconda). Per quanto originale, la collocazione di questo contributo – che riguarda uno degli aspetti più delicati della sicurezza sul lavoro – nella sezione sui rischi specifici va decisamente apprezzata, evidenziandosi come per “rischi specifici” non debbano intendersi solamente quelli tradizionali (fisici, chimici, radiologici ecc.) causati da agenti e fonti per così dire “materiali”, bensì anche quelli – come appunto i rischi interferenziali – che promanano da scelte organizzative, quali sono quelle sottese agli appalti.

Il che, peraltro, è a ben guardare coerente con la stessa impostazione accolta nell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 là dove, imponendo di valutare tutti i rischi, non si limita ad evocare quelli tradizionali, ma chiama esplicitamente in causa anche tutti quelli di “nuova generazione” e di “fonte organizzativa” come in particolare quelli psichici e quelli connessi alla tipologia contrattuale con cui è resa la prestazione lavorativa.

5. *L'autonomia del diritto della sicurezza sul lavoro? Il ruolo del diritto del lavoro*

Gaetano NATULLO mi perdonerà se non ho sottolineato più di tanto il suo contributo introduttivo, volto a delineare il quadro normativo complessivo della materia attraverso il percorso dei Codici (da quello civile generale a quello speciale della sicurezza) e ponendo attenzione al dibattito sul principio della massima sicurezza.

Al di là della sicura bontà di tale scritto, a me qui soprattutto preme valorizzare l'approccio più esteso e complessivo adottato dal curatore del volume, consentendo di avvalorare l'immagine della materia come una sorta di sistema ordinamentale, composto a sua volta di sotto-sistemi³⁶, tanto che ci si potrebbe chiedere se non sia ipotizzabile l'emersione, sul piano epistemologico, di un autonomo diritto della salute e della sicurezza sul lavoro.

È noto come il diritto del lavoro abbia finora considerato questa materia come una sorta di propaggine o di appendice: per dirla con la geografia politica, una specie di “territorio d'oltremare”.

Lo dimostra, innanzitutto, la non amplissima attenzione della dottrina lavoristica che, se si eccettuano alcune voci particolarmente sensibili al tema della prevenzione, lo ha spesso trascurato (se non snobbato) concentrandosi piuttosto sui profili del danno e delle tutele risarcitorie. Col che, tuttavia, si è configurato il paradosso per cui il tema della sicurezza è stato essenzialmente riguardato dal lato, in sé certamente importante, della riparazione *ex post* laddove avrebbe

³⁵ O. BONARDI, *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 829 ss.

³⁶ Cfr. P. PASCUCCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008 due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza del lavoro. Atti dell'incontro di studio di Urbino del 14 e 15 maggio 2010*, in <http://olympus.uniurb.it>.

dovuto essere innanzitutto considerato nella sua dimensione legata alla prevenzione *ex ante*.

D'altra parte, che la sicurezza sul lavoro sia stata un po' la "Guadalupa" o la "Martinica" del diritto del lavoro si coglie anche per il fatto che, poiché per l'importanza dei valori in gioco, l'apparato delle regole cautelari o prevenzionistiche è sempre stato presidiato dalle sanzioni penali, sono stati essenzialmente i penalisti ad occuparsi dell'interpretazione di tali regole. Tanto è vero che la sicurezza sul lavoro costituisce da sempre una delle parti più rilevanti della parte speciale del diritto penale e sicuramente la componente più consistente del diritto penale del lavoro.

Ferma restando ovviamente la piena legittimità di tutto ciò sul piano scientifico, l'eccessivo disinteresse dei giuslavoristi per la materia evidenzia una lacuna che va prontamente colmata. Infatti – e non se ne adontino i colleghi penalisti – ai lavoristi compete di occuparsi scientificamente sia dei riflessi che la sicurezza sul lavoro produce sull'assetto delle relazioni (individuali e collettive) interne all'azienda (o all'amministrazione) sia sui riflessi che tali relazioni riverberano sulla stessa sicurezza sul lavoro e sulla sua gestione.

Riesumando il paragone geo-politico, non si tratta di riappropriarsi del territorio d'oltremare su cui nel frattempo si sono insediati altri popoli (i penalisti). Per le specificità di cui si è parlato, costoro hanno sempre avuto, hanno ed avranno il pieno diritto di stare a pieno titolo in quel territorio. Siamo noi, piuttosto, a doverci convincere che lì, accanto a loro, c'è uno spazio non indifferente anche per noi, uno spazio che abbiamo il diritto ed il dovere di coprire per fornire il necessario apporto nella comprensione e nella soluzione dei complessi problemi che promanano dalla sicurezza sul lavoro.

Per la verità, qualcuno cominciò a farlo già molti anni fa. Penso alla fondamentale opera di Luigi MONTUSCHI sulla relazione tra sicurezza ed organizzazione del lavoro³⁷. E altri, tra cui in particolare lo stesso NATULLO³⁸ ed ALBI, l'hanno fatto meritoriamente negli anni successivi e più recenti³⁹.

Il fatto è che, nel frattempo, anche il legislatore, quello del d.lgs. n. 81/2008, pare averlo capito nel momento in cui, ridefinendo il quadro delle regole di prevenzione e, in particolare, le principali figure soggettive e le loro responsabilità, ha innanzitutto valorizzato concetti e teorie tipiche della scienza giuslavoristica. Penso, in particolare, alla definizione universalistica di "lavoratore" ed alla rilevanza del suo inserimento funzionale nell'organizzazione, mutuato dall'art. 2094 c.c. ed esteso oltre i confini della subordinazione⁴⁰; ma penso anche al principio di effettività sotteso alla definizione di "datore di

³⁷ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit.

³⁸ G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, Utet, 1995.

³⁹ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit.

⁴⁰ Cfr. P. PASCUCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 7 ss.; ID., *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 (aggiornato alla l. 30 ottobre 2014, n. 161)*, Quaderni di Olympos n. 4, Aras edizioni, Fano, 2014, p. 34 ss.

lavoro”⁴¹ che non costituisce patrimonio esclusivo della scienza penalistica, ma anche di quella lavoristica, come emergeva già oltre mezzo secolo fa nella ormai mitica legge sull’interposizione illecita di manodopera (la legge n. 1369/1960).

Se tutto questo è particolarmente evidente, occorre tuttavia sottolineare come quel legislatore abbia fatto anche di più in quella direzione. Mi riferisco alla sicura valorizzazione della trama delle relazioni presenti nell’organizzazione aziendale e dei ruoli che le sono propri per irrobustire il sistema di prevenzione aziendale. In altre parole, facendo leva sui meccanismi su cui si regge l’inquadramento dei vari soggetti che operano in azienda, il legislatore del 2008 ha lanciato chiari segnali su come si debba procedere per rispettare i precetti prevenzionistici.

Penso in particolare – ma su ciò tornerò anche in seguito – all’art. 28, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008, il quale, in merito al contenuto del documento di valutazione dei rischi, non si limita ad esigere l’indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati a seguito della valutazione ed il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, ma richiede anche «che siano individuate le procedure per l’attuazione delle misure da realizzare nonché i ruoli dell’organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri» (“chi fa che cosa”).

Il che, si badi bene, non è solamente un’importante indicazione metodologica, perché le decisioni connesse alla valutazione dei rischi (se e quali rischi valuto) ed alla individuazione delle misure per eliminarli o ridurli (che cosa faccio e come agisco), emergendo dal documento di valutazione, incidono con carattere precettivo sull’organizzazione aziendale secondo il principio di autonormazione accolto dal d.lgs. n. 81/2008⁴², specificando il contenuto degli obblighi di prevenzione con la conseguente rilevanza dei relativi inadempimenti sul piano sanzionatorio speciale di cui allo stesso d.lgs. n. 81/2008 (art. 55 e ss.).

Sia chiaro. Non si tratta di postulare ad ogni costo l’autonomia epistemologica del diritto della sicurezza sul lavoro né tanto meno di chiedere al Ministero dell’università e della ricerca scientifica di introdurre, nell’ambito dei settori scientifico-disciplinari, un nuovo settore riservato al diritto della sicurezza sul lavoro (un ipotetico IUS/22).

Si tratta piuttosto di dedicare a questa materia tutta l’attenzione che merita cogliendone e valorizzandone la sua “ontologica” trasversalità ed interdisciplinarietà. Si tratta di una materia che si nutre necessariamente di altre materie, sia nell’ambito giuridico (coinvolgendo il diritto del lavoro, civile, penale,

⁴¹ Su cui v. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015.

⁴² Sul quale v. Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in “Diritto penale e processo”, 2015, 3, p. 261 ss.

costituzionale, internazionale e comunitario, amministrativo, processuale civile e penale), sia al di fuori di questo (medicina del lavoro, psicologia, ingegneria ecc.).

Forse, più che una materia, il diritto della sicurezza sul lavoro è una “meta-materia”, un’occasione straordinaria di confronto tra scienze diverse, una sorta di laboratorio scientifico e culturale che meriterebbe di essere maggiormente valorizzato e diffuso.

Certo è, però, che il diritto del lavoro deve prontamente tornare a fare pienamente il proprio ruolo, senza alcuna pretesa egemonica ma insieme ed accanto agli altri, offrendo quel determinante contributo che tutti si attendono da esso.

In tal senso il libro curato da NATULLO è il benvenuto perché dischiude, più di altre opere, questa necessaria prospettiva di dialogo interdisciplinare. Anche in questo, a ben guardare, così come per quanto riguarda la prospettiva di tutela che trascende la subordinazione, il diritto della sicurezza sul lavoro indica la strada metodologica per il futuro – ma già per l’oggi – delle scienze giuridiche. Perché, a ben guardare, nessuna branca del diritto può ormai vivere senza un costante ed intenso confronto con le altre. Il che dovrebbe indurre anche in noi docenti qualche riflessione sul modo di insegnare e di fare ricerca.

5.1. *Il diritto della sicurezza sul lavoro e i nuovi scenari delle tutele del lavoro*

Prima di avviarmi a concludere con qualche rapida considerazione sui temi del convegno, mi sia però consentito un ultimo spunto sull’importanza della relazione tra diritto del lavoro e sicurezza sul lavoro.

È più che evidente che, in un momento come questo, in cui il diritto del lavoro sta subendo profondissime trasformazioni, al punto che qualcuno sta addirittura ipotizzando che stia mutando lo stesso paradigma su cui la nostra scienza si è sempre fondata⁴³, il ruolo della sicurezza sul lavoro diviene un vero e proprio caposaldo.

Nel momento in cui gli standard di tutela stanno profondamente modificandosi e talora anche crollando, la sicurezza sul lavoro si staglia come un baluardo, una sorta di ultimo avanzposto, a protezione dei diritti fondamentali del lavoratore o, meglio, della persona che lavora.

Sarebbe tuttavia miope e per certi versi antistorico ritenere che il diritto della sicurezza sul lavoro costituisca l’“ultimo dei Mohicani” o l’“ultimo giapponese della jungla”. In realtà, e ciò fin dalla direttiva madre europea n. 391 del 1989, il diritto della sicurezza sul lavoro si atteggia come un modello di regolazione partecipata più che conflittuale.

Le prove di ciò sono numerose né posso qui menzionarle tutte. Basti per lo meno citare la configurazione della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza che, travalicando la dimensione tendenzialmente conflittuale un tempo

⁴³ A. PERULLI, *L’idea di diritto del lavoro, oggi*, in “Lavoro e diritto”, 2016, p. 17 ss.

percepibile nell'art. 9 Stat. lav., si sta sempre più orientando verso il piano partecipativo⁴⁴. Per non dire poi del ruolo sempre più centrale assegnato agli organismi paritetici ed alle loro funzioni⁴⁵. Né dovrebbero trascurarsi tutte le norme, anche esterne al d.lgs. n. 81/2008, che, valorizzando e tutelando la dimensione del “benessere organizzativo”⁴⁶ specialmente nelle pubbliche amministrazioni, tendono a rimarcare le “convergenze” tra gli interessi dell'azienda/amministrazione e dei lavoratori, al di là delle loro evidenti e perduranti differenze (d.lgs. n. 150/2009; d.lgs. n. 165/2001; d.lgs. n. 33/2013)⁴⁷.

Insomma, un segnale in più che conferma come, in uno scenario profondamente mutato, per prefigurare nuovi e credibili standard di tutela occorrono probabilmente innovazioni anche per quanto concerne i metodi della regolazione.

6. L'organizzazione e la formazione

Nell'ultima parte di questo intervento, agganciandomi ad alcune considerazioni precedenti, vorrei svolgere alcune brevi riflessioni che possano in qualche modo introdurre i due temi oggetto di questo convegno, entrambi fondamentali per la sicurezza sul lavoro: i modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza e la formazione. Non dovendosi trascurare come i due temi siano tra loro legati giacché i modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 debbono assicurare un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi alle varie attività di prevenzione, ivi comprese quelle di formazione dei lavoratori.

6.1. L'organizzazione

L'emersione nel campo della sicurezza sul lavoro dei modelli di organizzazione e di gestione connessi alla responsabilità “amministrativa” (così si scrive, ma si legge “penale”) delle persone giuridiche e degli enti non costituisce un fulmine a ciel sereno.

⁴⁴ 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.; L. ANGELINI, *Discipline vecchie e nuove in tema di rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 20/2013, <http://olympus.uniurb.it>.

⁴⁵ C. LAZZARI, *Gli organismi paritetici nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 21/2013, <http://olympus.uniurb.it>.

⁴⁶ F. AVALLONE e M. BONARETTI (a cura di), *Benessere Organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2003; P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, di prossima pubblicazione in “Prisma”, 2016.

⁴⁷ 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.

Ciò non solo e non tanto perché l'originaria legge delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 231/2001 già si riferiva anche a reati connessi alla nostra materia, quanto perché, al di là delle non poche e serie criticità tecniche che permangono in merito all'innesto nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 dell'art. 25-*septies* e, più in generale, sul raccordo tra lo stesso d.lgs. n. 231/2001 e l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008⁴⁸, la scelta di valorizzare l'organizzazione del sistema di prevenzione appare pienamente coerente con tutta la logica organizzativa a cui si ispira il d.lgs. n. 81/2008. E lo sarebbe ancor più ove fosse appunto sostenuta da una disciplina più solida incentrata soprattutto su di una riscrittura dell'art. 25-*septies* che chiarisse definitivamente e fuor di ogni possibile dubbio la delicata questione dell'interesse e del vantaggio per l'ente⁴⁹.

Al di là delle criticità tecniche, se, per un verso, è la legge ad imporre, ancorché sotto la più velata forma dell'onere, l'adozione dei modelli organizzativi e gestionali⁵⁰, per un altro verso è altresì incontestabile che tale imposizione non fa altro che rendere pienamente evidente un principio immanente nello stesso concetto di “impresa” e di “imprenditore”. A ben guardare, infatti, il collegamento che formalmente prima la legge n. 123/2007 e poi il d.lgs. n. 81/2008 hanno instaurato con il principio fondante del d.lgs. n. 231/2001 – vale a dire con il principio di “organizzazione” – era già *in nuce* nella stessa disposizione legislativa che, fin dal 1942, ci ha consegnato la nozione civilistica di imprenditore.

Mi riferisco ovviamente all'inoscidabile art. 2082 c.c. che definisce l'imprenditore come colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

E proprio qui sta il nocciolo della questione. Infatti, è illusorio tentare di comprendere a fondo la problematica della sicurezza sul lavoro o di risolverne le tante questioni applicative se non si parte da questo assunto: che, proprio perché essa ha a che fare con un'attività economica organizzata, deve necessariamente essere riguardata in un'ottica organizzativa. E ciò sia per quanto attiene alla “dimensione genetica” dei problemi di sicurezza, giacché la fonte dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori è innanzitutto l'organizzazione dell'azienda e del lavoro, sia per quanto riguarda il “profilo metodologico” con cui rendere efficace la prevenzione in azienda, che non può prescindere da un approccio

⁴⁸ Per un'analisi dell'inserimento nel sistema del d.lgs. n. 231/2001 dei reati colposi (omicidio e lesioni personali) connessi alla sicurezza sul lavoro e della loro compatibilità con i criteri su cui si fonda la responsabilità in tale decreto (l'“interesse” ed il “vantaggio” per la persona giuridica) cfr. Trib. Trani, Sezione di Molfetta, 12 gennaio 2010, in <http://olympus.uniurb.it>. Sul tema cfr. E. AMATI, *Articolo 30. Modelli di organizzazione e di gestione, Commento*, in G. INSOLERA (a cura di), *Norme penali e processuali, in La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, III, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 45 ss.

⁴⁹ Sul punto v. diffusamente G. AMARELLI, *La responsabilità degli enti*, cit.

⁵⁰ Su cui cfr. G. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro. Artt. 30 e 300*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, p. 579 ss.

organizzato. L'organizzazione, dunque, rappresenta ad un tempo il problema e la sua soluzione.

D'altra parte, l'ingresso sulla scena della sicurezza sul lavoro dei modelli organizzativi e di gestione consente finalmente di ridimensionare quell'approccio prettamente "individualistico" con cui per tanto tempo si è pensato di affrontare la questione. In fondo, lo stesso acceso dibattito sull'interpretazione del principio della massima sicurezza tecnologica sotteso all'art. 2087 c.c. – il quale impone all'imprenditore di adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano tali da garantire l'incolumità fisica e la personalità morale dei lavoratori – non è altro che il frutto di quell'approccio individualistico per cui il datore di lavoro "è lasciato solo contro tutti": come non considerare infatti condizionato da tale approccio l'orientamento riduzionistico secondo cui la massima sicurezza esigibile sarebbe solo quella praticata nel settore in luogo di quella disponibile⁵¹?

D'altro canto, sarebbe del tutto miope non accorgersi che gli stessi illeciti in materia di sicurezza sul lavoro, per quanto realizzati da un soggetto singolo, si materializzano sempre in un "contesto organizzativo" rispetto al quale il comportamento trasgressivo dell'agente – sia esso il datore di lavoro, il dirigente, il preposto o lo stesso lavoratore – non è, salve rare eccezioni, mai estraneo o indifferente, giacché tale comportamento è sempre intimamente connesso ad un'azione che costituisce un elemento di quell'attività economica organizzata di cui ci parla l'art. 2082 c.c.⁵²

Se quindi gli illeciti in tema di sicurezza sul lavoro sono illeciti che nascono dall'organizzazione e nell'organizzazione si manifestano, tanto la loro prevenzione quanto la loro repressione presuppone un'ottica organizzativa, rivelandosi perciò puramente illusorio pretendere di risolvere i problemi solo attraverso "l'individualizzazione" sia della prevenzione sia della repressione.

Ciò, beninteso, non significa accantonare la necessaria dimensione individualistica sia dei precetti sia delle sanzioni, quanto semmai rendersi conto che l'approccio individualistico di per sé poco può fare sia per creare ambienti di lavoro sicuri sia per dar vita a credibili deterrenti. C'è forse bisogno di ricordare, scorrendo le amare statistiche infortunistiche, quanto scarsamente efficace si sia rivelata la minaccia delle pur imprescindibili sanzioni penali individuali? Il che, per altro verso, rischia di delegittimare lo stesso apparato sanzionatorio e, con esso, la credibilità dell'ordinamento.

⁵¹ G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro*, cit., *passim*.

⁵² Non a caso, ancorché con accenti talora eccessivamente arcigni, la giurisprudenza riconosce l'innocenza del datore di lavoro in caso di infortunio quando quest'ultimo sia stato causato da una condotta abnorme ed imprevedibile del lavoratore, del tutto esorbitante rispetto alla prestazione dedotta in obbligazione, vale a dire quando tale condotta sia assolutamente estranea alla fenomenologia dell'attività economica organizzata di cui si tratta: cfr. tra le tante Cass. pen., sez. IV, 11 agosto 2010, n. 31679, in <http://olympus.uniurb.it>; Cass. pen., sez. IV, 13 ottobre 2004, n. 40164, in "Rivista penale", 2005, p. 1264; Cass. pen., sez. IV, 23 maggio 2007, n. 25532, in "Cassazione penale", 2008, 11, p. 4316.

Del resto, chiunque può facilmente cogliere l'enorme differenza che corre tra atti penalmente illeciti commessi nella sfera dell'agire personale di un individuo e quelli compiuti entro il contesto di un'attività economica organizzata, dove la condotta individuale è quasi sempre parte di una più vasta azione complessa.

Di qui l'esigenza di affiancare all'imprescindibile responsabilità individuale la responsabilità dell'organizzazione nel cui ambito si svolge l'azione individuale.

6.2. La formazione

Per quanto concerne la formazione⁵³, mi limito a sottolineare tre aspetti che ritengo fondamentali.

Il primo riguarda il nuovo concetto di formazione per la sicurezza che traspare a chiare lettere fin dalla definizione come «il processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili all'acquisizione di competenze per lo svolgimento dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi» (art. 2, lett. *aa*). Un concetto che, proprio per l'esplicito riferimento al “processo educativo” mostra come la formazione, lungi dal potersi limitare ad un momento formale, deve tendere alla modificazione dei comportamenti delle persone a cui è destinata.

Il secondo aspetto concerne lo stretto legame, anzi la relazione funzionale, tra la valutazione dei rischi e la formazione. Infatti, al di là delle sue concrete modalità, quest'ultima non può avere alcuna *chance* di successo ove non sia preceduta da un'accurata analisi dei fabbisogni formativi. E, in materia di sicurezza sul lavoro, è evidente che i fabbisogni formativi emergono proprio in occasione della valutazione dei rischi⁵⁴. D'altra parte, la coerenza tra i bisogni emersi dalla valutazione dei rischi e la programmazione della formazione costituisce un aspetto tutt'altro che trascurabile per quanto attiene al controllo sulla adeguatezza e sufficienza della stessa formazione richieste dall'art. 37, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008. Infatti, interpretando sistematicamente le varie

⁵³ P. PASCUCCI, *Appunti su alcune questioni in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro, in Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, 2011, vol. II, p. 1115 ss.

