

in “Diritto e lavoro nelle Marche”, 2009, n. 3, pp. 112-146

FLESSIBILITÀ E SICUREZZA DEL LAVORO

di Paolo Pascucci

1. Perché occuparsi di flessibilità e sicurezza del lavoro: sicurezza *del* lavoro e sicurezza *sul* (o *nel*) lavoro. 2. Una tutela “speciale” per la salute e sicurezza dei lavoratori flessibili: le indicazioni del diritto comunitario. 3. Le discipline speciali originarie della salute e sicurezza dei lavoratori flessibili. 4. La disciplina del d.lgs. n. 81/2008. 4.1. La somministrazione. 4.2. Il lavoro parasubordinato. 4.3. Il telelavoro. 5. I divieti di ricorso alle tipologie negoziali flessibili: significato ed effettività delle cosiddette “sanzioni civili indirette”. 5.1. La violazione dei divieti: in particolare, il caso del contratto a termine. 6. Flessibilità e rischi psichici. 7. Conclusione.

1. Perché occuparsi di flessibilità e sicurezza del lavoro: sicurezza del lavoro e sicurezza sul (o nel) lavoro

Al mio doveroso ringraziamento al Centro studi Domenico Napoletano per il cortese invito si accompagna quello per aver riservato, in un programma così denso e ricco, uno spazio anche al tema del diritto fondamentale alla salute ed alla sicurezza dei lavoratori che prestino la propria opera mediante tipologie contrattuali flessibili¹.

* Paolo Pascucci è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Urbino “Carlo Bo”.

Questo scritto riproduce il testo dell'intervento presentato al Convegno nazionale del Centro nazionale studi di diritto del lavoro “Domenico Napoletano” sul tema “Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori”, svoltosi ad Ascoli Piceno nei giorni 20 e 21 marzo 2009.

¹ Fra le più recenti analisi delle questioni giuridiche legate alla flessibilità del lavoro, si vedano: E. Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, Giappichelli, 2006; M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; L.

Come testimoniano le drammatiche statistiche degli infortuni e delle malattie professionali, il tema della salute e sicurezza dei lavoratori non ha bisogno di particolari declinazioni per meritare attenzione. Tuttavia, le stesse statistiche ci dicono anche che i lavoratori maggiormente esposti a rischi per la propria integrità psico-fisica sono quelli il cui rapporto di lavoro è caratterizzato da discontinuità o temporaneità o, come si usa dire ormai correntemente, da precarietà.

Convenzionalmente, anche riguardando il problema alla luce delle proposte che si ispirano al modello di *flexicurity*, con l'espressione "sicurezza del lavoro" si intende identificare il problema della tutela del lavoratore nel mercato: una sicurezza che, se non è più in grado di tradursi nella stabilità che era connaturata al modello fordista, è tuttavia tale da garantire al lavoratore un adeguato sostegno nonostante la discontinuità del suo percorso lavorativo. Altrettanto convenzionalmente, l'espressione "sicurezza *sul* (o *nel*) lavoro" sta invece ad indicare il fatto che la prestazione dedotta in contratto si svolga in condizioni di sicurezza per l'integrità psico-fisica del lavoratore. Sembrerebbe trattarsi quindi di problemi distinti e non interferenti. Ma non è così.

Anche a livello linguistico, "precarietà" ed "insicurezza" sono termini equivalenti o sinonimi. Scendendo più in particolare, la precarietà del lavoro si traduce in un'insicurezza che anzitutto riguarda la certezza dell'occupazione o, per usare una terminologia di rilievo costituzionale, il diritto al lavoro. Tale insicurezza – che si riflette sul piano economico, evidenziando vieppiù la condizione di bisogno del lavoratore, ma anche sul piano della sua dignità civile e sociale riguardandolo come persona e cittadino – genera, o perlomeno accresce, a sua volta un'ulteriore insicurezza sul versante della sua integrità psico-fisica. Parlare di quest'ultima sicurezza dei lavoratori flessibili significa, quindi, parlare della ricerca di una tutela contro una insicurezza per così dire di "secondo grado", acuita da un'insicurezza di "primo grado" che è connaturata al tipo di contratto di lavoro.

Le ricerche condotte sul tema evidenziano che, rispetto ai lavoratori stabili, i lavoratori flessibili sono più esposti al rischio per più

Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2006.

ragioni: o perché si assegnano loro compiti più pericolosi, in ambienti di lavoro e con condizioni di lavoro che chi è stabile tenderebbe a rifiutare; o perché in talune situazioni essi conoscono meno bene l'ambiente e gli strumenti di lavoro; o perché in certi contesti svolgono le mansioni che i lavoratori stabili evitano; ma anche perché, essendo maggiormente esposti al ricatto occupazionale, si prestano ad affrontare rischi rilevanti². Le stesse ricerche evidenziano l'esistenza di una forte relazione tra precarietà occupazionale e cattive condizioni di lavoro dovuta, in primo luogo, a variabili di tipo strutturale, ovvero al fatto che ai lavori che comportano condizioni problematiche sono adibiti più spesso lavoratori con contratti di tipo temporaneo (a termine o interinale) e, in secondo luogo, ad una relazione più diretta tra impiego di tipo precario e cattive condizioni di lavoro³.

Allo stato attuale delle conoscenze, per la sua stessa natura e struttura, il lavoro flessibile comporta un maggior rischio di incidenti e di malattie professionali, benché la frequenza degli infortuni nel lavoro atipico sia estremamente variabile e disomogenea⁴.

Come emerge dalle conclusioni della ricerca Ispesl-Eurispes, "l'atipicità del rapporto di lavoro può essere un fattore indiretto di rischio non solo nel breve periodo, a causa di un apprendimento deficitario delle tecniche, delle abilità e delle conoscenze specifiche di una mansione aziendale, ma anche nel medio e nel lungo periodo: la sperimentazione, da parte del lavoratore, di forme continue di precarietà e di flessibilità, infatti, rende di difficile attribuzione le responsabilità aziendali di un evento infortunistico, il quale pur riferendosi ad uno

² V. la ricerca condotta da Ispesl ed Eurispes nel 2003 sul tema *Incidenti sul lavoro e lavoro atipico*.

³ V. la ricerca di Letourneux, *Precarious Employment and Working Conditions in Europe*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 1998.

⁴ Si va da un bassissimo coefficiente di rischio, come nel caso del *part-time* e dei lavori socialmente utili, all'alta incidenza di infortuni che caratterizza l'apprendistato o il lavoro operaio interinale, come ha mostrato l'indagine di Nola A., Cattaneo G., Maiocchi A., Gariboldi C., Rocchi R., Cavallaro S., Loreto B., Lanfredini L., Bassino P., *Il fenomeno infortunistico nel lavoro interinale*, "La medicina del lavoro", 2001.

specifico e temporalmente determinato luogo di lavoro, può verificarsi a seguito di un *iter* professionale particolarmente difficile, caratterizzato da estenuanti selezioni nella ricerca di un lavoro, da un mai realizzato consolidamento di una posizione lavorativa, da percorsi di apprendimento professionale continui e sempre diversi tra di loro”. Ne consegue che il cosiddetto “lavoro atipico”, a prescindere dalle mansioni svolte, risulta spesso tanto precario quanto usurante.

D’altro canto, se si tengono presenti sia il minore livello di sindacalizzazione degli “atipici” sia il maggiore stress da precariato e/o da superlavoro, è possibile “ipotizzare che la situazione infortunistica degli atipici sia più grave di quella rappresentata dalle cifre ufficiali”, le quali riguardano soltanto gli eventi denunciati e quelli riconducibili alla particolare mansione svolta al momento dell’evento infortunistico. “Cambiare spesso lavoro, essere soggetti a periodi più o meno lunghi di disoccupazione forzata o di sottoccupazione, essere sottoposti di frequente a processi di selezione e valutazione, cercare una nuova occupazione comportano un stress che genera effetti, nel medio e nel lungo periodo, talora non meno gravi di un infortunio sul lavoro, per quanto assai meno riconoscibili e quantificabili”⁵.

A fronte di tutto ciò, verrebbe da pensare che il ridimensionamento del problema della insicurezza psico-fisica dei lavoratori flessibili possa essere assicurato mediante il ridimensionamento della insicurezza insita nei contratti che li riguardano. Senonché tale soluzione, incentrata sulla riaffermazione del primato del rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, appare non facilmente realizzabile in un mercato in cui la richiesta di flessibilità è determinata da una serie di fattori economici difficilmente contrastabili.

Pur dovendosi compiere ogni sforzo per incentivare il lavoro stabile, occorre nel contempo attivarsi per fornire risposte credibili al problema di quella sorta di “insicurezza *al quadrato*” che scaturisce dalle tipologie negoziali flessibili.

Forse, quel fattore che genera o acuisce l’insicurezza sul lavoro potrebbe attenuarsi ove si adottassero modelli di *flexicurity*, vale a dire se, mediante opportuni interventi che agiscano sia sul contratto sia sul mercato, si riuscisse a realizzare una effettiva protezione dei

⁵ V. la ricerca condotta da Ispesl ed Eurispes, cit., p. 69.

lavoratori che, nonostante la permanenza della flessibilità tipologica, scardinasse la insicurezza che attualmente rappresenta un'ineluttabile compagna di strada di ogni lavoratore flessibile⁶.

Se invece – come purtroppo ancora accade – l'insicurezza socio-economica continuerà a costituire un corollario inevitabile dei contratti flessibili contribuendo ad accentuare quella dell'integrità psico-fisica dei lavoratori, occorrerà commisurare a tale situazione la portata dell'obbligo di protezione che grava sul datore di lavoro in virtù dell'art. 2087 c.c. come effetto naturale del contratto di lavoro.

Viene qui in rilievo allora la “particolarità del lavoro”, che questa norma evoca, insieme all'esperienza e alla tecnica, come parametro alla cui stregua valutare l'adeguatezza delle misure che, nell'esercizio dell'impresa, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori. Una “particolarità del lavoro” da intendersi sia in senso oggettivo con riferimento a quella maggiore gravosità della prestazione che spesso caratterizza i contratti flessibili, sia in senso soggettivo con riguardo al fatto che chi presta il “lavoro” lo fa in condizioni particolari che lo espongono maggiormente ai rischi. Cosicché le misure che il datore dovrà adottare per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei soggetti che effettuano questo “particolare lavoro” non potranno essere *soltanto* le stesse che valgono nelle altre ipotesi. Esemplificando, se un lavoratore “flessibile” ed un lavoratore “stabile” sono adibiti ad una stessa attività, le misure di protezione da adottare dovranno tenere conto, nella maggior parte dei casi, del *differenziale* esistente tra i due per quanto attiene al grado di esperienza, di preparazione, di conoscenza del contesto aziendale ecc.