⁵⁴ Ciò si evidenzia chiaramente scorrendo alcuni dei contenuti più significativi del documento che, in base al d.lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro deve redigere a conclusione della valutazione dei rischi: l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati, a seguito della valutazione; il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza; l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri; l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento. Queste indicazioni – in particolare le ultime due – confermano come i contenuti della formazione dei lavoratori debbono essere commisurati alle risultanze della valutazione dei rischi.

previsioni del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 15, 18, 28 e 37), pare doversi ritenere veramente adeguata e sufficiente quella formazione che, nel rispetto dei criteri già delineati dal legislatore, tenga specificamente in conto le esigenze di prevenzione e protezione evidenziate nella singola azienda dalla valutazione dei rischi.

D'altro canto, dalla valutazione prevista oggi dal d.lgs. n. 81/2008 scaturisce un obbligo di formazione sempre più finalizzata a fronteggiare rischi tipicamente soggettivi e, quindi, sempre più mirata e personalizzata, in coerenza peraltro con la previsione secondo cui il datore deve formare "ciascun" lavoratore⁵⁵.

In estrema sintesi, sembra di dover affermare che se l'obbligo di valutazione dei rischi costituisce la pietra angolare su cui si regge il sistema di prevenzione aziendale, quello di formazione ne rappresenta idealmente il logico sviluppo identificabile come il muro portante dal quale dipende la stabilità dell'intero edificio.

L'ultimo aspetto ha a che fare con il fatto che la formazione costituisce non solo un diritto, ma anche un obbligo del lavoratore, potendocisi interrogare sui riflessi di tale responsabilizzazione sul piano dell'accertamento delle responsabilità in caso di infortunio.

Ciò non significa ovviamente che l'adeguata e sufficiente formazione del lavoratore in materia di sicurezza esoneri sempre e comunque il datore di lavoro da qualunque responsabilità in caso di infortunio. D'altronde, lo stesso d.lgs. n. 81/2008 afferma che l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati diversi dal datore di lavoro – tra cui il lavoratore – sussiste solo qualora la mancata attuazione di tali obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti, i quali sono appunto tenuti a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi gravanti su tali soggetti (art. 18, comma 3-*bis*). Cosicché, ove un infortunio sia causato da un lavoratore che, pur adeguatamente formato, abbia nondimeno trasgredito i propri obblighi di prevenzione e protezione, il datore di lavoro non sarà chiamato a risponderne, ancorché in concorso con il lavoratore, solo ove dimostri di aver vigilato attivamente sull'operato del lavoratore, vale a dire avvalendosi dei poteri che l'ordinamento gli attribuisce per tutelare il suo ed altrui interesse all'organizzazione del lavoro sicura, compreso quindi il potere disciplinare.

È tuttavia evidente che ove a quel lavoratore sia stata fornita una formazione effettivamente adeguata e sufficiente ciò non potrà non rilevare in sede di valutazione delle responsabilità, proprio per l'intima connessione che la

⁵⁵ Infatti, pur ribadendo l'obbligo di valutare "tutti" i rischi, l'art. 28 sottolinea in particolare la necessità di valutare i rischi riconducibili alle situazioni per così dire personali dei lavoratori: da quelli connessi allo stress lavoro-correlato, a quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, fino a quelli relativi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e, dopo l'opportuna integrazione del d.lgs. n. 106/2009, anche alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.

legge ha istituito tra formazione e lavoro sicuro, ferme restando ovviamente le ulteriori valutazioni relative ad eventuali corresponsabilità datoriali, come quella di cui si è appena parlato⁵⁶.

D'altro canto, ci si potrebbe chiedere se quell'obbligo di vigilanza del datore sul comportamento del lavoratore ribadito recentemente dal legislatore non debba essere interpretato tenendo conto del livello di competenza acquisita dal singolo lavoratore anche grazie alla formazione ricevuta. Il che, si badi bene, non significherebbe esentare il datore di lavoro dall'onere-obbligo di vigilanza, ma piuttosto ricondurre tale obbligo entro una sfera di ragionevolezza da valutare a seconda delle caratteristiche di ciascun lavoratore, della formazione da lui ricevuta e, soprattutto, di come egli abbia introiettato tale formazione.

Ciò potrebbe consentire di riconsiderare il senso dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il datore di lavoro deve avere la cultura e la *forma mentis* del garante del bene costituzionalmente rilevante costituito dalla integrità del lavoratore, non dovendosi perciò limitare ad informare i lavoratori sulle norme antinfortunistiche previste, ma dovendosi attivare e controllare sino alla pedanteria che tali norme siano assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro⁵⁷. Non foss'altro, l'immagine del datore di lavoro che insegue spasmodicamente il lavoratore, attimo dopo attimo, per impedirgli di farsi male appare sempre più sfuocata rispetto ad una realtà in cui il lavoratore, almeno per quanto concerne la disciplina della sicurezza, nonostante il permanere della sua debolezza contrattuale, tende a divenire co-protagonista attivo della propria salute e sicurezza.

Abstract

Traendo spunto da alcune riflessioni sul concetto di "cultura della sicurezza sul lavoro" e dalla presentazione di un recente libro sulla stessa materia curato da Gaetano Natullo, l'autore si interroga sulla ipotetica autonomia scientifica del diritto della sicurezza sul lavoro. Segnalando come la materia rappresenti un terreno privilegiato per l'analisi interdisciplinare, l'autore rileva in particolare l'esigenza di una maggiore attenzione da parte degli studiosi del diritto del lavoro sulla dimensione della prevenzione. Sottolineando inoltre come il carattere partecipato del sistema della sicurezza sul lavoro dischiuda interessanti prospettive anche per i nuovi scenari del diritto del lavoro, infine si sofferma sulla crescente importanza dell'organizzazione e della formazione nella sicurezza sul lavoro.

Inspired by some reflections on the concept of "culture of safety at work" and by the presentation of a recent book on the same subject edited by Gaetano Natullo, the author wonders about the hypothetical scientific autonomy of safety at work law. Pointing out how the matter represents a priority area for interdisciplinary analysis, the author notes in particular the need for greater attention by scholars of labour law on the prevention dimension. Moreover, pointing out that the participatory dimension of the safety at work system outlines interesting perspectives for new scenarios of labour law, finally he focuses on the growing importance of organization and training in safety at work.

⁵⁶ Ed è ovvio che, sempre in relazione ad un infortunio, i profili di responsabilità del lavoratore si aggraverebbero nel momento in cui questi fosse venuto meno intenzionalmente al proprio obbligo formativo, nel qual caso tuttavia il datore di lavoro difficilmente potrebbe dimostrare l'insussistenza di una propria corresponsabilità nell'infortunio ove non avesse tempestivamente esercitato il potere disciplinare.

⁵⁷ Cass. pen., sez. IV, 11 agosto 2010, n. 31679, in <http://olympus.uniurb.it>.

Parole chiave

Prevenzione, cultura, sicurezza, lavoro, organizzazione, formazione

Keywords

Prevention, culture, safety, work, organization, training



La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto

di Pasqualino Albi *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sicurezza sul lavoro e centralità dell’art. 2087 c.c. – 3. La natura di norma generale dell’art. 2087 c.c. – 4. Norma generale e norme speciali: la tutela della persona. – 5. Tutela risarcitoria *versus* adempimento in natura. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema assegnatomi rappresenta l’occasione per ritornare su un argomento che ha attraversato un periodo molto importante della mia riflessione e per fare una sorta di bilancio sulla complessiva tenuta di una convinzione che, nel corso di quella riflessione, è divenuta una tesi scientifica.

La tesi che ho avuto occasione di articolare nella mia prima monografia¹ muove dall’assunto della centralità e della prevalenza dell’azione di adempimento rispetto all’azione risarcitoria in relazione alla violazione dell’obbligo di sicurezza messo in atto dal datore di lavoro e trova sostegno, prima di ogni altra argomentazione, in una insopprimibile esigenza di tutela della persona nel rapporto di lavoro, un’esigenza che non può essere soddisfatta, se non in una prospettiva che è quella del “fatto compiuto”, sul versante risarcitorio.

Se l’effetto di quella ricostruzione si riconnette prioritariamente al tema dell’effettività dei diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro non sembra fuori luogo mettere in rilievo che, a ben vedere, in ragione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell’obbligo di sicurezza, potrebbe essere la stessa impresa ad avere un chiaro interesse ad adottare modelli organizzativi fortemente orientati al profilo prevenzionale e, addirittura, a praticare *standard* di sicurezza superiori alla soglia minima legale.

Occorre infatti prendere atto che il dibattito dottrinario che propone la coppia oppositiva flessibilità/stabilità è logoro e stanco e, al tempo stesso, che la competizione fra imprese fondata solo sul contenimento del costo del lavoro

* Pasqualino Albi è professore associato di Diritto del lavoro nell’Università di Pisa.
pasqualino.albi@unipi.it

¹ P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice Civile*. Commentario diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2008.

esprime una prospettiva declinante del sistema economico e dunque del tessuto imprenditoriale.

È un dato di realtà che la competizione fra imprese – almeno di quelle imprese che intendono operare sul mercato in una prospettiva di lungo periodo – si fonda sulla centralità del capitale umano.

Una siffatta centralità presuppone di fare i conti, da un lato, con un sistema prevenzionale che deve necessariamente avere una visione ampia dei beni personali da tutelare nel rapporto di lavoro, una visione non confinata negli spazi ristretti di una angusta concezione dell'obbligo di sicurezza e, dall'altro, con la ridefinizione di un modello organizzativo che sta subendo e subirà trasformazioni epocali, determinate dalla rivoluzione digitale in corso.

La sfida per l'impresa è riuscire a garantire *standard* di sicurezza superiori a quelli minimi, *standard* in grado di orientarsi verso il benessere organizzativo delle persone che lavorano e ad elaborare modelli che valorizzino il capitale umano in un contesto che è quello attuale della rivoluzione digitale in atto.

Di fronte a temi che qui possono solo essere evocati risulta evidente che l'approccio classico che, in una sorta di prospettiva riduzionistica, confina il tema dell'obbligo di sicurezza verso una sorta di perenne e scontata marginalità e che, soprattutto, apprezza l'obbligo di sicurezza solo nella monistica prospettiva *ex post* della mera riparazione del danno, è destinato ad essere espressione di un modello recessivo e asfittico, che rifiuta le sfide della modernità.

Al contrario il presupposto minimo per avviare una rinnovata riflessione sull'obbligo di sicurezza è quello di esaltarne il profilo prevenzionale, di far vivere tale obbligo nell'immediata dinamica del rapporto, di sottrarlo alla comoda tentazione storiografica della sua violazione.

Proprio in questa prospettiva mi sembra utile riprendere le fila del ragionamento sulla naturale vocazione prevenzionale dell'obbligo di sicurezza.

2. Sicurezza sul lavoro e centralità dell'art. 2087 c.c.

Il tessuto normativo su cui si fonda l'obbligo di sicurezza è reso particolarmente complesso dalla sua frantumazione in una pluralità di fonti concorrenti che vanno dall'art. 2087 c.c. alla legislazione speciale prevenzionistica degli anni cinquanta, dalla legislazione di derivazione comunitaria fino alle competenze del legislatore regionale in materia di «tutela e sicurezza del lavoro» con il rischio di una frammentazione localistica della tutela giuslavoristica.

Occorre dunque tenere conto della complessità normativa nella quale viene ad innestarsi la disposizione codicistica.

Sull'appena indicata eterogeneità delle fonti è intervenuto il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (oggetto di varie modifiche ed integrazioni successive) che ha la finalità di operare il riordino ed il coordinamento delle norme vigenti in materia

di salute e sicurezza sul lavoro in un «unico testo» (art. 1) e che contiene peraltro significative innovazioni rispetto al quadro normativo previgente.

Si impone all'interprete il compito di operare un delicato lavoro di raccordo sistematico che eviti, per un verso, rovinose spinte centrifughe dall'art. 2087 c.c. e, per l'altro, l'accreditamento di un policentrismo normativo² votato inesorabilmente a riflettersi in negativo sulla effettività della tutela.

Il diritto del lavoro è attraversato dal problema delle fonti³ e, proprio come ogni altra area del diritto⁴, non si sottrae alla necessità del confronto con fonti sovraordinate e sottordinate e di tutte con il valore, anche di orientamento assiologico, della Carta costituzionale; l'unica in grado di riempire di contenuto la formula impiegata dall'art. 2087 c.c. per individuare i beni tutelati attraverso l'imposizione dell'obbligo di sicurezza.

3. *La natura di norma generale dell'art. 2087 c.c.*

In via preliminare deve essere messa in risalto la possibilità di fotografare il rapporto tra l'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. e quelli derivanti dal recepimento della disciplina comunitaria e dalla legislazione precedente ancora in vigore oggi (in parte) integrata nel d.lgs. n. 81/2008 in termini di rapporto tra *norma generale e norme speciali*.

La norma generale, carattere che si intende riconoscere all'art. 2087 c.c., è quella che “designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico”.

Si tratta di “*una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando*”, ove la fattispecie “*non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi*”, che confluiscono in un'unica categoria riassuntiva, cui il giudice riconduce il caso concreto, avvalendosi di “*modelli di comportamento*” ed attingendo a “*valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera*”. Il fatto che il giudice abbia un indiscusso margine di discrezionalità, sì da rendere non del

² Di policentrismo normativo già negli anni ottanta discuteva N. IRTI, [*I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*], in “*Quadrimestre*”, 1984, p. 236; ID., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in “*Diritto civile*”, Milano, 1980, p. 547; ID., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1986], convinto che le leggi speciali avessero espropriato il codice civile.

³ G. PERA (*Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in “*Massimario di giurisprudenza del lavoro*”, 1981, p. 528 ss.; ID., *Intervento*, in AA. VV., *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Atti delle giornate di studio di Arezzo dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, 15-16.5.1981, Milano, Giuffrè, 1982, p. 76) avvertiva già da tempo che quella delle fonti sarebbe stata la scommessa dello studioso del diritto.

⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in “*Il Foro italiano*”, 2007, V, c. 33; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in “*Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, 2006, p. 313; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in “*Politica del diritto*”, 2006, p. 361.

tutto automatica la decisione, non gli consente, tuttavia, di produrre o integrare norme: la sua è una discrezionalità, per così dire, di fatto⁵.

Per questa ragione non appare corretto riconoscere, come ha fatto una parte della dottrina⁶, all'art. 2087 c.c. il ruolo di clausola generale.

L'affermazione è diffusa anche nella giurisprudenza che muove dall'assunto che la clausola generale contenuta nell'art. 2087 c.c. svolgerebbe «una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica, che ha una dinamica ben più accentuata di quella dell'ordinamento giuridico, legato a procedimenti e schemi di produzione giuridica necessariamente complessi e lenti»⁷.

La tesi, tuttavia, non solo non convince, ma è ben lungi dall'avere qualche vicinanza metodologica con quella che si intende prospettare.

Le clausole generali, infatti, non sono né principi deduttivi né principi di argomentazione dialettica, «impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta»⁸.

Anche quando il giudice si avvale di *standard* valutativi, cioè di «comportamenti, opinioni, aspettative sociali [...] indicatigli quali parametri di valutazione normativa proprio dalla clausola generale che ad essi rinvia, il rinvio non ha valore recettizio: non è corretto ritenere che il giudice si allontani dal metodo classico della sussunzione»⁹.

Occorre dunque cogliere la vera essenza e la vera funzione delle clausole generali: «norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione», pur vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale, il quale esprime una «forma esemplare

⁵ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in "Rivista critica di diritto privato", 1986, pp. 9-10. Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1998, p. 40 ss.

⁶ In tema v., riassuntivamente, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 535 ss.

⁷ V., ad es., Cass., sez. lav., 6 ottobre 1988, n. 5048, in "Giustizia civile", 1988, I, p. 2871, con nota di V. MARINO, *Sul confine tra inadempimento dell'obbligazione di sicurezza e oggettivazione della responsabilità per danno ai dipendenti*, in "Il Foro italiano", 1988, I, c. 2849, con nota di D. CARUSO, *Danno da rapina (al dipendente) e responsabilità della banca*, Trib. Bergamo, 5 marzo 1983, in "Rivista giuridica del lavoro", 1984, IV, p. 102.

⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pp. 9-10. Secondo questo Autore le clausole generali «vanno pure distinte dai principi generali, si tratti di principi assiomatici o dogmatici (libertà di contratto, *pacta sunt servanda*, principio consensualistico) oppure di semplici massime di origine retorica (principio dell'affidamento, *nemo plus iuris ad alium transferre potest*). I principi assiomatici o dogmatici sono autonomi *principia demonstrandi*, premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione, nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie. Le massime di origine retorica forniscono punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale».

⁹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10.

dell'esperienza sociale dei valori», un serbatoio cui il giudice attinge per poi tradurre, «con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione»¹⁰.

Va da sé, insomma, che, seppure si volesse attribuire all'art. 2087 c.c. il ruolo di clausola generale, si dovrebbe aver cura di distinguerla dagli *standards* al fine di non limitare l'attività giurisdizionale ad una funzione meramente ricognitiva di norme sociali di condotta, che impedirebbe di «definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti» e che, più in generale, si tradurrebbe in un'adesione incondizionata ad una visione particolarmente riduttiva del diritto cui sarebbe estranea ogni funzione direttiva del mutamento sociale¹¹.

4. Norma generale e norme speciali: la tutela della persona

L'art. 2087 c.c. deve essere inteso, come si è avvertito, invece come *norma generale* che, proprio in quanto tale, pone il problema del rapporto con la disciplina di derivazione comunitaria e con quella residualmente vigente degli anni cinquanta, oggi parzialmente confluite nel citato d.lgs. n. 81/2008.

Il rapporto della norma codicistica con questa legislazione può essere descritto in termini di *genus* e *species*.

Certo che cosa si intenda per norma speciale non è del tutto pacifico, soprattutto non lo è il suo rapporto con la eccezionalità, stante che le norme speciali spesso sono identificate con quelle eccezionali¹².

Può comunque convenirsi che la norma speciale abbia la funzione di regolare «in modo diverso, rispetto al diritto comune, solo il *quid pluris* che la qualifica rispetto alla norma generale, la quale continuerebbe a riguardare quella parte della fattispecie comune alle due norme»¹³, sicché la norma speciale non deroga a quella generale, escludendola per incompatibilità, ma «si limita a dettarne un'applicazione specifica, motivata da esigenze specialistiche *ratione materiae, personae, loci*»¹⁴.

È tuttavia necessario tentare di mettere a frutto la fondamentale avvertenza metodologica secondo cui il processo applicativo del diritto impone inevitabilmente di «cogliere nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità l'unità» giacché il diritto «è all'un tempo sempre

¹⁰ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10.

¹¹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 14.

¹² Cfr. F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali ed eccezionali*, in "Enciclopedia del diritto", XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 507 ss.

¹³ M. GORGONI, *Regole speciali e regole generali nella disciplina del contratto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 48-49.

¹⁴ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali*, cit., p. 46. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 87; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1910, p. 16.

generale e sempre speciale»¹⁵ e dunque «nessuna scelta di disciplina particolare può essere compiuta se non avendo riguardo al quadro generale di riferimento»¹⁶.

È dunque muovendo da queste considerazioni che si preferisce osservare la disciplina prevenzionistica: norme speciali rispetto alla norma generale dettata dall'art. 2087 c.c. con la consapevolezza che solo l'interazione fra le une e le altre può restituire una corretta configurazione dell'obbligo di sicurezza.

Le norme speciali operano dunque come specificazioni o proiezioni della norma generale che orienta le norme speciali verso la proiezione finalistica rappresentata dalla tutela della persona.

La dottrina è concorde nell'affermare che l'art. 2087 c.c. è norma di apertura e di chiusura del sistema, che essa è norma viva e vegeta, connotata da una irriducibile funzione prevenzionale, che riempie di contenuto la disciplina di derivazione comunitaria e che fonda un obbligo di elevata intensità e di particolare rigore per il datore di lavoro. Tuttavia, altrettanto frequentemente non è in grado di coglierne le implicazioni concrete¹⁷.

La ricostruzione del rapporto tra l'obbligo di sicurezza avente fonte nell'art. 2087 c.c. e quello che trova nelle norme speciali il proprio fondamento positivo ha immediate ricadute di tipo operativo.

Attribuire all'art. 2087 c.c. i caratteri propri della norma generale significa riconoscere che questa è «una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando»¹⁸. Non solo: per un verso, serve a cogliere la portata dell'obbligo di sicurezza nella *dimensione del rapporto*, per un altro verso, a tracciarne le coordinate in relazione all'imponente apparato della legislazione di matrice prevenzionistica.

Il legame tra norma generale e norme speciali di natura prevenzionistica ha la funzione di arricchire la portata dell'obbligo di sicurezza non solo sotto il profilo quantitativo ma anche e soprattutto sotto quello qualitativo.

Sotto il *profilo quantitativo* è chiaro che, come affermato in dottrina¹⁹, l'art. 2087 c.c., essendo tanto norma aperta quanto norma di chiusura del sistema prevenzionistico, non esaurisce in un *numerus clausus* gli adempimenti cui è tenuto

¹⁵ N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, p. 1 del dattiloscritto; ID., *Per un tentativo di definizione del "diritto"*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1987 ss.

¹⁶ N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit., p. 2.

¹⁷ Ben poco sembra mutato rispetto alla lucida analisi compiuta da L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*³, Milano, Franco Angeli, 1986, p. 73 s.

¹⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pp. 9-10.

¹⁹ Cfr.: C. SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro. Quadro normativo, esperienze attuative e prospettive*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, p. 465 ss.; L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza sul lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, p. 501 ss.; L. MONTUSCHI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in "Lavoro e diritto", 1995, p. 405 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 3 ss.; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, Utet, 1995, p. 5 ss.; G.G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in AA. VV., "Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 1993, p. 79 ss.

il datore di lavoro. In tal senso le norme speciali non “chiudono” la portata dell’obbligo di sicurezza del quale rappresentano semmai un insieme variegato (e non esaustivo) di specificazioni.