⁶ Sulla *flexicurity* o “flessicurezza” v. il Libro verde “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo” del 22 novembre, COM (2006) 708; *La flexicurity in Europa. Quale “modernizzazione” del diritto del lavoro*, DLM, 2007, n. 3; *Il Libro Verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, 2007, n. 4, p. 951 ss.; M.G. Garofalo, *Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro»*, in RGL, 2007, I, p. 135 ss. Il tema della sicurezza è più volte toccato nella direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

2. Una tutela “speciale” per la salute e sicurezza dei lavoratori flessibili: le indicazioni del diritto comunitario

La tutela della salute e sicurezza di carattere “speciale” per i lavoratori flessibili (speciale, appunto, rispetto a quella standard) non può tradursi in una tutela valida per tutti i contratti flessibili (per intendersi, una sorta di *tutela differenziale standard*), dovendo invece essere calibrata in ragione delle peculiarità di ognuno di essi. Il che impone di verificare che cosa si intenda per tipologie negoziali flessibili e se la questione della flessibilità sia da riguardare soltanto sotto il profilo tipologico o, invece, anche dal punto di vista organizzativo, vale a dire delle modalità di esecuzione della prestazione: su ciò si tornerà fra breve quando ci si occuperà delle norme in materia del d.lgs. n. 81/2008.

L’esigenza di predisporre per i lavoratori flessibili una tutela speciale della salute e sicurezza traspare a chiare lettere nelle stesse fonti da cui si è originata la più recente legislazione prevenzionistica. Il riferimento è ovviamente alla direttiva 91/383/CEE del 25 giugno 1991, che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale: quindi, non tutti i contratti flessibili, ma sicuramente alcuni tra i più significativi.

La direttiva intende la tutela “speciale” per i lavoratori flessibili come una disciplina “ulteriore” rispetto a quella “generale” valida per gli altri lavoratori: nulla di meno, quindi, ma qualcosa in più.

In tal senso depone innanzitutto il principio di parità di trattamento che la direttiva enuncia all’art. 2, pp. 1 e 2, prefissandosi l’obiettivo di garantire che i lavoratori a termine ed interinali beneficino, in materia di salute e sicurezza durante il lavoro, dello stesso livello di protezione di cui beneficiano gli altri lavoratori dell’impresa e/o stabilimento utilizzatori, senza che l’esistenza di un

rapporto di lavoro flessibile possa giustificare una differenza di trattamento per quanto concerne le condizioni di lavoro relative alla protezione della sicurezza e della salute durante il lavoro, con particolare riguardo all'accesso alle attrezzature di protezione individuali.

Il carattere aggiuntivo o “complementare”⁷ della tutela predisposta dalla direttiva n. 91/383 per i lavoratori a termine ed interinali è poi sancito esplicitamente là dove si prevede l'integrale applicazione ad essi della disciplina “generale” della direttiva quadro n. 89/391/CEE nonché dalle direttive particolari emanate ai sensi del suo art. 16, p. 1, fatte salve disposizioni più vincolanti e/o più specifiche contenute nella stessa direttiva del 1991 (art. 2, p. 3).

La configurazione della direttiva del 1989 come disciplina generale di base e di quella del 1991 come disciplina speciale costituisce il criterio in base al quale gli Stati membri debbono attuare la direttiva adottando le misure necessarie.

Ciò vale per quanto concerne l'informazione dei lavoratori a termine o interinali (art. 3⁸), i quali, prima di svolgere un'attività, debbono essere informati dal datore di lavoro o dall'utilizzatore sui rischi che corrono, dovendo tale informazione riguardare in particolare l'esigenza di qualifiche o attitudini professionali particolari o di una sorveglianza medica speciale definita dalla legislazione nazionale, e precisare gli eventuali rischi aggravati specifici connessi con il posto di lavoro da occupare, quali definiti dalla legislazione nazionale.

Altrettanto va detto per la formazione (art. 4⁹) che deve essere sufficiente ed adeguata alle caratteristiche proprie del posto di lavoro, tenuto conto della qualificazione e della esperienza del lavoratore, qui emergendo un chiaro sostegno a quanto poc'anzi si diceva con riferimento al rilievo della “particolarità del lavoro” di cui all'art. 2087 c.c.

La tutela speciale può anche consistere nella facoltà degli Stati membri di vietare (art. 5) che si faccia ricorso a lavoro a termine o interinale per taluni lavori particolarmente pericolosi per la sicurezza

⁷ V. il 7° considerando della direttiva n. 91/383/CEE.

⁸ Il quale fa salvo quanto previsto dall'art. 10 della direttiva n. 89/391/CEE.

⁹ Il quale fa salvo quanto previsto dall'art. 12 della direttiva n. 89/391/CEE. La formazione riguarda i casi previsti dall'art. 3.

o salute di tali lavoratori secondo la definizione della legislazione nazionale ed in particolare per taluni lavori che formano oggetto di una sorveglianza medica speciale definita dalla legislazione nazionale. In mancanza di tali divieti, se i lavoratori a termine o interinali sono adibiti ad attività che formano oggetto di una sorveglianza medica speciale definita dalla legislazione nazionale, essi debbono beneficiare di una appropriata sorveglianza medica speciale¹⁰ la quale può protrarsi anche oltre la scadenza del rapporto di lavoro.

La tutela speciale emerge anche nella previsione relativa ai servizi di protezione e prevenzione (art. 6), i cui addetti debbono essere informati delle funzioni assegnate ai lavoratori a termine e interinali in modo da poter svolgere la loro attività di protezione e prevenzione per tutti i lavoratori.

Ma c'è di più. Alla tutela speciale valida per lavoratori a termine ed interinali se ne aggiunge una ancora più specifica per i soli lavoratori interinali relativamente all'informazione (art. 7¹¹) ed alla responsabilità (art. 8). Per quanto attiene all'informazione, l'utilizzatore, prima che il lavoratore sia messo a sua disposizione, deve precisare all'agenzia fornitrice in particolare la qualifica professionale richiesta e le caratteristiche proprie del posto di lavoro da occupare e l'agenzia fornitrice deve comunicare tutti questi elementi ai lavoratori interessati¹². Quanto alla responsabilità, fatta salva quella che la legislazione nazionale configura in capo all'agenzia fornitrice, l'utilizzatore è, per tutta la durata della missione, responsabile delle condizioni d'esecuzione del lavoro, per tali dovendosi intendere quelle connesse con la sicurezza, l'igiene e la salute durante il lavoro.

Ovviamente, la presenza della tutela speciale e di quella specifica non impediscono l'esistenza di ulteriori disposizioni più favorevoli ai lavoratori (art. 9).

La direttiva ha previsto che l'attuazione da parte degli Stati membri avvenisse entro il 31 dicembre 1992 (art. 10). Dato che il lavoro

¹⁰ Fatte salve le disposizioni dell'art. 14 della direttiva n. 89/391/CEE.

¹¹ Il quale fa salve le disposizioni del precedente art. 3 sull'informazione.

¹² Gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che le suddette precisazioni che l'impresa e/o lo stabilimento utilizzatori devono fornire all'agenzia fornitrice debbano figurare nel contratto di messa a disposizione (*id est* di somministrazione).

interinale è comparso in Italia soltanto nel 1997, l'attuazione doveva intanto riguardare la tutela dei lavoratori a tempo determinato, per i quali tuttavia non sembra esserci stata alcuna previsione nazionale fino all'emanazione del d.lgs. n. 368/2001.

3. Le discipline speciali originarie della salute e sicurezza dei lavoratori flessibili

Da circa dodici anni il legislatore italiano ha iniziato a confrontarsi con i problemi connessi alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori con contratti cosiddetti flessibili.

L'avvio di questo confronto è coinciso con l'introduzione nell'ordinamento della figura del lavoro temporaneo. Grazie ad alcune norme della l. n. 196/1997¹³, la disciplina prevenzionistica contenuta nel d.lgs. n. 626/1994 si apriva esplicitamente a lavoratori subordinati ma non dipendenti dal soggetto considerato "datore di lavoro" ai sensi di tale normativa. Il fondamentale obbligo di protezione gravante senza dubbio in capo all'utilizzatore in forza dell'art. 2087 c.c. veniva così specificato in ragione delle particolarità del lavoro temporaneo, tenendo conto specialmente della scissione tra la figura del soggetto fornitore e di quello utilizzatore. Per altro verso, estendendo ai lavoratori temporanei la disciplina di tutela del d.lgs. n. 626/1994, le disposizioni della l. n. 196/1997 introducevano profili di responsabilità datoriale presidiati dalle sanzioni pubblicistiche (penali ed amministrative) previste da tale decreto, finalizzate a punire le trasgressioni delle norme prevenzionistiche al di là dei profili di responsabilità contrattuale a carattere risarcitorio emergente dall'art. 2087 c.c.

Dando applicazione all'art. 1, c. 4, della l. n. 196/1997, il Ministero del lavoro, con il d.m. del 31 maggio 1999, ha successivamente provveduto ad individuare le lavorazioni particolarmente pericolose e

¹³ L. n. 196/1997: art. 1, c. 4, lett. e; art. 3, c. 5; art. 6, c. 1, secondo periodo, e c. 5; art. 9, c. 2.

quelle richiedenti una sorveglianza medica speciale, per le quali è stata vietata la fornitura di lavoro temporaneo¹⁴.

I principi della l. n. 196/1997 sono successivamente transitati nelle disposizioni del d.lgs. n. 276/2003 che ha tramutato il lavoro temporaneo in somministrazione di lavoro¹⁵.

Una esplicita considerazione dei problemi della sicurezza dei lavoratori a tempo determinato è comparsa con il d.lgs. n. 368/2001¹⁶, laddove la vecchia l. n. 230/1962 nulla disponeva al riguardo in una logica di completa equiparazione con i lavoratori a tempo indeterminato per quanto concerneva i diritti e doveri in materia.

Per i lavoratori a tempo parziale, l'applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (su cui, per la verità, nessun dubbio poteva sussistere) è stata esplicitamente confermata da una previsione del d.lgs. n. 61/2000¹⁷ fondata sul principio di non discriminazione, evidenziandosi la derivazione di tale decreto dalla direttiva comunitaria n. 97/81/CE relativa all'accordo-quadro europeo sul lavoro a tempo parziale.

Per quanto concerne infine le tipologie flessibili collocate al di fuori dell'area della subordinazione, il d.lgs. n. 276/2003 contiene specifiche previsioni in relazione al lavoro parasubordinato a progetto¹⁸ estendendo la tutela standard valida per i lavoratori subordinati qualora la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente.

4. *La disciplina del d.lgs. n. 81/2008*

¹⁴ Sono state quindi vietate alcune lavorazioni particolarmente pericolose (recupero, demolizione, costruzione, prospezione effettuate in attività subacquee; manipolazione di materie esplodenti in attività di produzione, deposito e trasporto) e le lavorazioni che espongono a rischio di tecnopatia grave (agenti cancerogeni, amianto, cloruro di vinile monomero, 2-naftilamina, 4-aminodifenile, benzidina, 4-nitrodifenile e loro sali, radiazioni ionizzanti di cui al d.lgs. n. 230/1995).

¹⁵ D.lgs. n. 276/2003: art. 20, c. 5, lett. c; art. 22, c. 5; art. 23, c. 5; art. 25, c. 3.

¹⁶ D.lgs. n. 368/2001: art. 3, c. 1, lett. d; art. 7, c. 1.

¹⁷ D.lgs. n. 61/2000: art. 4, c. 2, lett. a.

¹⁸ D.lgs. n. 276/2003: art. 62, c. 1, lett. e; art. 66, c. 4.

Le norme del d.lgs. n. 81/2008 che si occupano della tutela per i lavoratori flessibili ricalcano in buona parte quanto il legislatore aveva già previsto negli anni precedenti. La legge delega aveva previsto, tra i criteri direttivi, l'applicazione della normativa a tutti i lavoratori e lavoratrici, autonomi e subordinati, nonché ai soggetti ad essi equiparati prevedendo: 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 febbraio 2003¹⁹.