Sotto il *profilo qualitativo* le norme speciali operano una proiezione della norma generale nella sua portata prevenzionistica, rendendo maggiormente visibile la tensione della norma generale verso la priorità dell’adempimento dell’obbligo.

Al tempo stesso la norma generale è in grado di imprimere sulle norme speciali una chiara connotazione dell’obbligo di sicurezza, sul piano della priorità dell’adempimento, del contenuto dell’obbligo, dei beni tutelati (la salute, la dignità del lavoratore).

Quello fra norma generale e norme speciali è dunque un *sistema circolare*: 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).

La circolarità del sistema si è ben delineata avendo riguardo ad uno dei beni protetti dalla norma generale: la salute della persona che lavora.

Nella direzione della tutela della dignità invece il processo circolare assume connotazioni diverse, esistendo senza dubbio disposizioni normative che possono essere rappresentate come specificazioni del bene protetto dall’art. 2087 c.c., senza tuttavia una coincidenza sul versante rimediale (e, dunque, sul piano dell’adempimento dell’obbligo) come quello che si descriverà sul versante della tutela della salute.

Ciò è dovuto sia al «ritardo» con il quale il tema della dignità della persona che lavora è stato messo a fuoco nel quadro degli obblighi gravanti sul datore di lavoro²⁰, sia – e soprattutto – alla circostanza che la garanzia costituzionale della

²⁰ È arduo rinvenire nella legislazione comunitaria uno specifico riferimento alla tutela della personalità morale del lavoratore. Certo, le nozioni di “ambiente di lavoro”, “sicurezza” e “salute” descritte dall’art. 137 del Trattato CE non devono essere intese in senso restrittivo e comprendono tutti quei fattori fisici e di altra natura in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore (C. Giust. CE, 12 novembre 1996, C-84/94). Tuttavia, per quanto intesa in termini ampi, la formulazione dell’art. 137 cit. non appare inclusiva della personalità morale. Non a caso la risoluzione del Parlamento europeo AS-0283/2001 «esorta gli Stati membri a verificare ed uniformare la definizione della fattispecie del mobbing» e in particolare a intervenire estendendo il campo di applicazione della Dir. CEE n. 89/391 oppure elaborando una nuova direttiva quadro come strumento giuridico per combattere il fenomeno. Occorre inoltre segnalare la Comunicazione della Commissione su «Nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza: 2002-2006», COM (2002)118, 11 marzo 2002 in cui viene messa in luce l’incidenza nel lavoro di nuovi fattori quali lo *stress*, la depressione, l’ansia spesso provocati da limiti organizzativi ovvero da molestie e prevaricazioni. In questo quadro va segnalato l’accordo europeo sullo *stress* da lavoro, 8 ottobre 2004, sottoscritto da Ces, Unice, Ueapme e Ceep e il Programma comunitario per l’occupazione e la solidarietà Progress, 2007-2013, Parlamento Europeo, COM(2004), 488, 14 luglio 2004. Alcune di queste linee di tendenza sono state recentemente recepite dal d.lgs. n.

dignità umana, per la sua stessa essenza, non ha la necessità di un sistema di specificazioni analogo a quello necessario per la salute.

D'altro canto alla sottovalutazione dottrinarie e giurisprudenziale della personalità morale consacrata nell'art. 2087 ha fatto da "contraltare" lo sviluppo stesso del diritto del lavoro post-costituzionale che rappresenta in sé la più ampia declinazione della dignità della persona mai messa in atto nell'universo giuridico: il diritto del lavoro è dignità della persona²¹.

La "sottovalutazione" della personalità morale ha dunque questa ragionevole spiegazione: la dottrina giuslavoristica aveva così chiara la dimensione personalistica del lavoro affermata sulla base dei valori costituzionali dell'eguaglianza e della solidarietà che non ha ritenuto di attingere alla fonte dell'art. 2087, considerata peraltro la non trascurabile ambiguità d'origine di questa disposizione.

L'emergere di problemi cruciali del diritto del lavoro, l'avanzare imponente di una contrapposizione radicale fra diritto del lavoro e sistema economico, fra persona e mercato, l'apparizione del nichilismo giuridico come negazione di qualunque legame fra diritto e valori impone invece oggi di mettere a fuoco il tema della dignità della persona e dunque di leggere l'art. 2087 come disposizione di collegamento fra i principi costituzionali ed il diritto del lavoro per rinnovare l'irriducibile dimensione personalistica del lavoro umano. Quella che attende il giurista è una paziente opera di sistemazione. Si tratta in verità oggi di ricomporre i pezzi di un *puzzle* che sono stati disseminati nella lunga marcia del diritto del lavoro verso la liberazione della persona dai vincoli soffocanti di una concezione autoritaria del rapporto giuridico.

5. Tutela risarcitoria versus adempimento in natura

Occorre partire dalla riflessione civilistica e processualcivilistica sull'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di priorità logica e giuridica dell'adempimento dell'obbligo rispetto alla tutela risarcitoria²².

81/2008. In particolare l'art. 28 del decreto contempla lo stress da lavoro, facendo riferimento all'accordo europeo sopra citato, fra i rischi che devono essere valutati dal datore di lavoro.

²¹ Come mette in luce S. DEL REY GUANTER (*Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in "Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 1994, n. 15, p. 9) la lettura del diritto del lavoro alla luce del valore supremo della dignità umana era stata intuita da H.D. SINZHEIMER (1927) secondo cui «la funzione del diritto del lavoro è quella di evitare che l'uomo venga trattato allo stesso modo delle cose».

²² A. LUMINOSO, sub *art. 1453*, *Della risoluzione per inadempimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1990, p. 1 ss.; R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in "Rivista critica di diritto privato", 1984, p. 55 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978; M.T. CARINCI, *Una prospettiva: dal risarcimento all'inibitoria*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre*, cit., p. 171 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in "Rivista critica di diritto privato", 1986, p. 539 ss., partic. p. 561 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, seconda edizione, 1993, p. 249 ss.

Dell'esistenza di tale principio si è occupata la dottrina italiana già sotto il codice civile previgente²³ che, pure erede del pensiero liberale classico secondo cui ogni obbligazione diversa dal dare si risolvesse «*en dommage-interêt*»²⁴, all'art. 1218 prevedeva: «Chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente ed in mancanza al risarcimento del danno».

Tuttavia l'assenza di strumenti esecutivi (diretti ed indiretti) convinse la dottrina e la giurisprudenza dominanti che la priorità dell'adempimento non potesse che soccombere di fronte al principio *nemo ad factum praecise cogi potest*²⁵.

E se gli artt. 1218 e 1453 del codice attuale costituiscono un significativo referente del principio della priorità logica dell'adempimento²⁶, pure esso, presupponendo l'esistenza di rimedi predisposti dall'ordinamento per garantire all'avente diritto «il bene o l'utilità oggetto specifico dell'aspettativa contrattuale o dell'obbligazione»²⁷, risente negativamente della mancata individuazione di forme di coazione all'adempimento²⁸.

In effetti la disciplina del codice civile dedicata all'esecuzione appare un «contenitore frettoloso» apprestato dal legislatore «per versarvi i c.d. profili sostanziali dell'esecuzione forzata»²⁹.

Per una parte della dottrina il principio di priorità dell'adempimento è frustrato, infatti, da un lato, dalla tendenza riduzionistica di stampo processualistico, dall'altro, dalla propensione patrimonialistica incapace di distinguere, sul piano sostanziale, quando possa invocarsi la tutela specifica e quando quella per equivalente, accontentandosi di «criteri equivoci e formalistici», quali l'infungibilità delle prestazioni di *facere* ed il corollario della loro incoercibilità diretta³⁰.

A ben vedere, tuttavia, proprio l'ostacolo reiteratamente impiegato per limitare il ricorso all'adempimento in natura è il risultato di un'astrazione concettuale che, facendo coincidere la tipologia degli obblighi di fare con

²³ G. CHIOVENDA, *Nuovi Saggi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1912, I, pp. 110-111: «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»; cfr. L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, V, *Dell'esecuzione forzata*, Milano, Francesco Vallardi, s.d.; L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, Jovene, 1915.

²⁴ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 121.

²⁵ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, Utet, 1998, seconda edizione, p. 303.

²⁶ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, Jovene, 1957, pp. 322-323: «...non bisogna dimenticare che per l'art. 1218 c.c. il debitore è tenuto, prima che al risarcimento del danno, alla esatta esecuzione della prestazione dovuta...».

²⁷ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 262.

²⁸ Per tutti cfr. S. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, III, *Processo di esecuzione*, Milano, Francesco Vallardi, 1966, sub art. 612, p. 448; F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, sub art. 2910-2933, Torino, Utet, 1980, seconda edizione; F.P. LUISSO, *L'esecuzione "ultra partes"*, Milano, Giuffrè, 1984; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 217 ss., part. 297 ss.

²⁹ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 222; F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 250 ss.

³⁰ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 9.

l'esemplificazione contenuta nell'art. 612 c.p.c. ed enfatizzando il principio giusnaturalistico *ne homini libero vis fiat*, privilegia la sanzione risarcitoria e concepisce in modo estremamente limitato la possibilità di ricorrere all'esecuzione forzata degli obblighi di fare, precludendo così la soddisfazione di quegli interessi che sono «disattesi dallo schema eguagliante del diritto civile»³¹.

Non è un caso, infatti, che l'attenzione per la tutela in forma specifica sia piuttosto recente ed emerga con riferimento alla tutela dei consumatori, categoria debole per definizione spesso accomunata a quella dei lavoratori subordinati³². La conclusione paradossale è che quando il lavoratore agisce conformemente al proprio connotato strutturale come creditore di una prestazione di sicurezza non può chiedere il condizionamento forzato dell'impresa, se non indirettamente convertendo la propria pretesa originaria in una richiesta risarcitoria che monetizzi il suo interesse rimasto insoddisfatto³³.

Tuttavia, se ci si emancipasse dalla pregiudiziale concettuale appena descritta, non si farebbe fatica a verificare che per effetto del contratto di lavoro subordinato il datore di lavoro, avendo l'obbligo di tutelare l'integrità psico-fisica e la personalità morale del lavoratore, è responsabile della realizzazione di quelle aspettative. Sicché, sul piano patologico, egli risponderà non di aver prevenuto o represso *ex post* fatti dannosi, imputabili a dolo o colpa, attraverso la rimozione del danno provocato, ma «di non aver garantito all'altro contraente entro i limiti della *possibilità* e/o della *esigibilità* (della condotta) la corretta (e puntuale) esecuzione del contratto»³⁴.

La responsabilità contrattuale esige, infatti, che la parte non inadempiente venga messa «nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato adempiuto»³⁵. Va da sé che la tutela risarcitoria, non esclusa del tutto, pure dovrebbe avere valore meramente residuale ed eventuale³⁶.

Ed invece nel nostro ordinamento è la tutela risarcitoria a svolgere un ruolo centrale sul piano rimediale a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di sicurezza.

Il risarcimento assume una sorta di funzione catartica che colma il divario tra la regola e la sua violazione, che riassegna la dignità a chi l'aveva perduta. E

³¹ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 122.

³² Cfr. P. ALBI, *L'inadempimento dell'obbligo di sicurezza tra inadempimento e danno*. Nota a Cass., sez. lav., 23 marzo 2003, n. 8230, in "Danno e responsabilità", 2003, ed *ivi* per ampi ragguagli bibliografici.

³³ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., p. 123.

³⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 193; cfr.: F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 75.

³⁵ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da F. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1988, p. 249.

³⁶ In senso analogo a quello indicato dall'originario testo di questo saggio v., ora, Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in "Il Foro italiano", 2006, I, c. 704, con note di A. DALFINO e A. PROTO PISANI, le cui conclusioni, pur con alcune precisazioni sulle quali non mi posso qui soffermare, sono da me condivise.

a poco rileva se per farlo si debba persino ipotizzare che le violazioni della dignità umana debbano essere gravi e ripetute nel tempo.

È necessario che la potenziale vittima sia avvertita: se intende essere risarcita deve attendere che l'autore dell'illecito porti a definitivo compimento la sua azione, stante che se, al contrario, si limitasse ad una singola violazione non potrebbe, ad esempio, integrare la fattispecie del *mobbing*.

A scanso di equivoci è necessario chiarire che la giurisprudenza adotta soluzioni che, condivisibili o meno nel merito, sono la logica conseguenza del principio dispositivo.

Se la vittima si presenta davanti al Giudice dopo anni di vessazioni e di soprusi e magari dopo che il rapporto di lavoro si è per qualche ragione estinto, con ogni probabilità formulerà una richiesta di danni e il Giudice non potrà che accertare se esista o meno il diritto al risarcimento del danno chiesto dal lavoratore.

In questo quadro non può essere messo in dubbio che quello risarcitorio sia il solo rimedio possibile, posto che l'ordinamento giuridico sembra tutto orientato a ritenere che l'unica risposta alla violazione degli obblighi contrattuali da parte del datore di lavoro debba essere il risarcimento del danno.

Ciò premesso si inizierà con l'osservare che il tema del danno alla persona nel rapporto di lavoro riflette un duplice ordine di questioni: da un lato l'inadeguatezza in sé della tutela risarcitoria in relazione ai beni protetti dall'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro e dall'altro il rischio che, proprio muovendo da tale inadeguatezza, si percorrano sentieri avventurosi verso una sorta di funzione sanzionatoria del danno: proprio perché applicando i criteri risarcitori ordinari non si avrebbe la piena soddisfazione della vittima, allora occorrerebbe attribuire al danno una funzione ulteriore rispetto a quella sua propria, vale a dire una funzione punitiva³⁷.

Siffatta soluzione – che non è ammessa dal nostro ordinamento – opera a ben vedere una indebita commistione rimediale.

Per superare l'*impasse* il tema cruciale è quello della personalizzazione o soggettivizzazione del danno contrattuale che «si realizza effettivamente solo quando il pregiudizio subito dalla vittima dell'inadempimento non trovi piena protezione nel valore di mercato della prestazione, essendo stata individuata una sorta di “*personal reason*” della vittima all'esatto adempimento della prestazione»³⁸.

In quest'ottica assumono un peso decisivo i criteri di determinazione delle «perdite inflitte per effetto dell'inadempimento nel caso concreto che non sono riflesse nel valore di mercato della prestazione» e che devono essere valutate

³⁷ Al riguardo v. gli efficaci rilievi di P. TULLINI, *Persona e danni risarcibili (... piccole provocazioni)*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2006, p. 1047 ss.

³⁸ F. MACARIO, *Recensione* (G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*), in “Rivista di diritto civile”, 2007, p. 284.

considerando i criteri della consequenzialità immediata e diretta, della prevedibilità e della evitabilità³⁹.

In questa prospettiva si colloca la ormai celebre sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 2006, che, pur avendo ad oggetto il tema del danno da demansionamento, abbraccia un insieme di questioni ben più ampie⁴⁰. La preoccupazione della Corte è infatti quella di mettere in luce che le «molteplici forme» che può assumere il danno da inadempimento rendono necessario che la vittima fornisca «tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione in fatto attraverso i quali possa emergere la prova del danno»⁴¹.

L'onere della prova del danno gravante sul lavoratore è la logica conseguenza dell'esigenza di individuare criteri idonei alla personalizzazione del danno in concreto subito dal lavoratore, del tutto mancanti ove ci si limitasse all'allegazione dell'inadempimento.

E non a caso nella citata decisione viene tracciata una linea di demarcazione fra il danno alla salute e quello alla personalità morale proprio sullo specifico versante probatorio.

Per il primo, ci ricorda la Corte, la questione è «più semplice»: qui non può prescindersi dall'accertamento medico-legale e dunque il danno si configura tutte le volte in cui è riscontrabile una lesione dell'integrità psicofisica medicalmente accertabile.

Il secondo invece necessita imprescindibilmente di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, allegando le circostanze comprovanti la lesione del bene protetto, potendo in tale ipotesi il lavoratore avvalersi della «prova per presunzioni»⁴².

Nel contesto qui descritto, posto che non può condividersi l'evocazione della responsabilità extracontrattuale in relazione al nostro tema, sempre dalla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni occorre invece partire, operando una lettura sistematica degli artt. 1218 e 2087 c.c.

Sul versante probatorio occorre rimarcare che il lavoratore ha l'onere di allegare l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza, mentre il datore di lavoro ha l'onere di provare (a) di avere adempiuto ovvero (b) che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità sopravvenuta derivante da causa a lui non

³⁹ F. MACARIO, *Recensione*, cit., p. 286.

⁴⁰ Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in "Il Foro italiano", 2006, I, c. 2334, con nota di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2006, II, p. 696, con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2006, p. 661, con nota di C. SORGI, *Una lettura costituzionalmente disorientata del danno non patrimoniale*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2006, p. 485, con nota di A. VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle sezioni unite: il danno alla persona del lavoratore*.

⁴¹ Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

⁴² Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

imputabile; su quest'ultimo piano vale la configurazione di una impossibilità oggettiva relativa quale prova liberatoria offerta al debitore-datore di lavoro⁴³.

Poiché l'inadempimento non coincide con il danno è difficile prefigurare in astratto se e quali specifiche conseguenze pregiudizievoli possono derivare dall'inadempimento.

Su questo versante emerge un ulteriore onere probatorio gravante sul lavoratore – secondo i criteri fissati dall'art. 1223 c.c. – che ha il compito processuale di indicare quale specifico danno ha subito a causa dell'inadempimento dell'obbligo di sicurezza al fine di circoscrivere, in virtù del principio dispositivo, l'azione risarcitoria promossa⁴⁴. Il lavoratore ha altresì l'onere di offrire al processo ogni elemento utile ad individuare l'esistenza e l'entità del danno subito, giacché solo nel caso in cui non sia possibile definirne l'esatto ammontare sulla base delle allegazioni del lavoratore, il giudice potrà fare applicazione della valutazione equitativa (art. 1226 c.c.)⁴⁵.

L'inquadramento nella responsabilità contrattuale consente altresì di ritenere applicabile nella nostra specie il limite della prevedibilità sancito dall'art. 1225 c.c.⁴⁶.

Non sorgono ostacoli inoltre ad ammettere il concorso del fatto colposo del lavoratore nella causazione del danno (art. 1227, comma 1, c.c.) e la limitazione del risarcimento ai danni che il lavoratore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (1227, comma 2, c.c.)⁴⁷.

⁴³ Su questo piano sussistono in giurisprudenza formule quali la “presunzione legale di colpa” nonché “l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno” o ancora “l'onere di provare la mancanza di colpa”; cfr.: Cass., sez. lav., 17 maggio 2006, n. 11523, in “Impresa”, 2006, 1202; Cass., sez. lav., 7 marzo 2006, n. 4840; in “Il repertorio del Foro italiano”, 2006, v. Lavoro (rapporto), n. 1301; Cass., sez. lav., 24 luglio 2006, n. 16881, in “Il repertorio del Foro italiano”, 2006, v. Lavoro (rapporto), n. 1290; Cass., sez. lav., 24 febbraio 2006, n. 4184, in “Il repertorio del Foro italiano”, 2006, v. Lavoro (rapporto), n. 1303; tuttavia non sussistono particolari difficoltà nel ricondurre tali formule alla prova liberatoria dell'impossibilità sopravvenuta (oggettiva e relativa) per causa non imputabile gravante *ex art.* 1218 c.c. sul debitore, nel senso indicato nel testo.

⁴⁴ Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

⁴⁵ Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

⁴⁶ A. TURSÌ, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2003, I, p. 283 ss.; sul tema della prevedibilità: pp. 303-306.

⁴⁷ Su quest'ultimo versante occorre chiarire che l'orientamento giurisprudenziale secondo cui è da ammettersi il concorso di colpa del lavoratore nella causazione del danno dallo stesso subito (Cass., sez. lav., 17 aprile 2004, n. 7328, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2005, II, p. 103, con nota di S. BELLUMAT, *Responsabilità dell'imprenditore e concorso di colpa del lavoratore in materia di danno da infortunio*) può essere correttamente inquadrato considerando da un lato il ruolo attivo che il lavoratore è chiamato a svolgere nel sistema prevenzionale delineato dal d.lgs. n. 81/2008 e dall'altro gli obblighi di informazione, formazione ed addestramento che gravano sul datore di lavoro in base al medesimo Decreto: entrambi tali profili devono essere dunque presi in considerazione per accertare la corresponsabilità del lavoratore nella causazione del danno. In tema, pur in riferimento al d.lgs. n. 626/1994: L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 46-47; R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 187-188.

6. Conclusioni

Il diritto vivente è contrassegnato da un processo di dilatazione qualitativa e quantitativa del danno, sfociato inesorabilmente in una vera e propria metamorfosi funzionale del rimedio risarcitorio, chiamato impropriamente a restituire al diritto del lavoro un decoroso livello di effettività: quello che, invece, solo l'adempimento dell'obbligo di sicurezza può garantire.

Le disfunzioni evocate sono celate da una singolare vocazione verso l'equità che viene a svolgere un ruolo decisivo nella liquidazione del danno ovvero un incessante trascorrere verso il perseguimento del più alto livello possibile di giustizia sostanziale, anche a costo di dar vita a discutibili duplicazioni risarcitorie⁴⁸ e su uno sfondo in cui diviene indifferente la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità.

L'osservazione delle singole vicende processuali consente altresì di rinvenire una sorta di processo di rifrazione tra passato e presente che si realizza nel corso del giudizio, soprattutto in relazione ai temi emergenti del danno esistenziale, dal danno da *mobbing* e del danno da demansionamento.