Il decreto delegato del 2008 ha recepito l'indicazione della delega accogliendo una ampia nozione di "lavoratore" che l'art. 2, lett. a, definisce come la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato (con esclusione degli addetti ai servizi domestici e familiari)²⁰. Un concetto, quindi, ben più ampio di quello di cui all'art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 626/1994, che si riferiva alla "persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro (...) con rapporto di lavoro subordinato anche speciale"²¹.

Mediante la nuova definizione, si ricomprendono nell'ambito di applicazione del decreto, come già suggerito sia dalle organizzazioni sindacali nelle note elaborate in data 21 dicembre 2006 sia dalla dottrina²², tutte le tipologie contrattuali autonome o subordinate, anche

¹⁹ Art. 1, comma 2, lett. c, della l. n. 123/2007.

²⁰ V. P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Quaderni di Olympus n. 1, Pesaro, es@-edizioni studio @lfa, 2008, p. 35 ss.

²¹ Su cui v. R. Romei, *Il campo di applicazione del d. leg. n. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 59 ss., qui p. 74.

²² L. Montuschi, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in P. Pascucci (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, Atti del convegno di studi giuridici

flessibili, nonché del lavoro “fuori mercato” (cosiddetto “non lavoro”), ivi compreso il “volontariato”. L’applicazione a tali soggetti, senza distinzione di genere, risulta poi confermata nell’art. 3, c. 4, peraltro nel rispetto di quanto previsto nei suoi successivi commi²³.

Purtroppo, per quanto concerne le tipologie contrattuali flessibili il decreto delegato pare aver seguito una strada “tradizionalista”, essenzialmente estendendo (e non sempre *in toto*) le tutele previste per il prototipo del lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, laddove sarebbe stato più opportuno prevedere specifiche misure di protezione in ragione della discontinuità e frammentazione dei cosiddetti nuovi lavori²⁴, come del resto richiesto dal diritto comunita-

sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007), Roma, Ministero della salute-Ispesl, 2007, p. 27 ss., qui p. 29, nonché (con qualche modifica e integrazione) in *DLRI*, 2007, p. 799 ss.; C. Smuraglia, *Il sistema normativo italiano in tema di sicurezza e igiene del lavoro: tentativi di coordinamento e prospettive*, in L. Guaglianone e F. Malzani (a cura di), *Come cambia l’ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 333 ss., qui p. 343; S. Vergari, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori*, *Commento all’art. 1*, in F. Bacchini (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123. Commentario alla sicurezza del lavoro. Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia*, (senza luogo, ma Milano), Ipsa-Indicitalia, 2008, p. 3 ss., qui p. 22.

²³ Sul punto v. F. Carinci, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, Ipsa, 2008, p. XXXIII ss., qui p. XLVIII.

²⁴ È quanto rilevava puntualmente, ancor prima dell’approvazione del disegno di legge delega governativo, C. Smuraglia, *Il sistema normativo*, cit., p. 343, sottolineando in particolare l’esigenza del potenziamento dell’informazione e della individuazione di nuovi criteri per la formazione. Su ciò v. anche M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *DLM*, 2005, p. 99 ss.; M. Tiraboschi, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, in Id. (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 65 ss.; P. Pascucci, *Il campo di applicazione soggettivo delle nuove regole sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *DLM*, 2008, p. 297 ss., nonché Id., *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*, cit., p. 94 ss.

rio²⁵. Il legislatore del 2008 non sembra essere quindi riuscito a rendere pienamente comunicante “il ‘canale’ regolativo della sicurezza del lavoro e quello del mercato di lavoro”²⁶, non sviluppando coerentemente le giuste premesse poste con la definizione di “lavoratore”.

Per quanto riguarda i singoli contratti flessibili, il d.lgs. n. 81/2008 contiene un esplicito riferimento ai lavoratori a termine solamente nella norma sul computo dei lavoratori ai fini dell’applicazione di particolari disposizioni (art. 4, c. 1, lett. *d*). E altrettanto vale nel caso del *part-time* (art. 4, c. 2).

Nulla è previsto per i lavoratori intermittenti perché, all’epoca dell’emanazione del d.lgs. n. 81/2008, la regolamentazione del lavoro intermittente (artt. 33-40 del d.lgs. n. 276/2003) era stata abrogata dell’art. 1, c. 45, della l. n. 247/2007: la sua successiva resurrezione in virtù dell’art. 39, c. 11, della l. n. 133/2008²⁷ ha quindi impedito di tenerne conto nel cosiddetto testo unico, dovendosi quindi fare riferimento alle scarse norme originariamente previste dal d.lgs. n. 276/2003 (art. 34, c. 3, lett. *c*; art. 35, c. 1, lett. *f*).

Mentre non dedica alcun cenno anche al lavoro ripartito²⁸, il d.lgs. n. 81/2008 si occupa invece delle altre tipologie contrattuali flessibili, subordinate o autonome, nonché di quelle forme di flessibilità della prestazione che prescindono dalla flessibilità tipologica, prevedendo, a seconda delle varie ipotesi, o alcuni *adattamenti* alla disciplina generale o *limitazioni* all’applicazione della stessa.

²⁵ V. la già richiamata direttiva n. 91/383/CEE. Sul punto cfr. O. Bonardi, *Ante litteram. Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega per l’emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 23 ss., qui p. 40.

²⁶ L. Angelini, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro: una criticità da governare*, in P. Pascucci (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 104.

²⁷ Con cui è stato convertito con modificazioni il d.l. n. 112/2008.

²⁸ Per il quale vale quindi l’art. 42, c. 1, lett. *c*, il quale richiede la forma scritta *ad probationem* del contratto anche per quanto concerne “le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto”: ciò significa che in ogni caso vale la disciplina di tutela generale.

Un adattamento si riscontra nel caso del distacco di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003²⁹; con una limitazione, invece, viene estesa la disciplina del d.lgs. n. 81/2008³⁰ al lavoro occasionale di tipo accessorio di cui all'art. 70 e seguenti del d.lgs. n. 276/2003 essendo esclusi i piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili³¹.

Non c'è dubbio che le previsioni di maggiore interesse riguardino la somministrazione, il lavoro parasubordinato ed il telelavoro, su cui vale la pena soffermarsi nel prosieguo.

4.1. *La somministrazione*

²⁹ V. l'art. 3, c. 6, del d.lgs. n. 81/2008, che addossa al distaccatario tutti gli obblighi di prevenzione e protezione, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato. La norma prevede inoltre che, per il personale delle pubbliche amministrazioni che presta servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, gli obblighi prevenzionistici gravano sul datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo o autorità ospitante.

³⁰ Ma in questo caso anche tutte le altre norme speciali vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute.

³¹ Si consideri tuttavia che il riferimento dell'art. 3, c. 8. del d.lgs. n. 81/2008 all'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003 va ora riferito al testo dell'art. 70, c. 1, del d.lgs. n. 276/2003 come sostituito dall'art. 22 della l. n. 133/2008: "Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura occasionale rese nell'ambito: *a)* di lavori domestici; *b)* di lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti; *c)* dell'insegnamento privato supplementare; *d)* di manifestazioni sportive, culturali o caritatevoli o di lavori di emergenza o di solidarietà; *e)* dei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado; *f)* di attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da giovani di cui alla lettera e) ovvero delle attività agricole svolte a favore dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633; *g)* dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile, limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi; *h)* della consegna porta a porta e della vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica".

Per quanto concerne la somministrazione di lavoro, il d.lgs. n. 81/2008 si è adagiato piuttosto passivamente sulla disciplina già dettata dal d.lgs. n. 276/2003, senza tentare, da un lato, un forse difficile recupero di alcune delle più pregnanti tutele previste per l'ora soppresso lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997 e, dall'altro lato, di riformare la disciplina in modo più radicale.

L'art. 3, c. 5, da un lato, riconferma quanto specificamente previsto dall'art. 23, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003³², e, dall'altro, stabilisce che tutti gli obblighi di prevenzione e protezione previsti dal d.lgs. n. 81/2008 siano a carico dell'utilizzatore. In realtà, la norma del 2003 già accollava all'utilizzatore tutti gli obblighi di protezione (ma non di prevenzione³³) previsti per i propri dipendenti (art. 23, c. 5, quarto periodo) pur addossando al somministratore quello di informazione sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale (art. 23, c. 5, prima parte del primo periodo), nonché quello di formazione e addestramento all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale sono assunti (art. 23, c. 5, seconda parte del primo periodo), e prevedendo che quest'ultimo obbligo possa essere adempiuto dall'utilizzatore ove lo preveda il contratto (art. 23, c. 5, secondo periodo). Dato che l'art. 23, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003 è fatto salvo dalla nuova disposizione, quest'ultima rischia di essere superflua nella sostanza, mentre avrebbe potuto aver altro significato ove avesse lasciato sopravvivere in capo al somministratore soltanto l'obbligo di informazione generale (di cui all'art. 23, c. 5, prima parte del primo periodo), riconducendo *ex lege*, e non solo *ex contractu*, più propriamente in capo all'utilizzatore gli obblighi di formazione e addestramento³⁴.

Non è infatti credibile che l'attività del somministratore possa espandersi al di là di una informazione di carattere generale, così come è difficile pensare che lo stesso somministratore possa garanti-

³² Su cui cfr. per tutti M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 101 ss.

³³ C. Bizzarro, *Somministrazione di lavoro e distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il testo unico della salute*, cit., p. 199.

³⁴ Come già osservava puntualmente M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 106, a proposito della norma del 2003.

re una formazione ed un addestramento non generico per quanto concerne la formazione e l'addestramento relativi all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa dedotta in contratto. Al di là del fatto che, come è intuibile, quella formazione e quell'addestramento risulteranno più effettivi se impartiti dall'utilizzatore, la loro effettuazione da parte del somministratore non esonera comunque l'utilizzatore da quanto previsto negli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008³⁵. Non si deve poi trascurare che l'art. 37, c. 5, del d.lgs. n. 81/2008 impone ora che l'addestramento venga effettuato da persona esperta (che certamente non sarà il somministratore) e sul luogo di lavoro (dell'utilizzatore), mentre il c. 4, lett. a, seconda parte, della stessa norma prevede che, in caso di somministrazione di lavoro, la formazione e l'addestramento specifico (ove previsto) devono avvenire in occasione dell'inizio dell'utilizzazione. Raccordando tutte queste norme, è evidente non solo che in capo all'utilizzatore continueranno a gravare gli obblighi di informazione e formazione per tutto quanto non espressamente richiamato dall'art. 23, c. 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, ma anche che soltanto a lui potrà competere l'effettuazione dell'addestramento all'uso delle attrezzature di lavoro.