Ripercorrendo (spesso per intero) la carriera lavorativa del ricorrente si individua una serie di episodi nei quali la personalità morale o la salute del lavoratore sono state violate e, una volta accertato che si è (si direbbe: si era) in presenza di un illecito (si direbbe: di un inadempimento) si chiede al giudice di condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno, come se attraverso una somma di danaro fosse possibile restaurare l'ordine violato. Il risarcimento assume una sorta di funzione catartica che colma il divario tra la regola e la sua violazione, che riassegna la dignità o la salute⁴⁹ a chi l'aveva perduta. E a poco rileva se per farlo si debba persino ipotizzare che le violazioni della dignità umana debbano essere gravi e ripetute nel tempo. È necessario che la potenziale vittima sia avvertita: se intende essere risarcita deve attendere che l'autore dell'illecito (si direbbe: il debitore inadempiente) porti a definitivo compimento la sua azione, stante che se, al contrario, si limitasse ad una singola violazione non potrebbe, ad esempio, configurarsi la fattispecie del *mobbing*.

⁴⁸ M. GORGONI, *Duplicazioni "discutibili" dei danni permanenti*, in "Danno e responsabilità", 2002, p. 1058 ss.

⁴⁹ L'esame della giurisprudenza consente di affermare che in non pochi casi la violazione dell'obbligo di sicurezza si prolunga spesso per decenni, come ad esempio nel caso di esposizione a sostanze gravemente nocive per la salute umana, senza alcun intervento degli organi di vigilanza, senza alcuna segnalazione delle rappresentanze sindacali e nel silenzio del datore di lavoro. Deve rimarcarsi che solo l'azione di adempimento dell'obbligo di sicurezza può scongiurare il rischio che l'accesso alla giurisdizione del lavoro si trasformi in una farsa, in un giudizio universale sul bene e sul male, in una sorta di bilancio storico e generazionale e che difficilmente riuscirà a chiarire l'effettivo svolgimento dei fatti posto che – a distanza di decenni – non solo sussistono ostacoli probatori a tratti insuperabili ma gli stessi centri di imputazione della responsabilità saranno probabilmente mutati.

Ed è necessario rimarcare che la giurisprudenza adotta soluzioni che, condivisibili o meno nel merito, sono la logica conseguenza del principio dispositivo.

Se la vittima si presenta davanti al Giudice dopo anni di vessazioni e di soprusi e, come spesso accade, dopo che il rapporto di lavoro si è estinto, formulerà necessariamente una richiesta di danni e il Giudice non potrà che accertare se esista o meno il diritto al risarcimento del danno chiesto dal lavoratore.

In caso di «rapporto risolto» o di comportamenti offensivi ormai esauritisi non può essere messo in dubbio che quello risarcitorio sia il solo rimedio possibile.

La descritta crescente dilatazione dei danni alla persona del lavoratore comporta la moltiplicazione delle voci di danno, in linea di ipotesi, risarcibili e, per altro verso, delinea uno scenario gravemente insoddisfacente per l'effettività dei diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro.

Il quadro descritto mette bene in rilievo quali siano state le conseguenze di un modello fondato sull'ipertrofia della tutela risarcitoria, un modello che ha tradito la vocazione prevenzionale dell'obbligo di sicurezza.

Ora, anche di fronte alle sfide che la modernità lancia alle imprese che intendono operare sul mercato in una prospettiva di lungo periodo, ritengo necessario che la riflessione sul contenuto dell'obbligo di sicurezza meriti di essere portata al centro della scena e che, con spirito critico, si riesca a guardare oltre la rappresentazione angusta e mediocre che, purtroppo, emerge oggi dal diritto vivente: se esiste il senso della realtà, deve esistere anche il senso della possibilità.

Abstract

L'autore sostiene la tesi della centralità e della prevalenza dell'azione di adempimento rispetto all'azione risarcitoria in relazione alla violazione dell'obbligo di sicurezza messo in atto dal datore di lavoro, una tesi che trova sostegno, prima di ogni altra argomentazione, in una insopprimibile esigenza di tutela della persona nel rapporto di lavoro, un'esigenza che non può essere soddisfatta, se non in una prospettiva che è quella del "fatto compiuto", sul versante risarcitorio.

Se l'effetto della tesi si riconnette prioritariamente al tema dell'effettività dei diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro non sembra fuori luogo mettere in rilievo che, in ragione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di sicurezza, potrebbe essere la stessa impresa ad avere un chiaro interesse ad adottare modelli organizzativi fortemente orientati al profilo prevenzionale e, addirittura, a praticare standard di sicurezza superiori alla soglia minima legale.

The Author states the thesis of the priority of the fulfillment safety action over the compensation for damages.

This thesis is based on the irrepresibile need for personal protection in the workplace and is connected with the principle of effectiveness of employee rights. The study underlines that the employer could have interest of promoting the health of employees and also of adopting standards of quality and safety higher than the minimum legal levels.

Parole chiave

Obbligo di sicurezza, tutela della persona, adempimento dell'obbligo di sicurezza, inadeguatezza della tutela risarcitoria, dilatazione della tutela risarcitoria, capitale umano

Keywords

Personal protection, safety obligation, deficiency of compensation for damages, expanding of compensation for damages, human capital



Organizzazione, colpa e sicurezza sul lavoro. Dosimetria dell'impresa e della colpa di organizzazione

di Giuseppe Losappio *

SOMMARIO: 1. Organizzazione e diritto penale. – 2. La colpa di organizzazione. – 3. L'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001, colpa individuale, colpa di organizzazione e dimensioni dell'impresa. Le indicazioni positive. – 4. (segue) Le indicazioni della giurisprudenza. – 5. Le discrasie tra letteratura penalistica e giurisprudenza. – 5.a. L'eclissi della colpa di organizzazione. – 5.a.1. I rapporti tra la documentazione della sicurezza prevista dal d.lgs. n. 81/2008 e il modello di organizzazione *ex* art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. La c.d. sentenza *Truckcenter*. – 5.a.2. Dosimetria dell'organizzazione, imputazione colposa e requisito teleologico. – 5.b. Considerazioni critiche. – 5.b.1. Frizioni con il principio di legalità e del *ne bis in idem*. – 5.b.2. Effetti disnomici.

1. Organizzazione e diritto penale

In Italia, il rapporto tra organizzazione e diritto penale è stato a lungo poco considerato dagli studiosi della “materia” e dalla esperienza giurisprudenziale. Fino alle soglie del 2000, di organizzazione nelle pagine della letteratura e delle sentenze si leggeva pressoché esclusivamente nell'ambito di riflessioni (o motivazioni) relative ai reati associativi ovvero al concorso di persone nel reato¹. Ulteriori riferimenti al tema, ma incidentali e non sempre manifesti, erano rintracciabili anche nei primi studi sul trasferimento di funzioni². Nelle esperienze giuridiche straniere, invece, la relazione tra diritto penale e organizzazione era stata esplorata in diverse direzioni già dalla seconda metà del XX secolo. Si pensi, per esempio, alla teoria roxiniana della *Organisationsherrschaft*³. I contributi più

* Giuseppe Losappio è professore associato di Diritto penale nell'Università di Bari “Aldo Moro”. giuseppe.losappio@uniba.it

¹ In part. G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 45 e ss.; ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, agg. 2000.

² Per tutti A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini editore, 1985.

³ C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in “Goldammer's archiv für strafrecht”, 1963, p. 193 (p. 200 in part.); ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, VII ed., trad. spagn. a cura di J.C. CONTRERAS, Madrid-Barcellona, Marcial Pons, 2000, p. 269; ID., *Organisationsherrschaft und Tatenschlossenheit*, in “Zeitschrift für internationale strafrechtsdogmatik”, 2006, p. 293; ID., *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft* (trad. spagn.), in “Revista de Estudios de la Justicia”, 2006, p. 11. Per un'ampia rimeditazione di questo tema roxiniano K. AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*, in www.cienciaspenales.net (2002).

strettamente pertinenti con l'accezione di organizzazione che interessa queste pagine, tuttavia, sono fioriti al crocevia tra criminologia, *white collar crime* e *corporate crime* sia per la *Strasfrechtdogmatik*⁴ che per le *Criminal law schoolships*, dove il tema ha trovato esplicito riconoscimento nel florido editoriale degli *unlawful organization*, *organizational crime* e *organizational culpability studies*⁵.

2. La colpa di organizzazione

Sarebbe arbitrario riferire il passaggio da una stagione all'altra dell'esperienza giuridica, isolando uno o più specifici fatti/episodi. La transizione tra "vecchio" e "nuovo", come al solito, non è stata rapida bensì lenta e progressiva, alternando a piccoli passi, accelerazioni, decelerazioni e retromarce. Senza troppe forzature, tuttavia, è possibile segnalare sia sul versante della giurisprudenza (§ 4) che sul versante della letteratura penalistica taluni *topos* – sentenze e saggi – che hanno recato un contributo di particolare rilievo alla riflessione sul rapporto tra organizzazione e diritto penale in ambiti diversi da quelli in cui era stato lambito in precedenza. Si pensi, in particolare, al diritto penale del lavoro e alla responsabilità da reato degli enti. Sono documenti, cioè, nei quali le fila di discorsi già intrapresi sono state riannodate cogliendo chiaramente l'autonomo (o perlomeno inedito) rilievo del tema dell'organizzazione nella struttura della responsabilità colposa.

Sul versante della letteratura penalistica merita di essere segnalata soprattutto l'elaborazione di PALIERO e PIERGALLINI che gli autori hanno esplicitamente connesso al «superamento del dogma *Societas delinquere (et puniri) non potest*, ad opera del d.lgs. 231/2001»⁶.

Il saggio muove dalla premessa che la "colpa di organizzazione" rimanda «plasticamente al fenomeno di una "responsabilità collettiva" dell'ente, quale aggregato di individui che, proprio perché "organizzati", esprimono un'autonoma "mente collettiva" e una "metacompetenza" *di gruppo*, capaci di fronteggiare situazioni "complesse", indominabili dal singolo o da una pluralità "disorganizzata" di soggetti»⁷.

⁴ In part. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1979, p. 50 e ss. (in part.).

⁵ *Ex multis* D. VAUGHAN, *Controlling Unlawful Organizational Behavior: Social Structure and Corporate Misconduct*, The University of Chicago Press, 1983; E. GROSS, *Organizational crime: A theoretical perspective*, in "Studies in symbolic interaction", 1978, p. 55; ID., *Organizational structure and organizational crime*, in G. GEIS – E. STOTLAND (a cura di), *White-collar crime: Theory and research*, Beverly Hills, CA Sage Publications, 1980, p. 52.

⁶ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", 2006, p. 167.

⁷ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, loc. ult. cit.

Gli elementi costitutivi di questa nozione sono tre, uno negativo, gli altri due positivi.

Non si ha colpa di organizzazione nell'ambito delle realtà di impresa in cui la struttura organizzativa resta circoscritta nella dimensione dell'interazione soggettiva a struttura semplice orizzontale, governata dal principio di affidamento, ovvero, in quella dell'interazione soggettiva a struttura semplice verticale, governata dal principio della delega di funzioni⁸;

La colpa di organizzazione richiede:

- l'esistenza di una «struttura complessa, ovvero, una molteplicità di apparati, in cui il processo decisionale è scandito da fasi governate da una pluralità di individui che agiscono in un gruppo» e (secondo elemento costitutivo);

- la violazione di un obbligo di organizzazione di tali apparati in vista del contenimento o della riduzione di un rischio di reato⁹.

In altri termini, a monte della colpa di organizzazione, si colloca una garanzia dovuta dall'ente (che si somma a quella dovuta dai singoli) di organizzare l'organizzazione in modo che l'ente stesso non possa essere accusato di avere agevolato il verificarsi del reato. Per questa ragione, l'adozione del modello consente all'ente di dimostrare di non avere in alcun modo favorito la consumazione del reato poiché che non vi è stato alcun *deficit* di controllo.

Il dovere di organizzare l'organizzazione ha natura «progettuale»/«pianificatoria» e non integra una regola cautelare essendo privo della «capacità di richiamare una correlazione di rischio a misura d'uomo, partorita cioè sulla scorta di cornici ontologiche e nomologiche fruibili dall'*homo eiusdem conditionis et professionis*, vale a dire da una figura-modello»¹⁰; sembra emergere piuttosto «la necessità di plasmare una figura di “agente-modello collettivo”, verso la quale indirizzare una rosa di *doveri d'informazione e di adeguamento* che tenga conto delle *capacità superiori* che il modello collettivo naturalmente possiede rispetto all'agente-modello individuale»¹¹. Rispetto alla colpa individuale, in quella di organizzazione oltre alla misura cambia anche la prospettiva dell'aspetto prognostico (la previsione dell'evento, secondo la discutibile formula del codice): «la *cognizione-rappresentazione dei possibili reati* da impedire è qualcosa di *sfocato*, di meramente *potenziale*, al più una *visione* di stampo puramente sistemico-funzionale, nel senso della riconducibilità di alcune tipologie di illecito alle funzioni più esposte al rischio»¹².

Si approda così alla conclusione che «la mancata organizzazione prende le mosse da una *scelta*, con la quale l'ente *decide di correre un rischio*: quello che i soggetti che, a diverso titolo, svolgono un'attività per suo conto, commettano reati. Il rischio connaturato alle decisioni assunte da un'organizzazione complessa

⁸ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168.

⁹ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, loc. ult. cit.

¹⁰ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., pp. 177-178.

¹¹ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 183.

¹² C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 180.

conosce, nel caso dell'omesso contrasto del rischio-reato, un effetto moltiplicatore, risolvendosi nella *decisione*, di per sé *rischiosa, di rischiare*¹³.

3. *L'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001, colpa individuale, colpa di organizzazione e dimensioni dell'impresa. Le indicazioni positive*

La fondamentale riflessione appena sunteggiata – antecedente sia all'introduzione dell'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001 sia al d.lgs. n. 81/2008 (c.d. TU sicurezza sul lavoro) – non mancava di considerare che l'estensione della responsabilità degli enti ad alcuni reati rimasti «nel cono d'ombra del rischio d'impresa», tra i quali gli infortuni sul lavoro (e le violazioni ambientali), permetterebbe di recuperare uno spazio vitale per la colpa di organizzazione¹⁴.

Abbia favorito o meno questo risultato, per due ragioni tra loro complementari l'art. 25-septies ha comunque conferito rilievo cruciale alla colpa di organizzazione.

È solo l'individuazione di un criterio di imputazione nettamente distinguibile dalla colpa individuale che consentirà alla disciplina dell'art. 25-septies di acquisire autonomo rilievo impedendo (per converso) che i criteri di imputazione della responsabilità da reato per lesioni ed omicidio colposi e quelli degli artt. 589-590 si sovrappongano o addirittura divengano interscambiabili.

Solo l'affermazione della colpa di organizzazione, quale categoria autonoma rispetto alla colpa individuale, consente di scongiurare il duplice rischio che:

- ogni *defaillance organizzativa* (ogni violazione del dovere di organizzare l'organizzazione) alimenti il rimprovero di colpa individuale;
- qualsiasi profilo di colpa individuale si converta in un addebito di colpa per l'ente.

Da questa premessa deriva una prima importante considerazione. Ditta individuale a parte (cui – è oramai pacifico – non si applica la responsabilità da reato degli enti) non si dà responsabilità *ex art. 25-septies* del d.lgs. n. 231/2001 se le dimensioni/struttura dell'impresa non imprimono al dovere di organizzare la sicurezza che fa capo al datore di lavoro una dimensione che trascende quella dell'interazione soggettiva orizzontale, governata dal principio di affidamento, e quella dell'interazione soggettiva verticale, governata dal principio della delega di funzioni¹⁵.

Le dimensioni dell'impresa sono espressamente considerate dall'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008¹⁶ che detta una disciplina i cui precipitati penalistici non sono

¹³ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 180.

¹⁴ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 184.

¹⁵ C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168.

¹⁶ Cfr. altresì il d.m. 13 febbraio 2014 (in G.U. 25 febbraio 2014) del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Recepimento delle procedure semplificate per l'adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese*.

agevolmente decifrabili e, in ogni caso, non sembrano, per il momento, essere stati percepiti dall'esperienza giurisprudenziale.

Ciò che appare chiaro, tuttavia, è che:

- la disciplina del d.lgs. n. 231/2001, di fatto, non ha mai introdotto un sistema organizzativo specifico e semplificato per le PMI, diversamente dal sistema prevenzionale della sicurezza disciplinato dal d.lgs. n. 81/2008 che nel tempo ha introdotto svariate deroghe al regime *standard*¹⁷;

- nel disegno del legislatore la disciplina dell'art. 25-*septies* si applica anche alle PMI, non solo le imprese medie, ma anche le imprese piccole e le microimprese¹⁸.

4. (segue) *Le indicazioni della giurisprudenza*

Con le cautele già illustrate, l'esordio del processo di accumulazione nomofilattica sul rapporto tra organizzazione e colpa può essere riferito alla pronuncia delle Sezioni Unite 25 novembre 1998, c.d. Loparco¹⁹, che, tra gli altri, afferma due principi:

- il datore di lavoro deve accertarsi che l'ambiente di lavoro abbia requisiti di legalità e affidabilità;

- l'impossibilità di fatto del datore di inserirsi nei luoghi del processo produttivo – nei cantieri di lavori edili, nel caso in esame – non rappresenta assolutamente un elemento di esclusione dalla colpa, anzi, costituisce di per sé un elemento di colpa.

Otto anni più tardi un altro “precedente” di grande rilievo è la sentenza di legittimità 13 luglio 2007, n. 24350²⁰ dove sono affermati altri due principi di notevole importanza:

Sul tema ad es. G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e responsabilità da reato delle società. Principi generali (DLGS N. 231/01), regole speciali (DLGS. N. 81/08) e riflessi sistematici*, in *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 202-203.

¹⁷ P. MAGRI-A. RACANO, *Nuovi sviluppi applicativi per le PMI in materia di 231 e sicurezza sul lavoro*, in “La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”, 2015, pp. 162-163.

¹⁸ Raccomandazione 2003/361/CE. Articolo 2 (Effettivi e soglie finanziarie che definiscono le categorie di imprese) 1. La categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. 2. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR. 3. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR.

¹⁹ Cass. pen., S.U., 25 novembre 1998, Loparco, in “Cassazione penale”, 1999, p. 2084 (anche in “Rivista penale”, 1999, p. 469).

²⁰ Cass. pen., sez. IV., 13 luglio 2007, n. 24350 in <http://olympus.uniurb.it>, sezione Giurisprudenza.

- il mantenimento di una condizione strutturale di confusione organizzativa non consente l'operatività del principio di affidamento e impedisce lo "scarico" di responsabilità mediante la delega;

- la sfasatura tra la sicurezza sulla carta e la sicurezza reale costituisce un elemento di colpa del datore di lavoro.

Altri otto anni dopo, la sentenza 24 febbraio 2015, n. 13858²¹, ha ribadito, che integra un comportamento negligente la conduzione dell'impresa contrassegnata da carenze di ordine organizzativo generale, idonee a prevenire i rischi infortunistici in una specifica fase della lavorazione, nel senso che se fossero state poste in essere, presumibilmente il verificarsi dell'infortunio sarebbe stato evitato. Non giova, per contro, ad escludere questo profilo di colpa la circostanza che a carico degli imputati non fossero state individuate omissioni dell'obbligo di sorveglianza né la responsabilità dei precedenti dirigenti, che non avrebbero promosso una adeguata attività di formazione del personale: «siffatta considerazione non tiene conto che la molteplicità delle posizioni di garanzia in funzione delle rispettive attribuzioni e competenze, non esclude che, nel concreto, chiamati a rispondere della violazione possano essere più soggetti contitolari di posizioni di garanzia concorrenti e convergenti rispetto alla medesima finalità prevenzionale»; ciò nonpertanto – precisa la motivazione – «va rilevato che nelle imprese di grandi dimensioni ... non può individuarsi il soggetto responsabile, automaticamente, in colui o in coloro che occupano la posizione di vertice, occorrendo un puntuale accertamento, in concreto, dell'effettiva situazione in cui lo stesso ha dovuto operare. È vero, infatti ... che la tolleranza di prassi lavorative pericolose, in palese violazione della normativa antinfortunistica, attiene a scelte di carattere generale della politica aziendale ... però è altrettanto vero che nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire *tout court* all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare non solo l'apparato organizzativo che si è costituito, sì da poter risalire, all'interno di questo, al responsabile di settore» ma anche se il dirigente con la «delega in materia infortunistica sia stato messo in condizioni di intervenire, in quanto portato a conoscenza della prassi lavorativa vigente nell'azienda pericolosa per la salute dei lavoratori». Per tale ragione, bisogna distinguere la posizione «del direttore generale rispetto a quella del direttore di stabilimento, in ragione della obiettiva situazione di maggiore contiguità di quest'ultimo rispetto alle modalità di svolgimento delle attività lavorative», perché altrimenti si attribuirebbe «all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a prassi consolidate in uso non conformi alle regole della sicurezza delle quali, proprio in considerazione della durata dell'incarico, non era stato portato a conoscenza».

²¹ Cass. pen., 24 febbraio 2015, n. 13858, in "Cassazione penale", 2015, p. 4757 (anche in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>).

Quale lezione possiamo estrarre da queste pronunce? Cinque indicazioni fondamentali, tra loro concentriche:

- la posizione di garanzia del datore di lavoro risulta esposta ad una pressione espansiva fortissima. Il confine della responsabilità penale del datore di lavoro è la “sicurezza”. L’obbligo giuridico di impedire l’evento dell’art. 40 cpv. è permeabile a tutte le fonti non positive che definiscono l’obbligazione securitaria del datore di lavoro, richiamata dall’art. 2 del d.lgs. n. 81/2008.

- Il datore di lavoro garantisce la salute dei lavoratori (anche) garantendo la sicurezza; deve organizzare l’organizzazione in modo che sia garantita la sicurezza del lavoro attuando (o curando che siano attuate) tutte le norme positive e non che secondo esperienza e tecnica, buone prassi e linee guida sono necessarie per ridurre i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno.