La salvezza del c. 5 dell'art. 23 (almeno per quanto riguarda il primo e il secondo periodo) risulta quindi piuttosto ridimensionata e pare dimostrare come il legislatore delegato non abbia attentamente soppesato la portata della nuova definizione di "lavoratore" da lui stesso proposta, nella quale la *relazione di sicurezza* tra il lavoratore e il datore di lavoro, così come può prescindere dalla sussistenza tra di essi di un contratto di lavoro subordinato, può anche prescindere dalla sussistenza tra di essi di un contratto di lavoro, come accade nella somministrazione. In verità, con l'entrata in scena della nuova e

³⁵ Sebbene l'art. 23, c. 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276/2003 testualmente parli di informazione, formazione e addestramento "in conformità alle disposizioni recate" dal d.lgs. n. 626/1994 (ora d.lgs. n. 81/2008), il suo presumibile riferimento a quanto previsto negli artt. 36 e 37 del nuovo decreto (che parlano di informazione e formazione adeguate, e quindi specifiche) concerne ovviamente soltanto i limitati oggetti dell'informazione e della formazione richiamati dallo stesso art. 23, c. 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, senza minimamente estendersi agli altri oggetti dell'informazione e della formazione che risultano dalle due norme citate.

più ampia nozione di “lavoratore” del d.lgs. n. 81/2008, è venuta meno la necessità di quelle norme (d.lgs. 276/2003) per i lavoratori somministrati che evidenziavano la relazione di sicurezza tra di essi e l'utilizzatore della loro prestazione. Ciò di cui c'era e c'è semmai bisogno sono disposizioni specifiche che declinino il contenuto degli obblighi di protezione in relazione alle specificità della somministrazione.

Quanto alla ripartizione degli obblighi tra somministratore e utilizzatore, i doveri che l'art. 23, c. 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276/2003 configura in capo al somministratore costituiscono obblighi di sicurezza che si aggiungono a quelli propri della naturale relazione di sicurezza esistente tra somministrato ed utilizzatore³⁶. Tuttavia, la previsione del coinvolgimento del somministratore avrebbe potuto rivelarsi più opportuna in relazione alla verifica dell'idoneità dei lavoratori prima dell'invio presso gli utilizzatori³⁷.

Al di là degli obblighi, è comunque indubbio l'interesse del somministratore ad inviare in missione lavoratori idonei, pena

³⁶ In base alla nuova definizione di “lavoratore”, quegli obblighi gravano sul somministratore non già in quanto “datore di lavoro ex d.lgs. n. 81/2008”, ma essenzialmente in quanto “datore di lavoro ex art. 2094 c.c.”, vale a dire in quanto soggetto che non necessariamente coincide con il “datore di lavoro ex d.lgs. n. 81/2008”. Se quest'ultimo non può non essere che l'utilizzatore, data la peculiarità della fattispecie ben si comprende il fondamento del parziale coinvolgimento di chi ha la responsabilità “negoziale” del lavoratore somministrato. Un coinvolgimento che non può tuttavia scardinare la posizione debitoria del “datore di lavoro ex d.lgs. n. 81/2008”, ma semmai supportarla in ragione delle specificità della fattispecie. Quando l'art. 3, c. 5, del d.lgs. n. 81/2008 fa salvo “quanto specificamente previsto” dall'art. 23, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003, non si può non osservare che quanto specificamente previsto, pur riferendosi testualmente a tutto il c. 5, sembra meglio riferibile a ciò che nel c. 5 si aggiunge a quanto normalmente è connesso alla relazione di sicurezza tra il “lavoratore” ed il “datore di lavoro” di cui al d.lgs. n. 81/2008, vale a dire ciò che è previsto nel primo e nel secondo periodo. In altri termini, la salvezza del c. 5 pare inquadrabile in termini di aggiunta e non di sottrazione rispetto alla disciplina generale.

³⁷ Cfr. M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 108. Al silenzio del legislatore in materia potrebbe forse ovviarsi considerando il somministratore come “datore di lavoro ex d.lgs. n. 81/2008” prima dell'invio in missione del lavoratore, il che tuttavia accadrebbe soltanto nei rari casi in cui quest'ultimo sia assunto a tempo indeterminato dal somministratore.

l'inadempimento del contratto di somministrazione con l'obbligo di sostituzione del lavoratore inidoneo³⁸. A tale proposito, si è prospettato che l'obbligo gravante sul datore di lavoro *ex art. 18, c. 1, lett. c*, del d.lgs. n. 81/2008 – consistente nel tenere conto, nell'affidare i compiti ai lavoratori, delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza – sia riconducibile in capo al somministratore, in ragione della sua responsabilità in ordine alle informazioni relative al contenuto del contratto scritto di somministrazione: da ciò discenderebbe anche l'obbligo del somministratore di sottoporre il lavoratore a sorveglianza sanitaria preventiva, ove sia prevista³⁹. Si tratta di una prospettiva di responsabilizzazione del somministratore che appare di indubbio interesse e particolarmente apprezzabile e che, di per sé, non preclude che il predetto obbligo di cui all'art. 18, c. 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008 gravi, ancorché in parte, anche in capo all'utilizzatore, come nel caso in cui, in seguito all'addestramento iniziale *in loco* (che come si è detto, non può non coinvolgere l'utilizzatore), quest'ultimo riscontri specifici problemi per la salute e sicurezza del lavoratore preventivamente ed astrattamente non verificabili.

Per altro verso, occorre rilevare che la conferma della disciplina dell'art. 23, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003 mantiene vivo l'obbligo – di cui al terzo periodo di tale disposizione – in capo all'utilizzatore di informare il lavoratore in caso di mansioni comportanti rischi specifici o che esigano una sorveglianza medica speciale. Al di là del fatto che, alla luce delle innovazioni apportate dall'art. 25 del nuovo decreto, il predetto obbligo di informazione sembrerebbe ora da ascrivere al medico competente (o, perlomeno, all'utilizzatore in collaborazione con lo stesso medico), il legislatore delegato non ha ritenuto opportuno cogliere l'occasione per reintrodurre esplicitamente il divieto che l'ora abrogato art. 1, c. 4, lett. *f*, della l. n. 196/1997 preve-

³⁸ M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 109. Sulla ripartizione degli obblighi di sicurezza tra somministratore ed utilizzatore v. G. Natullo, *Lavori temporanei e sicurezza del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, p. 154.