- Alla stregua di questa premessa i confini dell’obbligazione di garanzia del datore di lavoro corrispondono all’obbligazione di organizzare l’organizzazione che la letteratura penalistica pone a fondamento della “colpa di organizzazione”. In ogni caso, secondo la giurisprudenza penale valgono senz’altro (anche) per la colpa personale le direttive euristiche fondate sulle equivalenze: disorganizzazione = insicurezza; disorganizzazione = colpa.

- L’impossibilità del datore di lavoro di inserirsi nei luoghi del processo produttivo non rappresenta, di per sé, un elemento di esclusione dalla colpa ma nelle imprese di grandi dimensioni occorre verificare in concreto se l’imprenditore (ovvero) gli esponenti potesse(ro) effettivamente intervenire sullo stabilimento (ecc.) presso il quale si è verificata la *defaillance* organizzativa, ove questo luogo sia “presidiato” da un direttore “locale”.

- Si noti, infine, come il *format* nomofilattico della Suprema Corte è simmetrico all’elaborazione della letteratura penalistica. Il riferimento al dovere di organizzare l’organizzazione opera in funzione incriminatrice per le aziende di dimensioni minori e in funzione scriminante per quelle più grandi. Per converso, con riferimento alla responsabilità degli enti *ex art. 25-septies* «le dimensioni dell’impresa non hanno alcun rilievo o comunque hanno un rilievo assolutamente modesto circa le modalità organizzative» che «devono seguire gli ordinari passaggi indicati per qualsiasi impresa, ovvero individuazione dei rischi, indicazione delle procedure di prevenzione, redazione di un codice sanzionatorio. In sostanza con riferimento ai reati colposi, per la redazione del relativo modello organizzativo la soglia dimensionale dell’impresa non ha alcuna valenza»²².

²² C. SANTORIELLO, *I modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle indicazioni di Confindustria*, in “La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”, 2015, p. 186.

5. Le discrasie tra letteratura penalistica e giurisprudenza

L'interazione tra l'indirizzo che estende la responsabilità da reato degli enti anche nei confronti delle micro-impresе e una definizione molto ampia della colpa del datore di lavoro implica l'eclissi pressoché totale della colpa di organizzazione e, di conseguenza, un'altrettanto completa sovrapposizione della responsabilità penale individuale e della responsabilità da reato degli enti *ex art. 25-septies* del d.lgs. n. 231/2001. Com'è stato osservato, in quest'ultimo contesto, in particolare, i «margini per azionare una valida linea di difesa» dell'ente non sono molti e «vertono tutti sulla assenza dei requisiti di interesse o vantaggio»²³.

5.a. L'eclissi della colpa di organizzazione

La tesi dello studio è che nelle micro-impresе e, comunque, nelle impresе in cui l'"organizzazione dell'organizzazione" resta circoscritta nel perimetro dei principi di affidamento-delega di funzioni la funzione di prevenzione e la funzione cautelare non sono distinguibili. Il datore di lavoro risponde di tutto ciò che deve e può fare per evitare gli eventi degli artt. 589 e 590 c.p. e non si delineano – come per l'imprenditore individuale – le condizioni per l'operatività della disciplina del d.lgs. n. 231/2001; vuol dire altresì che nelle impresе di dimensioni minori (micro, piccole, medio-piccole) le istanze di prevenzione del modello *ex artt. 6* del d.lgs. n. 231/2001 e 30 del d.lgs. n. 81/2008 sono assorbite dalla funzione cautelare dei documenti disciplinati da quest'ultima fonte, a cominciare dal documento di valutazione dei rischi. Solo nell'impresa di maggiori dimensioni, dove rileva la distinzione tra funzione di prevenzione (mediante l'organizzazione) e funzione cautelare, prende corpo, per un verso, la possibilità di individuare un spazio applicativo della disciplina del d.lgs. n. 231/2001 diverso rispetto a quello della responsabilità penale individuale, per l'altro, di escludere che in quest'ultimo ambito sussista la colpa se la violazione di regole cautelari da cui è dipeso l'evento prescinde da una "consistente relazione" con il dovere di organizzare l'organizzazione.

Ripetuto in forma analitica/(più) sintetica, vuol dire che nell'impresa di maggiori dimensioni:

- non ogni violazione della funzione cautelare riflette una *defaillance* della funzione di organizzazione;
- se il dovere di organizzare l'organizzazione è stato regolarmente adempiuto restano escluse sia la responsabilità dell'ente che la responsabilità penale personale del datore di lavoro;

²³ P. MAGRI-A. RACANO, *Nuovi sviluppi applicativi per le PMI in materia di 231 e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 163.

- se il dovere di organizzare l'organizzazione non è stato regolarmente adempiuto può sussistere la responsabilità dell'ente ma non è scontato che ogni violazione della funzione cautelare sia sufficiente ad affermare la responsabilità dell'ente e la responsabilità penale individuale del datore di lavoro nel caso in cui la regola la cui inosservanza ha "causato" l'evento non riflette (appunto) una colpa di organizzazione.

L'impostazione della giurisprudenza su questi temi è nettamente differente.

5.a.1. *I rapporti tra la documentazione della sicurezza prevista dal d.lgs. n. 81/2008 e il modello di organizzazione ex art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. La c.d. sentenza Truckcenter*

Una cospicua e pionieristica sentenza di merito²⁴ ha escluso qualsiasi possibilità di surrogare il modello *ex art. 6* del d.lgs. n. 231/2001 con il documento di valutazione dei rischi (anche in vista dell'applicazione dell'attenuante dell'art. 12, comma. 2, lett. *b*):

- il d.lgs. n. 81/2008 giustappone i documenti relativi alla sicurezza del lavoro (documento di valutazione dei rischi, innanzitutto, ma anche tra gli altri il POS e il PSC) al modello di organizzazione e gestione per il quale prevede una specifica disciplina (art. 30), segnando «così una distinzione non solo nominale ma anche funzionale»²⁵;

- anche se sono possibili parziali sovrapposizioni, i contenuti del modello di organizzazione e gestione si differenziano nettamente rispetto alla mera valutazione dei rischi sulla quale fanno perno i documenti del d.lgs. n. 81/2008. Si pensi alla necessaria vigilanza sull'adempimento degli obblighi, delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza; alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate; alla necessità di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate; all'individuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel

²⁴ Trib. Trani, sez. di Molfetta, 26 ottobre 2009 (est. Gadaleta), in "Diritto penale e processo", 2010, p. 842 (estratto). Il testo integrale è disponibile *open source* www.csddl.it.

²⁵ Sul punto, la sentenza precisa: «mentre il documento di valutazione di un rischio è rivolto anche ai lavoratori per informarli dei pericoli incombenti in determinate situazioni all'interno del processo produttivo e quindi è strutturato in modo da garantire a tali destinatari una rete di protezione individuale e collettiva perché addetti concretamente a determinate mansioni, il modello del DLG n. 231 deve rivolgersi non tanto a tali soggetti che sono esposti al pericolo di infortunio, bensì principalmente a coloro che, in seno all'intera compagine aziendale, sono esposti al rischio di commettere reati colposi e di provocare quindi le lesioni o la morte nel circuito societario, sollecitandoli ad adottare standard operativi e decisionali predeterminati, in grado di obliterare una responsabilità dell'ente. Dall'analisi dei rischi del ciclo produttivo l'attenzione viene spostata anche ai rischi del processo decisionale finalizzato alla prevenzione. Dalla focalizzazione delle procedure corrette del ciclo produttivo, per la parte riferibile alla sfera esecutiva dei lavoratori, si passa anche alla cruciale individuazione dei responsabili dell'attuazione dei protocolli decisionali, finanziari e gestionali occorrenti per scongiurare quei rischi. Si tratta, come chiarito, di evitare la commissione di reati in materia di infortuni sul lavoro da parte dei garanti dell'incolumità fisica dei lavoratori».

modello; all'individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati.

Questi argomenti sono senza dubbio solidi, soprattutto, dal punto di vista della logica formale. Le differenze specifiche tra i documenti del TU e il d.lgs. n. 231/2001 sono evidenti ed innegabili. Nelle imprese di dimensioni minori, tuttavia, dal punto di vista della concatenazione di cause/condizioni che ha generato l'evento è altrettanto innegabile che la funzione preventiva di «un modello di organizzazione e di gestione» idoneo a scongiurare gli eventi lesivi o mortali sarà in larga parte assorbita dal documento di valutazione dei rischi (e, ove necessari, dal DUVRI dal POS e dal PSC), che – non è ozioso sottolinearlo – non è concepito dal legislatore come una monade cristallizzata, immutabile, ma “vive” nel continuo divenire del sistema della sicurezza aziendale, contesto, in cui, anche ai fini della colpa individuale, la sicurezza reale non può prescindere da modalità di gestione e organizzazione precisamente definite, costantemente monitorate, verificate e aggiornate. Queste considerazioni dovrebbero essere sufficienti per escludere la presunzione assoluta di infungibilità tra i due regimi in esame²⁶. Vuol dire che un ente accusato *ex art. 25-septies* e privo del modello *ex art. 6* del d.lgs. n. 231/2001 dovrebbe essere assolto ove dimostri che:

- il sistema della sicurezza aziendale era idoneo ad impedire la commissione dei delitti *ex artt. 589-590 c.p.*;

- l'adozione degli elementi del modello *ex art. 6* non implementati nell'azienda non avrebbero impedito il verificarsi dell'evento.

In tal senso non è di scarso rilievo la formula dell'*art. 25-septies* dove precisa che il reato presupposto costituisce fonte di responsabilità da reato degli enti se l'evento dell'*art. 589 c.p.* «è commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro» (sich) ovvero «con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro», di qualunque fonte, che devono trovare specifico riscontro nel documento di valutazione dei rischi, ovvero nel compendio di valutazioni e prescrizioni di *riskassessment e management* che richiede l'*art. 28* del d.lgs. n. 81/2008. Difficile pensare che, in una impresa di

²⁶ Un'apertura sia pure implicita a quest'ordine di idee è stata colta nella motivazione della sentenza del Trib. Milano, 26 giugno 2014, sez. pen. VI (est. Martorelli) (in www.penalecontemporaneo.it) dal commento di P. DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, in www.penalecontemporaneo.it (2014) «Il Giudice, nel considerare idoneo il Modello organizzativo formalizzato dalla committente, pone l'accento sul fatto che debba considerarsi “efficiente”, benché al momento del verificarsi dell'incidente mortale non fosse aggiornato ai reati richiamati all'*art. 25-septies* d.lgs. 231/2001, in quanto era in atto un progetto di aggiornamento del suddetto Modello organizzativo avviato all'indomani dell'introduzione della l. 123/2007. Dall'altra parte, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, era stata fornita prova del fatto che il Modello organizzativo vigente all'epoca dei fatti fosse strutturato in modo da rimandare integralmente al comparto procedurale in tema di sicurezza sul lavoro, ed in particolare, alle procedure aziendali in materia di appalti e costruzione. Dunque, il mancato richiamo ai reati in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro doveva considerarsi un vizio meramente formale»

dimensioni ridotte, dove l'organizzazione è circoscritta dall'affidamento per un verso e dalla delega di funzioni dall'altro, la completa e soddisfacente realizzazione del sistema della sicurezza incentrato sul documento di valutazione dei rischi non comporti di per sé quel livello di efficacia di prevenzione degli infortuni che attiva l'esonero di responsabilità previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

5.a.2. *Dosimetria dell'organizzazione, imputazione colposa e requisito teleologico*

L'esame delle stratificazioni diacroniche della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità penale personale del datore di lavoro consente di comprendere che la Suprema Corte riconosce sì un ruolo all'interconnessione tra dimensioni dell'impresa e funzione di prevenzione ma in termini diversi da quelli indicati dalla dottrina:

- come si è già notato, nelle pagine della letteratura penalistica il dovere di "organizzare l'organizzazione" perimetra la posizione di garanzia nell'ambito della responsabilità penale degli enti (e, per converso, della responsabilità penale individuale); la giurisprudenza invece propone una lettura della posizione di garanzia del datore di lavoro onnicomprensiva, riconoscendo solo sul piano dell'imputazione colposa rilievo "scriminante" alle dimensioni dell'impresa;

- con riferimento alla responsabilità degli enti, la giurisprudenza della Suprema Corte riconosce lo scarto tra dovere di organizzare l'organizzazione e regole cautelari, ma l'operatività di questa distinzione viene, piuttosto tortuosamente, riferita al rapporto tra violazione della regola cautelare e requisiti del vantaggio/interesse, che «nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico»²⁷. È ciò che accade quando il datore di lavoro, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica. Si pensi, per esempio, al caso in cui l'omissione delle «cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito (non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma) di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo il verificarsi dell'infortunio a danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione)». Una politica d'impresa che baratta la sicurezza del lavoro con la riduzione dei costi/contenimento della spesa funge, dunque, da

²⁷ Così da ultimo Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2544, in <http://olympus.uniurb.it>, sezione Giurisprudenza (ove altresì si legge che nei «reati colposi d'evento, il finalismo della condotta prevista dall'art. 5 d. lgs. n. 231/2001 è compatibile con la non volontarietà dell'evento lesivo, sempre che si accerti che la condotta che ha cagionato quest'ultimo sia stata determinata da scelte rispondenti all'interesse dell'ente o sia stata finalizzata all'ottenimento di un vantaggio per l'ente medesimo»).

collegamento tra l'ente e l'illecito commesso dai suoi organi apicali ovvero dai dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi²⁸.

In altri termini, secondo la giurisprudenza, l'art. 25-*septies* richiede che la colpa di organizzazione si manifesti in una sorta di organizzazione della colpa.

Poiché nei reati colposi, a differenza di quelli dolosi, l'interesse o il vantaggio non possono essere riferiti all'evento (o, più correttamente, alla "situazione finale" del reato), lo stesso elemento finalistico del modello di imputazione della responsabilità da reato degli enti viene "ortopedicamente" riferito alla condotta, o meglio (o a ben vedere), alle (eventuali) scelte senza le quali la violazione della regola cautelare da cui è dipeso l'evento non si sarebbe realizzata.

5.b. Considerazioni critiche

Le carenze di scrittura della fattispecie punitiva sospingono «fatalmente» il giudice verso operazioni interpretative di "arrotondamento" del tipo²⁹. Il difetto di coordinamento dell'art. 25-*septies* con la parte generale del d.lgs. n. 231/2001 (e i dilemmi che ne derivano con riferimento, per esempio, alla conformazione del vantaggio/interesse dell'ente e alla fraudolenta elusione dei modelli) comporta che «solo un intervento legislativo volto ad introdurre dei nuovi ed autonomi criteri oggettivi di imputazione della responsabilità degli enti per i reati colposi potrebbe definitivamente risolvere» i dubbi» appena accennati sollevando la giurisprudenza dall'arduo compito di dover ricorrere ad «un'interpretazione ortopedica»³⁰ che stride con i principi ed appare comunque disfunzionale.

²⁸ Ancora Cass. pen., n. 2544/2016, cit. (ove altresì si legge che occorre, perciò, «accertare in concreto le modalità del fatto e verificare se la violazione della normativa in materia di sicurezza o igiene del lavoro, che ha determinato l'infortunio, rispondesse ex ante ad un interesse della società o abbia consentito alla stessa di conseguire un vantaggio, ad esempio, risparmiando i costi necessari all'acquisto di un'attrezzatura di lavoro più moderna ovvero all'adeguamento e messa a norma di un'attrezzatura vetusta. Tale accertamento risulta essere stato compiuto dal giudice di merito di primo grado che, ad esito dell'istruzione dibattimentale, ha ritenuto provate ... la protratta sistematica violazione della normativa prevenzionistica a vantaggio dell'ente, che aveva risparmiato i costi connessi all'acquisto di un'attrezzatura di lavoro moderna, efficiente e sicura ... con la quale sostituire la vetusta autogrù ... indicata nel capo di imputazione, ovvero i costi delle modifiche tecniche necessarie a rendere quel macchinario sicuro per i lavoratori; nonché la circostanza che la società aveva risparmiato i costi connessi ad un'adeguata attività di formazione ed informazione dei lavoratori»).

²⁹ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the book e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it (2016).

³⁰ C. AMARELLI, commento a Tribunale di Trani, sez. di Molfetta, 11 gennaio 2010 (c.c. 26 ottobre 2009) - Est. Gadaleta - Truck center s.a.s., in "Diritto penale e processuale", 2010, p. 842. Cfr. altresì sul tema, *ex multis*, A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in "Analisi Giuridica dell'economia", 2009 (2), p. 342; T.E. EPIDENDIO-G. PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società*, 2011 (supplemento n. 12), p. 35; G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in www.penalecontemporaneo.it (2013); D. GUIDI, *La problematica compatibilità tra i criteri generali di iscrizione della responsabilità agli enti e l'art. 25 septies d.lgs. n. 231/2001*, in G. CASAROLI -F. GIUNTA-R. GUERRINI-A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del*

5.b.1. *Frizioni con il principio di legalità e del ne bis in idem*

Si registra, innanzitutto, un vistoso slittamento di piani rispetto al regime della responsabilità “scritto” nel testo del d.lgs. La parte speciale riscrive quella generale sotto due profili:

- il requisito dell’interesse/vantaggio non è ancorato alla situazione finale del reato ma ad una preconditione (causale/agevolatrice) della condotta (quindi di fatto sono sganciati dal reato); il reato non è commesso al fine di realizzare un interesse o un vantaggio dell’ente ma è solo, in qualche modo, riferibile ad un comportamento (che può essere anche del tutto estraneo al fatto tipico e, di per sé, non colposo) che ha (non è detto che l’obiettivo fosse tale) determinato un risparmio di spesa;

- il requisito dell’interesse/vantaggio, così ricostruito, assorbe quello della colpa di organizzazione che di fatto non svolge alcun ruolo autonomo/ulteriore.

Quanto alle frizioni con il principio del *ne bis in idem* occorre muovere dalla considerazione che alla luce della giurisprudenza europea è «indiscutibile» che il giudizio nei confronti della persona giuridica è di natura penalistica³¹ e quindi soggiace al principio del *ne bis in idem* sostanziale sancito dall’art. 4 del Protocollo n. 7 della Carta EDU, consacrato di recente Corte EDU con l’arcinota sentenza c.d. Grande Stevens³².

In generale si esclude che le sanzioni del d.lgs. n. 231/2001 determinino una duplicazione delle pene osservando che il fatto di reato commesso dalla persona fisica è solo uno degli elementi della fattispecie, oltre al quale occorre l’omessa adozione e attuazione di un modello di organizzazione efficace e che il reato presupposto sia stato commesso nell’interesse o vantaggio dell’ente. Si osserva inoltre che può parlarsi di violazione del *ne bis in idem* se oltre a procedere due volte per il medesimo fatto i due giudizi si rivolgono nei confronti del medesimo soggetto. È un requisito che, in generale, manca nella materia della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 che riguarda un ente collettivo, una “persona giuridica” e non una persona fisica³³. Piuttosto il problema può porsi con riferimento alla sovrapposizione tra sanzioni *ex* d.lgs. n. 231/2001 e sanzioni amministrative, non (in generale) tra sanzioni penali e sanzioni extrapenali a carico dell’ente. Un ulteriore profilo di sovrapposizione potrebbe essere individuato nella responsabilità civile dell’ente per le sanzioni pecuniarie (multa e

diritto vivente, Pisa, Edizioni ETS, 2015, p.124; A. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in www.legislazionepenale.eu (2016).

³¹ C. SANTORIELLO, *La sentenza IFIL-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la stessa condotta e le conseguenze della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in “La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”, 2015, p. 47. Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, pertanto, queste conclusioni non mutano nemmeno qualora si neghi la natura penale della responsabilità da reato degli enti.

³² Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric., 18640

³³ C. SANTORIELLO, *La sentenza IFIL-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la stessa condotta e le conseguenze della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 49.

ammenda). Ciò nonostante, nello specifico della responsabilità degli enti per i delitti indicati dall'art. 25-*septies*, occorre notare che:

- l'elemento del vantaggio/interesse può realizzarsi solo nella forma – come dire – “involuta” del risparmio di spesa;

- l'identità tra il criterio di imputazione soggettiva della persona “giuridica” e quello della responsabilità personale – per cui la colpa dell'uomo implica, senz'altro, la colpa dell'ente – oltre a far sorgere dubbi in ordine alla natura oggettiva (e non colpevole) di questa forma responsabilità da reato – fa dubitare anche che l'applicazione dell'art. 25-*septies* alle microimprese e alle piccole imprese comporti una duplicazione di sanzioni sostanzialmente penali per lo stesso fatto (e a carico di soggetti formalmente ma non sostanzialmente diversi).

5.b.2. *Effetti disnomici*

Per decodificare il secondo aspetto di criticità collegato all'eclissi della colpa di organizzazione la considerazione dalla quale occorre muovere è che la disciplina della responsabilità da reato degli enti fa perno sul “meccanismo” delle c.d. sanzioni positive. Com'è noto a tutti, l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 dispone che l'adozione e l'efficace attuazione, prima della commissione del fatto, di «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» escludono la responsabilità dell'ente. L'adozione del modello – a differenza, per esempio, del documento di valutazione dei rischi – non è obbligatoria; la mancanza del modello di per sé non implica alcuna sanzione; l'adozione e l'attuazione del modello prima del reato comportano “solo” il vantaggio di consentire l'esonero della responsabilità dell'ente; l'adozione del modello dopo la commissione del reato può consentire un'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie.

È agevole intendere, alla luce di questa premessa, che la sovrapposizione colpa personale-colpa dell'ente è disnomica rispetto alle direttrici politico criminali della responsabilità da reato degli enti. L'effetto è persino un'eterogeneità dei fini. A ben considerare, per l'ente è persino vantaggioso non adottare il modello, sia perché realizza un immediato risparmio di costi, sia perché l'adozione *post delictum* del modello può consentire una riduzione della sanzione.

Abstract

Solo l'affermazione della colpa di organizzazione, quale categoria autonoma rispetto alla colpa individuale, consente di scongiurare il duplice rischio che ogni defaillance organizzativa (ogni violazione del dovere di organizzare l'organizzazione) alimenti il rimprovero di colpa individuale e che qualsiasi profilo di colpa individuale si converta in un addebito di colpa per l'ente. Da questa premessa deriva che non si dà responsabilità ex art. 25-septies del d.lgs. 231/2001 se le dimensioni/struttura dell'impresa non imprimono al dovere di organizzare l'organizzazione una misura che trascende quella dell'interazione soggettiva a struttura semplice orizzontale, governata dal principio di affidamento, e quella dell'interazione soggettiva a struttura complessa, governata dal principio della delega di funzioni.

The opinion that considers the “fault of organization” as an independent category with respect to the individual’s negligence avoids the double risk that any organizational failure (any violation of the duty to organize the organization) feeds the charge of individual responsibility and any individual negligence is converted into a charge of responsibility for the corporation. For these reason there should not be responsibility under art. 25 septies d.lgs. 231/2001 in the case that the size/structure of the enterprise does not impress to the duty to organize the security a measure that goes beyond the horizontal simple model of interaction (reliance principle) and the vertical simple model of interaction (principle of assignement).

Parole chiave

Colpa di organizzazione, dovere di organizzare l’organizzazione, principio di affidamento, principio della delega di funzioni

Keywords

Fault of organization, duty to organize the organization, reliance principle, principle of assignement



L'organizzazione della sicurezza in alcune tipologie di lavoro revisionate dal *Jobs Act*

di Valentina Pasquarella *

SOMMARIO: 1. L'organizzazione della sicurezza in particolari tipologie di lavoro tra 'modulazione' delle tutele e 'armonizzazione' delle normative. – 2. Il contratto a termine: il grande assente del TU. – 3. La tutela della sicurezza dei lavoratori in somministrazione. – 4. Il lavoro a progetto e le collaborazioni *ex art.* 409 c.p.c.

1. *L'organizzazione della sicurezza in particolari tipologie di lavoro tra 'modulazione' delle tutele e 'armonizzazione' delle normative*

Oggetto del mio intervento è la questione dell'organizzazione della sicurezza in relazione ad alcune tipologie di lavoro; in particolare, la riflessione si concentrerà sull'applicabilità della tutela prevenzionistica ai contratti di lavoro c.d. flessibili e al lavoro parasubordinato, tenendo conto del recente intervento di riordino e di revisione operato dal d.lgs. n. 81/2015, in attuazione del fine dichiarato dalla legge delega di rendere i contratti di lavoro vigenti «maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» (art. 1, comma 7, l. n. 183/2014). In realtà, l'obiettivo non è analizzare le novità in materia di sicurezza introdotte, prima, dal d.lgs. n. 81/2015¹ e, qualche mese più tardi, dal d.lgs. n. 151/2015 (che, sotto le mentite spoglie della semplificazione, interviene in modo eterogeneo e piuttosto frammentato su una pluralità di profili connessi alla tematica della sicurezza sul lavoro e, quindi, su diverse norme del d.lgs. n. 81/2008²), ma porre in luce alcune criticità delle disposizioni del TU sul campo di applicazione soggettivo, per verificare se l'odierno legislatore sia riuscito, o quantomeno abbia provato, a cogliere la preziosa occasione offerta dai recenti provvedimenti di riforma per superare quei profili problematici che, di

* Valentina Pasquarella è professore aggregato di Diritto del lavoro nell'Università di Foggia. v.pasquarella@unifg.it

¹ Per un commento sulle diverse tipologie contrattuali revisionate dal d.lgs. n. 81/2015, cfr. i contributi pubblicati in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2015.

² D'ora in poi: TU. Sulle novità in materia di sicurezza introdotte dal d.lgs. n. 151/2015, sia consentito rinviare a V. PASQUARELLA, *Il d.lgs. n. 81/2008 dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in D. GAROFALO, E. GHERA, (a cura di), *Commentario ai dd.lggs. nn. 149-150-151 del 2015*, Bari, Cacucci, 2016, in corso di pubblicazione.

fatto, finiscono per limitare l'effettività della tutela prevenzionistica garantita ai lavoratori.

A tal fine, mi sembra doverosa una breve premessa sulla *ratio* ispiratrice delle norme della legge delega n. 123/2007 e del TU, circa l'ambito dei destinatari della normativa in materia di sicurezza.

Come è noto, la l. n. 123/2007 (art. 1, comma 2), nel definire i criteri direttivi per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela e sicurezza dei lavoratori, ha promosso il processo di espansione del campo di applicazione delle tutele antinfortunistiche avviato a livello giurisprudenziale e attuato, a livello legislativo, solo in parte, dal d.lgs. n. 626/1994, in ossequio al principio dell'«universalità della tutela della salute e della sicurezza»³, affermato dall'ordinamento internazionale e da quello europeo e fondato, a livello nazionale, sull'art. 32 Cost. In particolare, per quanto concerne l'ambito soggettivo, stabilito il criterio direttivo dell'applicazione della normativa prevenzionistica a tutti i lavoratori e le lavoratrici (autonomi e subordinati) e ai soggetti ad essi equiparati, la legge delega ha segnalato un programma di intervento rivolto, in particolare, all'area del lavoro autonomo e a quella dei rapporti contrattuali c.d. atipici, attraverso adeguate misure di tutela (art. 1, comma 2, lett. c, l. n. 123/2007)⁴.

Nel TU, i criteri direttivi della l. n. 123 sono stati recepiti attraverso una serie di norme che intendono dare attuazione alla «vocazione universalistica della delega»⁵. Si tratta, in particolare, dell'art. 3 che, al comma 4, sancisce l'applicazione del TU a «tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati»; dell'art. 28, nella parte in cui prevede che la valutazione dei rischi «deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori» e anche «quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro» (comma 1), presupponendo, quindi, un'indagine attenta e puntuale dei c.d. rischi da «flessibilità tipologica»⁶ contestualizzati alle caratteristiche dimensionali e organizzative dell'ambiente di lavoro e all'attività produttiva che vi si svolge; nonché dell'art. 2, comma 1, lett. a, che fotografa l'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Quest'ultima norma, infatti, recependo gli ormai consolidati orientamenti della giurisprudenza nazionale, che ha avviato da tempo il processo di espansione del

³ O. BONARDI, *Articolo 3: campo di applicazione*, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 59 ss.

⁴ In particolare, la norma prevede: «1) misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro o settori di attività; 2) adeguate e specifiche misure di tutela per i lavoratori autonomi, in relazione ai rischi propri delle attività svolte e secondo i principi della raccomandazione 2003/134/CE del Consiglio, del 18.2.2003».

⁵ Così P. PASCUCCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, in "Quaderni di Olympus", Fano, Aras Edizioni, 2011, p. 39.

⁶ 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, Ipsoa, 2010, p. 103.

campo applicativo delle tutele antinfortunistiche⁷, detta una definizione «tendenzialmente universale»⁸ di lavoratore (come 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»), attuando, anche attraverso la tecnica dell'equiparazione (impiegata per assimilare al lavoratore una serie di figure, tra cui, alcune già previste dal d.lgs. n. 626/1994, altre di nuova introduzione⁹), un ampliamento del novero dei beneficiari della tutela prevenzionistica (non solo i lavoratori subordinati *standard* - a tempo pieno e indeterminato - e quelli c.d. atipici e/ flessibili, ma anche i lavoratori autonomi e parasubordinati, quelli c.d. “fuori mercato”, comprese alcune ipotesi di volontariato), seppure non a tutti viene riconosciuta la stessa quota di tutela.

Il risultato è una definizione senza dubbio più estesa di quella contenuta nel d.lgs. n. 626/1994, che risultava ancora imperniata sul rapporto di dipendenza del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e, quindi, condizionata dalla centralità del tipo legale *ex art.* 2094 c.c. La nuova definizione accolta dal TU, invece, supera i confini della subordinazione giuridica e si sgancia da tale vincolo per fondarsi sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale a prescindere dalla tipologia contrattuale impiegata e dal carattere oneroso o gratuito della prestazione. Un segnale importante della *voluntas legis* di adeguare «il dato giuridico-formale alla evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa»¹⁰, che determinano l'insorgenza di nuovi rischi per i lavoratori.

In sostanza, ai fini del riconoscimento della tutela antinfortunistica, sono considerati lavoratori tutti i soggetti coinvolti funzionalmente nell'ambito organizzativo del datore di lavoro, il quale ne utilizza le prestazioni per il perseguimento dei propri obiettivi di natura economica, istituzionale, non lucrativa. Emerge così la «dimensione organizzativa della sicurezza» strettamente collegata con «l'esercizio del potere attribuito a chi ha la responsabilità e la direzione dell'organizzazione»¹¹. L'«organizzazione» diventa, quindi, l'«elemento essenziale» per individuare i soggetti passivi (e quelli attivi) dell'obbligo di

⁷ *Ex multis* cfr. Cass. 1 dicembre 2004, n. 46515, in “Igiene & sicurezza del lavoro”, 2005, 3, p. 168; Cass. 9 gennaio 2002, n. 478, in “Igiene & sicurezza del lavoro”, 2002, 4, p. 215.

⁸ P. PASCUCCI, *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, <http://olympus.uniurb.it>.

⁹ Cfr. le osservazioni di C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, in “I Working Papers di Olympus”, n. 41/2015, p. 13, <http://olympus.uniurb.it>, in relazione all'associato in partecipazione.

¹⁰ M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, 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. 136.

¹¹ F. STOLFA, *Le definizioni*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 58. Cfr. anche P. SOPRANI, *Il “TU sicurezza”: novità, obblighi, responsabilità, sanzioni*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, in “Igiene & sicurezza del lavoro”, 2008, 5, p. 238.

sicurezza e «il sistema di prevenzione in azienda è inscindibilmente connesso al complessivo modello organizzativo aziendale»: viene sancita definitivamente l'interdipendenza tra la tutela della salute e della sicurezza e l'organizzazione del lavoro, relazione evidenziata già negli anni '70 dal prof. MONTUSCHI e divenuta «fattore essenziale e (...) fisiologico» nella *ratio* sottesa alla normativa sin dal d.lgs. n. 626/1994¹².

In sostanza, è il concetto di 'organizzazione' che delimita l'ambito applicativo del TU, da non intendere in senso topografico e/o geografico, riferibile al mero contesto produttivo fisico-spaziale in cui è inserita la prestazione, ma in senso più ampio, con una caratterizzazione in senso «funzionale»¹³ tale da comprendere «tutto l'intreccio di relazioni che concorre allo svolgimento dell'attività economica»¹⁴ e, quindi, riferibile sia «alle regole del processo di lavoro», sia «alle scelte imprenditoriali» e, quindi, al «progetto produttivo' realizzato dal datore di lavoro, nel quale la prestazione del lavoratore si inserisce», indipendentemente dalla sua presenza fisica nei locali aziendali¹⁵.

Seppure la caratterizzazione in senso funzionale risulti più conforme al principio di universalità della tutela, tuttavia, in diverse norme del TU (per la verità anche nella stessa rubrica del decreto, dove si fa riferimento ai «luoghi di lavoro») è il luogo fisico costituito dall'«ambiente di lavoro» a fare da scenario e, quindi, ad assumere rilevanza ai fini della tutela prevenzionistica: i beneficiari delle tutele sono i soggetti che svolgono la prestazione in un determinato 'ambiente di lavoro' (inteso come contesto produttivo fisico-spaziale) e il destinatario dei relativi obblighi è il titolare di quest'ultimo¹⁶. Si delinea così un sistema di prevenzione ancora costruito «a misura dei 'luoghi di lavoro'» nell'ambito dei quali i lavoratori sono esposti e protetti e si finisce con il restringere il campo di applicazione della normativa, calibrando in misura diversa la tutela a seconda che la prestazione sia resa all'interno o «al di fuori dei luoghi di lavoro tipici»: in questo secondo caso, in genere, non si applica l'intero *corpus* normativo, ma ci si limita a riconoscere una disciplina «attenuata o specifica»¹⁷.

Probabilmente l'impostazione descritta risulterebbe difficilmente adattabile agli approcci innovativi in tema di organizzazione aziendale in fase di

¹² Così G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT", 2009, 91, pp. 7-9, <http://csdle.lex.unict.it/>. L'A. evidenzia come sia stato L. MONTUSCHI (*Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1976) ad attribuire dignità scientifica alla relazione tra salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e organizzazione del lavoro.

¹³ In tal senso, cfr. F. CARINCI, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2008, 4/5, p. 986.

¹⁴ O. BONARDI, *Articolo 3*, cit., p. 90.

¹⁵ P. PASCUCI, *La nuova disciplina*, cit., pp. 7-8., che fa riferimento a una «nozione non necessariamente reificata di organizzazione».

¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, ai lavoratori somministrati, nonché ai collaboratori e progetto e ai collaboratori *ex art. 409 c.p.c. (infra)*.

¹⁷ Così, F. CARINCI, *Habemus*, cit., pp. 986-987, che si riferisce, in particolare, al lavoro a domicilio (art. 3, comma 9, TU) e al telelavoro (art. 3, comma 10, TU).

sperimentazione. Ci si riferisce, in particolare, allo *smart working* o lavoro agile, quale «modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato allo scopo di incrementare la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»¹⁸. Infatti, in questo nuovo modello di organizzazione del lavoro, caratterizzato dalla flessibilità della prestazione lavorativa nella duplice dimensione spazio-temporale, non rileva il luogo fisico della prestazione, in quanto essa è svolta solo in parte all'interno dei locali aziendali e anche per i periodi di lavoro svolti al di fuori dei locali medesimi, non è prevista una postazione fissa.

Le peculiarità di questa forma particolare di lavoro subordinato si riverbera anche sul versante prevenzionistico, in relazione al quale assume un ruolo determinante l'informazione: il datore di lavoro, principale garante della salute e della sicurezza dei lavoratori che svolgono la prestazione in modalità di lavoro agile, è tenuto a consegnare un'informativa scritta sui rischi generali e specifici connessi alle modalità di esecuzione del rapporto. Invece, nei periodi in cui la prestazione è resa al di fuori dei locali aziendali, è necessaria la 'cooperazione' del lavoratore al fine di attuare le misure preventive e protettive predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi alla prestazione svolta all'esterno.

Ribadita l'importanza dell'organizzazione della sicurezza, quale metodo centrale del sistema di gestione della prevenzione, nonché le diverse connotazioni del termine accolte all'interno del TU, la riflessione che si intende condurre deve necessariamente partire da un punto fermo: l'attuazione del principio universalistico in relazione a particolari tipologie di lavori (soprattutto ai c.d. lavori non *standard*) richiede un duplice intervento: di 'modulazione' delle tutele, ossia di adeguamento della normativa generale del TU alle esigenze e alle peculiarità di ciascuna tipologia contrattuale, nonché di 'armonizzazione' delle diverse normative, ossia di coordinamento delle norme del TU dedicate a ciascuna tipologia contrattuale e a ciascun tipo di lavoro con le disposizioni in materia di sicurezza contenute nei provvedimenti legislativi che regolano i singoli contratti (per esempio, nel caso della somministrazione, le norme del TU devono essere coordinate con le disposizioni in materia di sicurezza contenute, fino alla recente riforma, nel d.lgs. n. 276/2003, e, oggi, nel d.lgs. n. 81/2015). Ebbene proprio questo duplice intervento diretto alla modulazione delle tutele e all'armonizzazione delle discipline, ha sollevato non poche perplessità e interrogativi, molti dei quali non sono stati chiariti neanche dopo le recenti modifiche legislative.

¹⁸ Così viene definito dall'art. 13 del d.d.l. (collegato alla 'Legge di stabilità 2016') approvato il 28 gennaio 2016 dal Consiglio dei ministri e recante «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato».

È indubbio, infatti, che l'attuazione del principio universalistico non possa avvenire attraverso un'omogenea e indiscriminata estensione dell'intero *corpus* normativo, nella logica del «tutto a tutti»¹⁹, ma richieda un'opportuna opera di adeguamento delle tutele in relazione alle differenti tipologie di rapporti contrattuali e di soluzioni organizzative, in particolare quelle flessibili. È altrettanto evidente, però, che il legislatore del TU si sia limitato a seguire, timidamente e moderatamente, la logica della mera assimilazione (totale o parziale) delle tipologie contrattuali c.d. flessibili e/o atipiche al modello *standard*, trascurando il fatto che esse, per la natura stessa del contratto, che comporta un inserimento soltanto temporaneo nei luoghi di lavoro, sono caratterizzate da prestazioni discontinue e frammentate (di breve e spesso di brevissima durata), ma soprattutto da una limitata conoscenza del modello organizzativo e delle relazioni sinergiche con gli altri lavoratori, quindi, presentano rischi più elevati di marginalizzazione, nocività e pericolosità e, per tali ragioni, richiedono, come evidenziato a livello comunitario, un'individuazione attenta e puntuale di specifiche misure di protezione attraverso una «normativa complementare particolare»²⁰.

Quanto, invece, ai lavoratori autonomi, il legislatore, pur dimostrando un'indubbia attenzione a livello definitorio, laddove la mancata aggettivazione del lavoratore e la neutralizzazione della tipologia contrattuale permette di ricomprenderli tra i destinatari della normativa, opta, alla fine, per il riconoscimento di una «tutela minimale»²¹, ritenendo ad essi applicabili soltanto gli artt. 21 e 26 TU (art. 3, comma 11, TU).

L'impressione è che il legislatore delegato non abbia colto adeguatamente l'*input* della l. n. 123/2007 che, tra i criteri direttivi, invoca la previsione di «misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro o settori di attività», nonché di «adeguate e specifiche misure di tutela per i lavoratori autonomi, in relazione ai rischi propri delle attività svolte» (art. 1, comma 2, lett. *ε*) e, quindi, non sia riuscito ad attuare e a sviluppare in maniera coerente le premesse poste con la definizione di lavoratore.

A questo punto, qualche riferimento concreto ad alcune tipologie particolari di lavoro potrà servire per mettere a fuoco le criticità alle quali si è fatto cenno e per dimostrare come lo sforzo del legislatore rispetto alle operazioni di modulazione e di armonizzazione sia stato minimo e, in taluni casi, addirittura inesistente. I recenti provvedimenti di riforma (in particolare, il d.lgs. n. 81/2015), che nel complesso non determinano né un innalzamento, né un arretramento dei livelli di tutela della sicurezza (seppure non manchi qualche modifica in senso peggiorativo), avrebbero potuto rappresentare l'occasione per

¹⁹ F. CARINCI, *Habemus*, cit., p. 985.

²⁰ Cfr. IV, V, VII considerando della Direttiva 91/383/CEE.

²¹ O. BONARDI, *Articolo 3*, cit., p. 75.

intervenire quantomeno sui problemi di conformità della normativa nazionale rispetto a quella comunitaria (in particolare alle Direttive n. 91/389/CEE e n. 91/383/CEE), ma così non è stato. Permane, dunque, l'insoddisfazione per la scarsa sensibilità e per il poco coraggio mostrato da un legislatore orientato verso un «equilibrio compromissorio»²² che ha prodotto e continuerà a produrre incertezze e ambiguità in una materia in cui, a fronte di fattispecie penalmente sanzionate, dovrebbe più che mai prevalere l'esigenza di certezza del diritto (e, quindi, degli obblighi e delle connesse responsabilità).

2. *Il contratto a termine: il grande assente del TU*

Con riferimento al contratto a tempo determinato, il legislatore del TU, disattendendo le indicazioni comunitarie che impongono l'adozione di misure di prevenzione ulteriori e specifiche, a causa del più elevato livello di rischio connesso alla natura temporanea del loro rapporto di lavoro, non solo non è intervenuto in tal senso, ma non lo ha neppure menzionato tra le tipologie contrattuali destinatarie di norme di adeguamento della disciplina generale, sottintendendo, quindi, l'applicazione del regime generale di tutela del TU, da coordinare con le limitate previsioni in materia di sicurezza contenute nel d.lgs. n. 368/2001. Ci si riferisce, in particolare, al divieto di stipulare un contratto a tempo determinato in caso di mancata effettuazione della valutazione dei rischi (art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001), norma che, accanto ad una finalità spiccatamente sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro inadempiente, sembrava avesse come obiettivo proprio quello di inserire il lavoratore precario in un contesto produttivo e organizzativo affidabile, laddove l'affidabilità risultava garantita proprio dall'adempimento di un obbligo fondamentale in materia di sicurezza (la valutazione dei rischi). L'altra disposizione del d.lgs. n. 368/2001 sanciva l'obbligo di impartire al lavoratore a termine «una formazione sufficiente e adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro» (art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001).

Il d.lgs. n. 81/2015 poteva essere l'occasione giusta per intervenire con norme *ad hoc* e colmare indirettamente una lacuna del TU; sarebbe stato un importante passo avanti soprattutto nell'attuale momento storico in cui la radicata tendenza alla liberalizzazione del contratto a termine (attraverso la definitiva apertura alla sua acausalità) contribuirà ulteriormente ad incrementare la diffusione di questa tipologia contrattuale.

Anche questa volta, però, il legislatore non si è spinto molto oltre; non solo non vengono introdotte misure che possano innalzare il livello di tutela della

²² F. CARINCI, *Habemus*, cit., p. 988.

salute di questi lavoratori 'precari', ma vengono confermate solo in parte le previsioni in materia contenute nel d.lgs. n. 368/2001. Quindi, se per un verso, va salutata con favore l'introduzione di una sanzione civile indiretta, ossia la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato (art. 20, comma 1, lett. *d*, e comma 2, del d.lgs. n. 81/2015), per presidiare l'attuazione dell'obbligo di effettuare la valutazione dei rischi ai fini della valida stipulazione di un contratto a termine, dimostrando così piena convergenza con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali espressi in merito a tale questione²³. Per un altro verso, desta qualche perplessità la decisione del legislatore di non riproporre la disposizione sull'obbligo di formazione, per due ordini di ragioni. *In primis*, per le conseguenze sul piano della tutela, in quanto, fermo restando il ricorso alle norme generali in materia (e, in particolare, all'art. 37 in combinato disposto con l'art. 28 TU), la disposizione in esame sanciva un obbligo di formazione specifica riferita ai c.d. 'rischi aggiuntivi' correlati alle caratteristiche temporanee del rapporto lavorativo. *In secundis*, per le ricadute sul piano della conformità al diritto comunitario, considerato che la vecchia norma sulla formazione contenuta nel d.lgs. n. 368 (e non più riproposta nel d.lgs. n. 81) aveva recepito, anche se in modo non proprio rigoroso, l'art. 4, Direttiva n. 91/383/CEE, che richiede agli Stati membri di attuare le misure necessarie affinché il lavoratore a termine «riceva una formazione sufficiente e adeguata alle caratteristiche proprie del suo posto di lavoro, tenuto conto della sua qualificazione e della sua esperienza». Dunque, un altro tassello che, come sostenuto in dottrina, si inserisce in quel «farraginoso, ed inadeguato, percorso di recepimento della Direttiva» comunitaria da più parti criticato²⁴.

3. La tutela della sicurezza dei lavoratori in somministrazione

Anche in tema di somministrazione, i recenti interventi legislativi di riforma rappresentano un'occasione mancata per metter in campo misure che puntino all'innalzamento del livello di tutela della sicurezza garantita ai lavoratori somministrati.

In realtà, il TU dettava una regolamentazione molto scarna. Il legislatore, infatti, si limitava a far salve le norme in materia contenute nel d.lgs. n. 276/2003

²³ Secondo Cass. 2 aprile 2012, n. 5241, in <http://olympus.uniurb.it>, in mancanza di una norma sanzionatoria espressa, «la clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi (...) è nulla per contrarietà a norma imperativa e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato». In dottrina, cfr. per tutti P. 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*, Roma, Ministero della salute-Ispesl, 2007, pp. 136-137 (nonché in <http://olympus.uniurb.it>); C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza nel lavoro temporaneo, fra ordinamento interno e diritto comunitario*, in "Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 2009, p. 658, nt. 153.

²⁴ Così C. LAZZARI, *Prime osservazioni*, cit., p. 6.

e, ponendo il complesso degli obblighi preventivi e protettivi a carico dell'utilizzatore, quale titolare dei luoghi in cui si svolge la prestazione (art. 3, comma 5), provava ad abbozzare un sistema di prevenzione costruito sul "luogo di lavoro" (inteso come contesto produttivo fisico-spaziale), rinunciando così ad un'azione più estesa di armonizzazione tra le due normative e a un intervento più organico di modulazione delle tutele antinfortunistiche alla luce delle peculiarità di questo rapporto tripartito. Anche in questo caso, si era posto un problema di conformità rispetto al diritto comunitario, che, invece, richiede espressamente «una normativa complementare particolare» volta a ridurre i c.d. 'rischi supplementari' a cui sono esposti i lavoratori somministrati, vale a dire quelli derivanti dalle «particolari modalità di inserimento nell'impresa»²⁵.

Con le modifiche introdotte nel 2015 sia alle norme del TU (ad opera del d.lgs. n. 151), sia alla disciplina del contratto di somministrazione di lavoro (ad opera del d.lgs. n. 81/2015), il quadro non cambia molto, anzi, per certi versi, sembrerebbe meno garantista per i lavoratori. Infatti, da un lato, il d.lgs. n. 151/2015, con l'intento di semplificare, provvede all'abrogazione dell'unica parte dell'art. 3, TU riferita alla somministrazione (ossia il comma 5), con un risultato deludente sul piano sistematico, in quanto nella norma sul campo di applicazione della normativa è stato eliminato ogni riferimento a questa tipologia contrattuale; sarebbe stato preferibile, in un'ottica di armonizzazione e coordinamento tra le diverse normative, riformulare la norma del TU in modo che operasse un rinvio alle norme sulla sicurezza previste per i lavoratori somministrati dal d.lgs. n. 81/2015.

Da un altro lato, il legislatore sceglie di non riproporre nel d.lgs. n. 81/2015 la norma del d.lgs. n. 276/2003, di indubbio valore simbolico, che sanciva espressamente l'applicazione integrale delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro contenute nel TU nei confronti dei lavoratori somministrati «per tutta la durata della missione» (art. 23, comma 1).

Al di là delle conferme e delle abrogazioni operate dai provvedimenti di riforma del 2015 e, in particolare, dal d.lgs. n. 81, sulle quali per ragioni di economia dell'intervento non posso soffermarmi, mi preme evidenziare come alcune scelte compiute dall'odierno legislatore aggravano i problemi di adeguatezza, rispetto alla disciplina comunitaria, già emersi in relazione alla normativa previgente, rendendo ancor più carente l'opera di recepimento. Mi riferisco, per esempio, all'abrogazione della norma del d.lgs. n. 276 (art. 23, comma 5) relativa all'obbligo dell'utilizzatore di informare il lavoratore somministrato in caso di adibizione a mansioni che comportano rischi specifici o richiedono una 'sorveglianza medica speciale', disposizione, questa, che già garantiva un'attuazione minimale dell'obbligo di informazione sancito dalla Direttiva n. 91/383/CEE (art. 3). La norma da ultimo richiamata, infatti, dopo

²⁵ Cfr. V considerando della Direttiva 91/383/CEE.

aver disposto che i lavoratori (sommministrati) prima di svolgere un'attività, siano informati, da coloro che ne utilizzano le prestazioni, sui rischi in cui possono incorrere, provvede a definire i contorni dell'obbligo in esame, sottolineando che l'informazione deve riguardare «l'esigenza di qualifiche o attitudini professionali particolari o di una sorveglianza medica speciale» (definita dalla legislazione nazionale) e deve precisare «gli eventuali rischi aggravati specifici connessi con il posto di lavoro da occupare» (quali definiti dalla legislazione nazionale).

Ancora una volta, il legislatore anziché puntare al rialzo delle tutele garantite ai lavoratori somministrati e provare, per esempio, a precisare sotto il profilo sostanziale l'ambigua nozione di 'sorveglianza medica speciale' che tante incertezze interpretative aveva sollevato in dottrina²⁶, opta, sotto la "bandiera" della semplificazione, per l'abrogazione dell'obbligo, con il rischio di produrre un abbassamento della tutela.

4. Il lavoro a progetto e le collaborazioni ex art. 409 c.p.c.

Rispetto al lavoro a progetto e alle collaborazioni coordinate e continuative, le operazioni di armonizzazione delle normative e di modulazione delle tutele prevenzionistiche non avevano dato esiti del tutto soddisfacenti; in seguito alle modifiche introdotte dal c.d. Jobs Act volte a ridefinire le fattispecie in esame, il quadro normativo di riferimento si è notevolmente complicato.

Partendo dal TU, è abbastanza evidente come l'impegno del legislatore sia stato minimo e il risultato sia una disposizione (art. 3, comma 7, TU) priva di originalità che si limita a ribadire quanto già previsto dal d.lgs. n. 276/2003, in merito all'estensione ai lavoratori a progetto delle norme antinfortunistiche, peraltro nelle sole ipotesi di prestazioni svolte nei luoghi di lavoro del committente. Ma vi è di più. Innanzitutto, la norma ripropone l'ambigua differenziazione tra lavoratori parasubordinati 'interni' ed 'esterni', ossia tra quelli che svolgono la prestazione nei luoghi di lavoro del committente e quelli che la svolgono al di fuori di tale contesto, senza peraltro fornire indicazioni precise sull'espressione «luoghi di lavoro del committente», ma limitandosi a riconoscere l'applicazione integrale della normativa antinfortunistica soltanto nei confronti dei primi, lasciando privi di tutela i secondi (ai quali, nel silenzio delle legge e, dunque in assenza di una tutela specifica, si potrebbe riconoscere l'applicazione della tutela minimale prevista per i lavoratori autonomi). In secondo luogo, la disposizione del TU risolve (senza affrontarla) la problematica questione dei parasubordinati c.d. 'misti', ossia di coloro che operano in parte nei luoghi di lavoro del committente e in parte all'esterno (per es. i collaboratori informatici o i

²⁶ C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza*, cit., pp. 650-651. Cfr. anche A. ANTONUCCI, *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, 2008, pp. 25-26, nt. 24.

collaboratori che svolgono attività di promozione e di vendita di prodotti): ad essi le tutele antinfortunistiche previste dal TU andrebbero applicate integralmente solo nelle fasi di lavoro svolte all'interno della sede aziendale; mentre, durante lo svolgimento della prestazione all'esterno, andrebbero tutelati al pari di quelli 'esterni', ossia con la tutela minimale prevista per i lavoratori autonomi.

Dunque, per un verso, nel fondare l'obbligo di sicurezza del datore sulla collocazione topografica della prestazione, si tradisce manifestamente lo spirito universalistico evocato dall'ampia nozione di lavoratore, la quale agganciandosi all'elemento dell'organizzazione inteso in senso funzionale avrebbe richiesto una tutela omogenea per tutti i lavoratori parasubordinati (operando poi le opportune specificazioni) a prescindere dal grado di integrazione della prestazione nell'organizzazione del committente e, soprattutto, dal riferimento ai luoghi di lavoro. Per un altro verso, il legislatore del TU, trascurando gli aspetti problematici della gestione della sicurezza, connessi soprattutto alla piena autonomia riconosciuta al collaboratore nella gestione del progetto e alla conseguente estraneità del committente rispetto alla determinazione delle modalità organizzative e gestionali di esecuzione del progetto stesso, si è limitato alla mera assimilazione delle collaborazioni a progetto al lavoro subordinato, disattendendo così l'invito della legge delega alla modulazione delle tutele e alla predisposizione di uno statuto protettivo adeguato e specifico per la tutela di questi lavoratori.

All'interno dell'articolato quadro fin qui delineato si inserisce la riforma del 2015 che, proseguendo sulla strada già esplorata dalla c.d. Riforma Fornero, interviene sulle tipologie contrattuali del lavoro autonomo coordinato «in chiave restrittiva, quale contropartita sistematica all'introduzione di maggiore flessibilità» (tipologica, funzionale e numerica) nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato²⁷.

In tale prospettiva, il d.lgs. n. 81/2015, in nome del «contrasto al falso lavoro autonomo» e della «libertà per il genuino lavoro autonomo continuativo e coordinato ex art. 409 c.p.c.», delinea un sistema di progressivo superamento del lavoro a progetto (art. 52, comma 1), ma lascia in vita proprio le collaborazioni coordinate e continuative nella loro originaria formulazione (art. 52, comma 2), realizzando contestualmente una «trasmigrazione delle collaborazioni organizzate dal committente» (ossia quelle «collaborazioni che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro») verso l'area del lavoro subordinato²⁸ (art. 2, comma 1).

²⁷ Così A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT", 2015, 272, p. 2, <http://csdle.lex.unict.it/>.

²⁸ Cfr. ancora A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 3-5. Su questi aspetti, cfr. anche G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT", 2015, 278; R. PESSI,

Alla luce di queste importanti novità, risulta quanto mai opportuno un intervento per armonizzare il contenuto della disposizione del TU e, quindi, il regime di tutela *in vi* previsto, alle fattispecie recentemente ridefinite.

Verosimilmente se, anche questa volta, il legislatore dovesse scegliere la strada più moderata e tradizionalista, sottraendosi a un intervento più coraggioso (e, quindi, più completo e puntuale) di modulazione delle tutele, costruito sulle peculiari esigenze di questi lavoratori, il risultato sarà una mera conferma del regime vigente, ossia del doppio binario di tutela. Così alle collaborazioni organizzate dal committente si riconoscerebbe l'applicazione integrale del TU in virtù della loro attrazione (*rectius* «riconduzione *ope legis*»²⁹) nell'alveo del lavoro subordinato. Mentre, alle collaborazioni prive dei suddetti requisiti, a quelle fattispecie che rientrano nelle c.d. 'eccezioni' (*ex art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015*), nonché alle collaborazioni *ex art. 409 c.p.c.* rinate libere, cioè non più soggette alla riconduzione al progetto, l'applicazione integrale del TU sarebbe limitata a quelle c.d. 'interne', ossia rese nei luoghi di lavoro del committente, risolvendo tutti i dubbi sorti in merito alla disposizione del TU ancora in vigore. In effetti, continuare a privare di una tutela specifica in materia di sicurezza una fetta potenzialmente ampia di collaboratori coordinati e continuativi (ossia quelli c.d. 'esterni' e quelli c.d. 'misti', che operano – totalmente o parzialmente – fuori dei confini logistici aziendali), peraltro già fortemente penalizzati dalla rimozione delle tutele previste dalle norme del d.lgs. n. 276/2003 recentemente abrogate, e, quindi, sprovvisti di tutele sostanziali, vuol dire tradire ancora una volta lo spirito universalistico a cui è ispirata la normativa del TU. Tuttavia, la direzione intrapresa parrebbe essere proprio quella appena accennata. Infatti, il d.d.l. sopra richiamato, oltre a disciplinare il lavoro agile, reca una serie di misure per tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale, tra cui l'estensione delle disposizioni del TU, però limitatamente alle ipotesi in cui la prestazione lavorativa autonoma «si svolga nei luoghi di lavoro del committente». Si garantisce, quindi, una tutela che va oltre quella 'minimale' attualmente sancita dal TU ai lavoratori autonomi (ossia quella garantita dagli artt. 21 e 26 TU), ma pur sempre fondata sulla collocazione topografica della prestazione lavorativa. È evidente che il consolidamento della tendenza ad attribuire rilievo preminente al luogo fisico costituito dall'«ambiente di lavoro» ai fini del riconoscimento di una quota più o meno ampia di tutela prevenzionistica, rischi di tradire la vocazione di una

Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT”, 2015, 282. Secondo O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT”, 2015, 266, pp. 2-3, <http://csdle.lex.unict.it/>, l'obiettivo della riforma è duplice: per un verso, ampliare l'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato; per un altro verso, introdurre un nuovo filtro selettivo costituito da due elementi, ossia il carattere esclusivamente personale della prestazione e l'eterorganizzazione

²⁹ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 5.

materia che non può (e non deve) esaurirsi all'interno dei cancelli dei luoghi di lavoro³⁰.

Abstract

Il contributo si sofferma sull'importanza della dimensione organizzativa della prevenzione in relazione ad alcune tipologie contrattuali riordinate e revisionate dal d.lgs. n. 81/2015 in applicazione della l. n. 183/2014, evidenziando le criticità di alcune disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 relative al campo di applicazione soggettivo della normativa.

The paper focuses attention on the importance of the organizational dimension of prevention in relation to some contractual arrangements ordered e reviewed by Legislative Decree n. 81/2015 issued in application of the law n. 183/2014, highlighting the critical issues of some provisions of Legislative Decree n. 81/2008 on the subjective scope of the law.

Parole chiave

Salute, sicurezza, lavoro, organizzazione, contratti di lavoro, Jobs Act

Keywords

Health, safety, work, organization, work contracts, Jobs Act

³⁰ In questo senso, cfr. O. BONARDI, *Articolo 3*, cit., p. 91 che fa riferimento all'attenzione costante posta, prima, dalla l. n. 833/1978 alla tutela «negli ambienti di vita e di lavoro» e, successivamente, dal TU, alla salute della popolazione e all'ambiente esterno.



Tutela della salute e sicurezza, benessere dei lavoratori e legalità: interconnessioni organizzative e giuridiche

di Stella Laforgia *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alla ricerca della definizione di benessere organizzativo: le nozioni di salute. – 2.1. Il nesso tra salute e organizzazione. – 3. La tutela della salute e sicurezza nella disciplina del pubblico impiego: peculiarità e ambivalenze. – 3.1. (segue) La tutela della salute e sicurezza nelle norme sulla misurazione delle performances nel pubblico impiego. – 3.2. (segue) La tutela della salute e sicurezza nelle norme su trasparenza ed anticorruzione nel pubblico impiego. – 4. Osservazioni alla fine del percorso: benessere organizzativo e legalità nelle pubbliche amministrazioni.

1. Premessa

Il punto di avvio di questo contributo è costituito dall'ormai assodata relazione che intercorre tra il benessere dei lavoratori e l'organizzazione del lavoro¹.

Si tratta di una connessione ben conosciuta dal legislatore, almeno dal d.lgs. n. 81/2008 in poi, ed anzi, da questi valorizzata ma le cui implicazioni non sono chiarite del tutto dal momento che non sono completamente definiti i termini concettuali della questione a partire proprio dalla (mancanza di una) nozione giuridica di 'benessere organizzativo' che quel nesso presuppone, ed anzi, formalizza.

L'assenza di una nozione giuridica di benessere organizzativo, allora, impegna l'interprete nella definizione di essa che, pur dai contorni non definiti, irrompe sulla scena fattuale e giuridica che fa da sfondo al d.lgs. n. 81/2008. Quest'attività ermeneutica è sì complessa ma offre anche la possibilità di

* Stella Laforgia è ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Bari "Aldo Moro". stella.laforgia@uniba.it

¹ Questa relazione è nota alle scienze dell'organizzazione aziendale, v., tra gli altri, L.E. GOLZIO, *La prevenzione e la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nel quadro del cambiamento dell'organizzazione aziendale*, 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. 33 ed è presente anche nella riflessione dei giuristi del lavoro sin da L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, III ed., Milano, Franco Angeli, 1989; ma anche più di recente P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo*, in corso di pubblicazione in "Prisma", 2016.

‘sperimentare’ tutte le declinazioni di questa nozione che può costituire il *medium* per connettere la salute individuale e quella dell’organizzazione.

A partire da questa possibilità, l’ipotesi che si vuole perseguire è, infatti, quella di tracciare un percorso che unisca due punti apparentemente lontani tra loro e cioè la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (per il tramite del benessere organizzativo) alla ‘salubrità’ e ‘sicurezza’ di tutto il contesto lavorativo e giungere da qui alla legalità. È evidente che l’accezione dell’endiade ‘salute e sicurezza’ varia sensibilmente a seconda che sia riferita al singolo lavoratore o alla collettività dei lavoratori. Tuttavia, la ‘salute e sicurezza’ degli uni appare, anche solo intuitivamente, assolutamente compenetrata alla ‘salute e sicurezza’ dell’altra in una relazione di reciprocità.

Si tratta, allora, di indagare sul fondamento tecnico-giuridico dell’ipotizzata correlazione e verificarne le possibili implicazioni.

2. Alla ricerca della definizione di benessere organizzativo: le nozioni di salute

Il punto di avvio della riflessione è rappresentato dalla ricerca della definizione di ‘benessere organizzativo’ che, come appena detto, può rappresentare il ‘*medium*’ tra la salute dei singoli e quella collettiva.

Se è vero che il legislatore non fornisce alcuna definizione di ‘benessere organizzativo’, questo concetto almeno parzialmente, cioè senza aggettivazione, ricorre nel ‘glossario’ dell’art. 1 del d.lgs. n. 81/2008 laddove si definisce la nozione di salute ed è proprio da essa che occorre prendere le mosse. Infatti, considerando le possibili nozioni di salute, esse si possono ascrivere almeno a due macro-categorie che riflettono, invero, due ‘visioni’ (a volte complementari, a volte contrapposte) della salute del lavoratore.

Innanzitutto, c’è una prima nozione che si potrebbe definire ‘classica’ secondo la quale la salute è assenza di malattia, intendendo per quest’ultima l’alterazione dello stato di salute che abbia come conseguenza un’assoluta o parziale incapacità al lavoro e che comporti la necessità di assistenza medica e la somministrazione di mezzi terapeutici.

Questa nozione di salute, in contrapposizione alla malattia, rileva ai fini della sinallagmaticità del contratto di lavoro; se il lavoratore non è in grado di erogare le energie psico-fisiche perché in stato di malattia, si sospende la prestazione lavorativa così come la controprestazione retributiva che viene sostituita da un’indennità previdenziale.

Muovendosi tutta sul piano privatistico a partire dall’art. 2010 c.c., questa nozione si concentra sugli obblighi contrattuali del lavoratore rispetto al datore di lavoro durante il periodo di malattia come quello della reperibilità (v. art. 5,

comma 14, della l. n. 638/1983)². È assente, quindi, ogni implicazione con l'organizzazione nella quale il lavoratore è inserito.

Di tutt'altro segno è la nozione consegnataci, sin dal 1946, dall'Organizzazione mondiale della sanità secondo la quale: «La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l'assenza di malattia e di infermità». Questa nozione viene trasfusa quasi pedissequamente nell'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008 nel quale si prevede che la salute è lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità».

Da questa norma, emerge una visione d'insieme, oseremmo dire, più 'olistica' del lavoratore del quale si prendono in considerazione, per assicurare il pieno stato di salute, tutti i rischi; oltre a quelli più 'tradizionali' *id est* fisici, si valutano anche quelli che potremmo sommariamente ascrivere alla categoria di rischi psico-sociali connessi all'interazione tra le caratteristiche soggettive del lavoratore (genere, età, provenienza geografica), quelle oggettive (tipologia contrattuale) e l'organizzazione del lavoro³.

Interazione questa immanente nel rapporto di lavoro e che costituisce proprio il fondamento stesso del riconoscimento dei rischi psico-sociali considerati come «quegli aspetti di progettazione del lavoro e di organizzazione e gestione del lavoro, nonché i rispettivi contesti ambientali e sociali che potenzialmente possono arrecare danni fisici e psicologici»⁴.

Questa definizione ha il merito di 'oggettivizzare' il rischio connesso all'organizzazione del lavoro. A tal proposito, si veda l'acuta proposta di aggiungere materialmente o idealmente il suffisso 'e organizzativi' per « ... legare

² Sulla malattia come causa di sospensione della prestazione di lavoro, per rimanere ai contributi sistematici più recenti, R. DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in *Trattato dei contratti*, (diretto da) P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, tomo I, Torino, Utet, 2009, p. 833 ss.; L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2004, p. 123 ss.

³ V. l'art. 28, comma 1 (oggetto della valutazione dei rischi) del d.lgs. n. 81 del 2008: «La valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro e i rischi derivanti dal possibile rinvenimento di ordigni bellici inesplosi nei cantieri temporanei o mobili, come definiti dall'articolo 89, comma 1, lettera a), del presente decreto, interessati da attività di scavo». Sull'argomento v. E. GRAGNOLI (2011), *Commento all'art. 28 d.lgs. 81/2008*, in C. ZOLI (a cura di) *Principi comuni, La nuova sicurezza sul lavoro*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, Zanichelli, 2011, pp 393 ss.; M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in "I Working Papers di Olympus", n. 2/2011, <http://olympus.uniurb.it>.

⁴ Così T. COX, A.J. GRIFFIT, *The assessment of psychosocial hazard at work*, in M.J. SHABRACQ, J. A.M. MINNUST, C.L. COOPER, (a cura di), *Handbook of Work and Health Psychology*, Chichester, Wiley & Sons, 1995.

i Rps (rischi psico-sociali, n.d.a.) all'equilibrio persona-lavoro senza sbilanciare il confronto verso le vulnerabilità personali che possono sempre esistere»⁵.

Una conferma di questa dimensione 'collettiva' (e neutra) della salute, la si rinviene nelle Indicazioni della Commissione consultiva del 17 novembre 2010 secondo cui la metodologia da utilizzare per la valutazione dei rischi coinvolge non il singolo lavoratore ma gruppi di lavoratori che possano essere esposti ad un rischio della stessa natura⁶.

Il passaggio da un piano (privatistico-individuale) ad un altro (organizzativo-collettivo) è evidente e ha un'implicazione importante. La malattia non è più, o almeno non solo, un fatto (privato) del dipendente ma essa è questione più generale e appartiene all'organizzazione che ne diventa responsabile.

Dunque, la salute così definita 'esorbita' la bilateralità che connota il rapporto di lavoro (nel senso della scarsa sinallagmaticità del contratto prestazione *versus* retribuzione) e pone una correlazione funzionale e giuridica con l'organizzazione⁷.

2.1. Il nesso tra salute e organizzazione

L'organizzazione diventa la chiave di volta del nuovo sistema di tutela della salute e sicurezza e fornisce anche l'inedita nozione di lavoratore che, infatti, *ex art. 2, comma 1, lett. a*, del d.lgs. n. 81/2008 (TU), è «la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato».

A questa definizione fa da *pendant* quella *ex art. 2, comma 1, lett. b*, TU, di datore di lavoro, peraltro già utilizzata dal d.lgs. n. 626/1994, secondo la quale, 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»; e, ancora, la definizione di dirigente *ex art. 2, comma 1, lett. d*, TU: «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa».

⁵ G. BALANDI, L. CALAFÀ, *Il rischio da lavoro oggi*, in "Lavoro e diritto", 2012, 1, p. 181.

⁶ Cfr. M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in "I Working Papers di Olympus", n. 2/2011, p. 31, <http://olympus.uniurb.it>.

⁷ V. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 212 ss.; G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?*, in G. Natullo (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, Utet giuridica, 2015, p. 5 ss.

Le definizioni indicate concorrono in un'unica direzione: l'organizzazione non è solo un contesto fisico spaziale ma anche l'insieme delle regole e dei processi, nel cui ambito il lavoratore effettua la sua prestazione e costituisce la sua più immediata fonte di rischi⁸.

Se, dunque, all'organizzazione così concepita si riconosce un'incidenza determinante rispetto alla salute dei lavoratori, se ne richiede che essa stessa sia salubre e sicura. Il nesso così individuato tra la salute e l'organizzazione conduce a riempire di significato il benessere organizzativo. Ed infatti, si può dire che il benessere organizzativo si estrinseca nella capacità di un'organizzazione di promuovere e mantenere il più alto livello di benessere fisico, psicologico e sociale dei lavoratori⁹.

L'organizzazione nel suo insieme, quindi, deve occuparsi e preoccuparsi della salute dei lavoratori che non essendo mera assenza della malattia è anche benessere psichico, emotivo e sociale.

In fondo, ciò non è che l'esplicitazione del principio contenuto nell'art. 41, comma 2, Cost., secondo il quale l'iniziativa economica «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» in combinato disposto con il potente precetto contenuto nell'art. 2087 c.c.

3. La tutela della salute e sicurezza nella disciplina del pubblico impiego: peculiarità e ambivalenze

Il nesso tra salute e sicurezza dei lavoratori sembra metabolizzato in termini generali dal nostro ordinamento e, quindi, viene dato per presupposto anche da norme diverse da quelle contenute nel d.lgs. n. 81/2008 e ciò tanto in materia di lavoro pubblico che in quello privato. Nel primo caso, però, vi è il dato positivo, seppure si tratti di norme spesso non coordinate, frammentarie e ambivalenti a partire dalla quali è necessario costruire un percorso ragionato¹⁰.

Si tratta non solo di un percorso accidentato, data la multiformità (per ambito, oggetto e finalità) delle norme prese in considerazione ma anche

⁸ P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, cit., p. 3 ss.; F. STOLFA, *Le definizioni*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 67; C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza del lavoro*, 2015, Milano, Franco Angeli; A. SALENTO, *Concezioni di organizzazione e tutela della sicurezza sul lavoro. Osservazioni sul Decreto Legislativo 81/2008*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, 2011, p. 41 ss., <http://amsacta.cib.unibo.it>.

⁹ F. AVALLONE, M. BONARETTI, *Benessere organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, Rubettino Editore, 2003.

¹⁰ L. CALAFÀ, *Nuovi rischi e nuovi strumenti di prevenzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 185 ss.; P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici dopo le riforme del 2008/2009*, *ibidem*, p. 125 ss.

orientato e cioè volto a valorizzare il riferimento al benessere organizzativo laddove è esplicito e ad ipotizzarne l'inerenza anche laddove non vi sia esplicito riferimento ad esso.

Si può partire dall'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 intitolato "Gestione delle risorse umane": «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno».

La norma ha una chiara valenza di principio e stabilisce una correlazione tra benessere organizzativo – che addirittura deve caratterizzare il contesto datoriale – e l'assenza di discriminazione e violenza in ogni forma¹¹. In particolare, nella seconda parte, vi è proprio l'impegno da parte delle amministrazioni pubbliche ad attivare forme di contrasto alla violenza di cui, evidentemente, si ammette la sussistenza al proprio interno; a questo proposito, il rinvio al *mobbing* è fin troppo immediato.

Il riferimento al benessere organizzativo è presente anche nell'art. 57 del d.lgs. n. 165/2001 (nella parte aggiunta dall'art. 21, comma 1, lett. c, della l. n. 183/2010) in tema di pari opportunità; in esso, al comma 1, si legge che «... le pubbliche amministrazioni costituiscono al proprio interno, [...], il "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni" che sostituisce, unificando le competenze in un solo organismo, i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, costituiti in applicazione della contrattazione collettiva, dei quali assume tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni»¹².

Ebbene, con questa norma, il legislatore mostra attenzione nei confronti della tematica del benessere organizzativo al punto da istituire un organo *ad hoc*, il c.d. Cug, nel quale confluiscono funzione di altri commissioni e/o comitati. Il

¹¹ S. BORELLI, *Pari opportunità e non discriminazione nelle amministrazioni pubbliche*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di) *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2012, p. 505 ss.; L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (organizzativo) in Italia*, in "Lavoro e diritto", 2012, 2, p. 257, spec. p. 284; 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 legge n. 183/2010*, Torino, Utet, 2012, p. 143 ss.

¹² A. ZILLI, *Il comitato unico di garanzia nelle pubbliche amministrazioni: ancora sulla soglia?*, in S. SERAFIN, M. BROLLO (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: varcare la soglia?*, Udine, Forum ed., 2012, p. 183 ss.; sul Cug, sulla sua diffusione e sulle sue funzioni nell'ambito dell'Università cfr. M. D'ONGHIA, *La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università*, in "Diritti Lavori Mercati", 2015, p. 631 ss.

Cug deve occuparsi precipuamente della valorizzazione del benessere organizzativo ed oltre a compiti propositi e consultivi deve svolgere anche quello di verifica. Fin qui, la conferma dell'attenzione del legislatore a questi (inediti) profili. Sennonché la disposizione continua e, a questo punto, cambia il tono e anche, almeno in parte, il suo senso. Infatti, il Cug, da organo posto a presidio del benessere organizzativo individuato quest'ultimo come bene *ex se*, diviene affidatario dell'ingrato compito di contribuire ad innalzare i livelli di produttività del lavoro pubblico, tematica, peraltro, *à la page* e assai problematica. L'art. 57 del d.lgs. n. 165/2001, dunque, formalizza l'assunto secondo il quale si possano ottenere risultati in termini di produttività, migliorando l'efficienza delle prestazioni il cui livello, a sua volta, dipende da un ambiente di lavoro salubre e "sano".

Il benessere organizzativo, per un'eterogenesi dei fini almeno rispetto alle aspirazioni iniziali, viene, dunque, considerato una leva per la produttività generale della pubblica amministrazione.

Se ciò è condivisibile e cioè che si lavora di più e meglio se l'organizzazione nella quale si è inseriti assicura benessere a tutti coloro che ne fanno parte, si deve segnalare, tuttavia, quantomeno l'ambivalenza di cui si tinge il concetto di benessere organizzativo o meglio l'utilizzo di esso. Infatti, il profilarsi della tematica del 'benessere organizzativo' nelle norme del TU sul pubblico impiego mette in luce che anche nelle pubbliche amministrazioni si avverte, seppure *a contrario*, il problema della c.d. costrittività organizzativa¹³; tuttavia, sembra quasi che anziché affrontare la problematica con maggiore forza e rendere in maniera quanto più possibile effettive e operative le previsioni volte al contrasto delle situazioni patogene¹⁴, il legislatore abbia impresso ad esse una connotazione peculiare connettendole alla produttività.

Fin qui il Testo unico sul pubblico impiego.

¹³ L'efficace espressione è stata utilizzata nella Delibera Inail n. 71 del 2003 e fa riferimento a fattori organizzative ed ambientali in grado di incidere negativamente sullo stato di salute dei lavoratori. Nella delibera medesima vi è un elenco di ipotesi di costrittività organizzative: marginalizzazione dalla attività lavorativa; svuotamento delle mansioni; mancata assegnazione dei compiti lavorativi, con inattività forzata; mancata assegnazione degli strumenti di lavoro; ripetuti trasferimenti ingiustificati; prolungata attribuzione di compiti dequalificanti rispetto al profilo professionale posseduto; prolungata attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi anche in relazione a eventuali condizioni di handicap psico-fisici; Impedimento sistematico e strutturale all'accesso a notizie; inadeguatezza strutturale e sistematica delle informazioni inerenti l'ordinaria attività di lavoro; esclusione reiterata del lavoratore rispetto ad iniziative formative, di riqualificazione e aggiornamento professionale; esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo al fine del riconoscimento e tutela della relativa malattia professionale. La circolare è stata annullata dal Tar Lazio, 4 luglio 2005, n. 5454, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2005, p. 1119 ss., con nota di C. SORGI e, in appello, da Cons. Stato, 17 marzo 2009, n. 1576, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2009, 4, II, p. 1032 ss., con nota di G. LUDOVICO.

¹⁴ Nonostante il termine di 180 giorni fissato dall'art. 7 del d.lgs n. 165/2001 per le amministrazioni, tuttavia, molte di esse hanno ottemperato con molto ritardo e alcune affatto. In ogni caso, anche quando i Cug sono stati istituiti, non sempre, anzi, molto di rado, sono diventati operativi ed efficaci.

3.1. (segue) *La tutela della salute e sicurezza nelle norme sulla misurazione delle performances nel pubblico impiego*

Dello stesso segno di quelle appena descritte si rinvengono anche altre disposizioni come quella contenuta nell'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009 che istituisce l'Organismo indipendente di valutazione della *performance*; al comma 5 della stessa norma si prevede che detto organismo, sulla base di appositi modelli forniti dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni, cura annualmente la realizzazione di indagini sul personale dipendente volte a rilevare il livello di *benessere organizzativo* e il grado di condivisione del sistema di valutazione nonché la rilevazione della valutazione del proprio superiore gerarchico da parte del personale e ne riferisce alla predetta Commissione.

In altri termini, un organismo istituito per la valutazione delle *performances* delle amministrazioni, dei loro dirigenti e dipendenti, "incrocia" la problematica del benessere presupponendo che, anche in questo caso, il livello delle *performances* diventi migliore quanto maggiore sia il grado di benessere organizzativo.

Nell'ambito della più recente legge delega n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, si segnala l'art. 14 su "Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche"¹⁵. In questa norma, il benessere organizzativo non viene mai citato e, tuttavia, non c'è dubbio che l'obiettivo perseguito nell'ambito delle misure di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sia proprio quello. Ebbene, anche in questo caso, l'adozione delle nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa e la loro efficacia costituiscono oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche.

¹⁵ L'art. 14 della l. n. 124/2015 dispone: «1. Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, adottano misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo che i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera. L'adozione delle misure organizzative e il raggiungimento degli obiettivi di cui al presente comma costituiscono oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche adeguano altresì i propri sistemi di monitoraggio e controllo interno, individuando specifici indicatori per la verifica dell'impatto sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati, delle misure organizzative adottate in tema di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative».

3.2. (segue) *La tutela della salute e sicurezza nelle norme su trasparenza ed anticorruzione nel pubblico impiego*

Nel percorso che si sta componendo tra frammenti normativi di varia natura che, come si è visto, sono quantomeno ambivalenti e cioè letteralmente perseguono un duplice obiettivo (dell'innalzamento del grado di benessere organizzativo e anche quello dell'incremento della produttività e dei livelli delle *performances*), si rivengono norme che non regolano precipuamente il rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e nella quali, tuttavia, si rinvengono richiami, seppure indiretti, al benessere organizzativo.

Si pensi al d.lgs. n. 33/2013, "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" che all'art. 20, comma 3, tra i dati relativi alla valutazione della *performance* e alla distribuzione dei premi al personale che ogni Amministrazione ha l'obbligo di pubblicare, inserisce quelli relativi ai livelli di benessere organizzativo.

In ultimo, si consideri l'art. 1, comma 51, della l. n. 190/2012 che, inserendo l'art. 54-*bis* nel d.lgs. n. 165/2001, istituisce la figura del c.d. *whistleblowing*¹⁶ e cioè colui che denuncia fatti illeciti o abusi commessi contro l'Amministrazione pubblica e di cui sia venuto a conoscenza *in ragione del suo rapporto di lavoro*¹⁷. La disposizione è stata convintamente ripresa nella proposta di legge (C. 3365-A), approvata alla Camera il 21 gennaio, recante «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità nell'interesse pubblico». Essa nasce dall'esigenza di promuovere il comportamento collaborativo del dipendente, incentivandolo a denunciare fatti illeciti e garantendogli protezione e

¹⁶ S. CORSO, *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e "diritto alla legalità"*, in "Variazioni sui temi di diritto del lavoro", 1, 2016, p. 161 ss.

¹⁷ «Art. 54-bis: Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti. 1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia».

2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'inculpato.

3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni».

tutela, scongiurando il rischio ritorsioni o penalizzazioni, in ambito lavorativo, per la denuncia¹⁸.

In entrambe le norme citate, vi è un riferimento, diretto od indiretto, al benessere organizzativo.

In particolare, con l'ultima disposizione presa in considerazione il legislatore sente l'esigenza di formalizzare la denuncia/segnalazione che, in realtà, costituisce (e così dovrebbe essere avvertito) un dovere civico e che, in ogni caso, implica affezione al posto di lavoro che matura in un ambiente non ostile, insomma in un'organizzazione virtuosa e 'salubre' nella quale è fisiologico che si generino comportamenti ispirati alla legalità.

4. Osservazioni alla fine del percorso: benessere organizzativo e legalità nelle pubbliche amministrazioni

Ebbene, osserviamo che c'è un filo conduttore che lega i primi provvedimenti che si sono presi in considerazione, il d.lgs. n. 165/2001 e il d.lgs. n. 150/2009 con gli ultimi, la l. n. 190/2012, il d.lgs. n. 33/2013 e i disegni di legge oggi ancora in discussione, benché profondamente diversi tra loro.

Infatti, in essi ricorre quasi sempre esplicitamente il concetto di benessere organizzativo, ora per perseguirlo, ora per monitorarlo, oppure come indice di misurazione delle *performances*, come leva della produttività, e persino quale dato da rendere noto ai fini della trasparenza dell'Amministrazione; in ultimo, è invitato di pietra laddove il legislatore interviene a formalizzare esplicitamente quello che è, nella sostanza, un dovere civico e cioè la denuncia di una condotta illecita di cui si è avuta conoscenza nello svolgimento del proprio rapporto di lavoro.

Se però vi fossero dati statistici dai quali desumere il livello di benessere organizzativo delle pubbliche amministrazioni, emergerebbe un quadro abbastanza inquietante stante la diffusione nelle stesse di numerosi indici di costrittività organizzativa: si pensi al blocco degli scatti; al blocco del *turn over* (quindi, all'invecchiamento della platea dei lavoratori); alla diffusione dei c.d. contratti flessibili (e, quindi, alla percezione della temporaneità del proprio impiego)¹⁹.

Senza cadere in un paradossale determinismo che è quanto di più lontano possa esserci dagli intendimenti di questo contributo, si vuol dire che in presenza

¹⁸ Una previsione dello stesso tenore è contenuta anche nell'art. 8 del d.P.R. n. 162/2013 in materia di codice di comportamento del pubblico dipendente: «1. Il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione. In particolare, il dipendente ..., fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza».

¹⁹ Per gli indici della costrittività organizzativa v. nota 11. Sui nuovi rischi, v. O. BONARDI, *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in "Lavoro e diritto", 2, 2012, p. 290 ss.

di costrittività organizzativa, il grado di benessere organizzativo è più basso e sono più diffusi atteggiamenti di indifferenza rispetto alle malversazioni altrui o, peggio, condotte conniventi o, addirittura, complici.

Non è un caso, come emerge dalle cronache quasi quotidiane (senza, tuttavia, farci eccessivamente condizionare dalla stessa), che negli Enti, spesso, le malversazioni o illeciti riguardano gruppi di lavoratori; in queste Amministrazioni i lavoratori si dividono tra coloro che malversano e coloro che svolgono il loro dovere in condizioni di intuibile frustrazione che raramente porta alla denuncia.

A questo proposito, si può richiamare la nota ‘teoria delle finestre rotte’ degli anni ‘80 che si deve a due criminologi americani, J.Q. WILSON e G. KELLING, secondo i quali se venisse rotta una finestra di un edificio e nessuno provvedesse a ripararla, ciò trasmetterebbe un senso di incuria e disinteresse, di assenza di regole e moltiplicherebbe le probabilità che vengano rotte anche le altre finestre dell’edificio²⁰.

Se, invece, quella finestra fosse riparata, ci si abituerebbe a mantenere integre tutte le finestre, introiettando così il rispetto di quella regola (non rompere la finestra) e, in ultimo, il rispetto delle regole in generale.

Così nelle organizzazioni di lavoro pubblico; se non vi è cura (e condivisione costante) di ogni aspetto della vita del lavoratore, monitoraggio sistematico del grado di ‘benessere’ e, anche in questa prospettiva, controllo della legalità di tutta l’amministrazione – interna, da parte e verso i lavoratori, ed esterna, rispetto agli utenti – è molto più alto il rischio che il ‘clima’ di incuria e lassismo generale e, quindi, di disaffezione diffusa, costituisca l’*humus* nel quale si sviluppano episodi di degrado e illegalità.

Allora, alla fine del percorso si può concludere che il benessere del singolo lavoratore coincide, ed anzi dipende, da quello dell’intera organizzazione di lavoro; e nella sovrapposizione tra l’accezione individuale e quella collettiva di salute e salubrità, estendendo semanticamente quest’ultima, trova ingresso la legalità quale dimensione costituiva di un’organizzazione sana e salubre ed *imprimatur* dell’*agere* di ogni lavoratore.

Abstract

Il saggio si prefigge lo scopo di indagare il fondamento tecnico-giuridico della relazione intercorrente tra la tutela della salute/sicurezza dei lavoratori e la legalità, con particolare riguardo al lavoro pubblico. Il medium logico dell’ipotizzata relazione è costituito dal benessere organizzativo di cui si ricostruisce, a partire da un quadro normativo frammentario, la definizione, l’estensione semantica e le sue implicazioni giuridiche.

The paper aims to investigate the technical and legal basis of the relationship between workers’ health and safety and legality, with particular regard to work in the public sector. The logical means means of the proposed relationship is represented by the organizational wellness whose definition, as well as the semantic extension and its legal implications, is built from a fragmented regulatory framework.

²⁰ J.Q. WILSON e G. KELLING, *Broken windows. The Police of Neighborhood Safety*, in “Atlantic Monthly”, marzo 1982, pp. 29-38.

Parole chiave

Salute, sicurezza, organizzazione, legalità, benessere organizzativo, pubblico impiego

Keywords

Health, safety, organization, legality, organizational wellness, public employments

Hanno collaborato a questo fascicolo:

Pasqualino Albi, professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Pisa

María Teresa Igartua Miró, profesora titular de Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad de Sevilla – España

Stella Laforgia, ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Bari “Aldo Moro”.

Vito Lecce, professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Giuseppe Losappio, professore associato di Diritto penale nell'Università di Bari “Aldo Moro”

Paolo Pascucci, professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo

Valentina Pasquarella, professore aggregato di Diritto del lavoro nell'Università di Foggia

Francesco Stolfa, avvocato del Foro di Trani

Il fascicolo è stato chiuso nel mese di luglio 2016