³⁹ C. Bizzarro, *Somministrazione di lavoro*, cit., pp. 203-204.

deva a proposito della fornitura del lavoro temporaneo per le lavorazioni richiedenti sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi⁴⁰ ferma restando la possibilità dell'eventuale introduzione di divieti in materia da parte della contrattazione collettiva⁴¹.

Nel silenzio dell'art. 3, c. 5, del d.lgs. n. 81/2008, resta in vigore la previsione di cui all'art. 21, c. 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 276/2003 che, fra gli elementi essenziali del contenuto del contratto di somministrazione, annovera "l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate", che deve recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi (art. 21, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003), dovendo poi detti rischi (ove presenti) e dette misure (ove adottate) essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (art. 21, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003). Come è stato rilevato, quest'ultimo obbligo di comunicazione a carico del somministratore non può non raccordarsi con quello, poc'anzi menzionato, di informazione che grava sull'utilizzatore *ex art. 23, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003*⁴².

4.2. *Il lavoro parasubordinato*

L'art. 3, c. 7, del d.lgs. n. 81/2008 si occupa dei lavoratori parasubordinati⁴³ – intesi sia come lavoratori a progetto *ex art. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003*, sia come collaboratori coordinati e continuativi *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* – nei confronti dei quali dispone l'applicabilità

⁴⁰ Che, in base alla norma del 1997, erano state individuate mediante il citato d.m. 31 maggio 1999.

⁴¹ R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2004, p. 185, nota 28; M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 102.

⁴² C. Bizzarro, *Somministrazione di lavoro*, cit., pp. 201.

⁴³ Sul tema v. già M. Lai, *Sicurezza del lavoro e rapporto di collaborazione coordinata e continuativa*, in *RGL*, 2003, p. 320 ss.; Id., *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 119 ss.

(integrale) delle norme del d.lgs. n. 81/2008 ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente.

Da un lato, quindi, si ribadisce quanto previsto dall'art. 66, c. 4, del d.lgs. n. 276/2003⁴⁴. Peraltro, poiché, diversamente dal precedente c. 5, il c. 7 dell'art. 3 non fa salve disposizioni precedenti, pare doversi ritenere che esso si sostituisca integralmente, *in parte qua*, al predetto art. 66, c. 4. Tale effetto sostitutivo riguarda anche la parte dell'art. 62, c. 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 276/2003 là dove tiene fermo quanto disposto dall'art. 66, c. 4.

Da un altro lato, però, si estende finalmente la tutela alle collaborazioni parasubordinate non a progetto⁴⁵ (presenti nelle pubbliche amministrazioni), dovendosi tra esse ricomprendere anche le collaborazioni coordinate e continuative a carattere occasionale di cui all'art. 61, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003. Né si deve trascurare che la combinazione tra l'art. 3, c. 7, e la definizione di "lavoratore" di cui all'art. 2, c. 1, lett. *a*, fa sì che ora possano senz'altro superarsi i dubbi non risolti dalla precedente disciplina del 2003 per quanto riguarda l'assoggettabilità del collaboratore parasubordinato che operi nel luogo di lavoro del committente agli obblighi dei lavoratori di cui all'art. 20: dubbi che dovevano misurarsi con il divieto di ricorso all'analogia in materia penale relativamente alla irrogazione delle sanzioni penali che l'art. 93 del d.lgs. n. 626/1994 prevedeva a carico dei lavoratori subordinati.

Per altro verso, riproponendo di fatto il contenuto dell'art. 66, c. 4, del d.lgs. n. 276/2003, l'art. 3, c. 7, del d.lgs. n. 81/2008 rischia di esporsi agli stessi rilievi critici avanzati sulla norma del 2003, con particolare riferimento alla superficialità con cui il legislatore ha richiamato "una normativa tarata sul lavoro subordinato piuttosto che

⁴⁴ Il quale, fra l'altro, disponeva l'applicazione al lavoro a progetto delle norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al d.lgs. n. 626/1994 quando la prestazione lavorativa si svolgesse "nei luoghi di lavoro del committente", nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Cfr. C. Lazzari, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 258 ss. Formalmente, l'applicabilità al lavoro a progetto delle norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali non è subordinata alla condizione che la prestazione si svolga nei luoghi di lavoro del committente.

⁴⁵ Come già auspicato da O. Bonardi, *Ante litteram*, cit., p. 40.

enucleare dalla stessa le disposizioni compatibili, attorno alle quali elaborare uno statuto protettivo *ad hoc* per il collaboratore a progetto⁴⁶. In particolare, si è osservato che poiché il progetto – ex art. 61, c. 1, del d.lgs. n. 276/2003 – deve essere autonomamente gestito dal collaboratore, non risulta agevole individuare come responsabile della tutela un soggetto (come il committente) “estraneo alla determinazione delle modalità, anche organizzative, osservate per l’esecuzione”⁴⁷. Si è inoltre rilevato come l’assimilazione del collaboratore agli altri lavoratori per quanto attiene alla sicurezza sul lavoro comporterebbe, relativamente a questo ambito, la configurazione in capo al committente di un potere direttivo a cui si contrapporrebbe un obbligo di obbedienza del collaboratore che, in caso di violazione, al di là della eventuale specifica sanzionabilità prevista dal d.lgs. n. 81/2008, potrebbe legittimare l’esperimento dei rimedi contrattuali⁴⁸. Più in generale, una tutela specifica e non semplicemente “estesa” era stata da tempo auspicata ravvisandosi l’occasione più propizia nella predisposizione di un testo unico in materia⁴⁹.

Limitatamente al lavoro a progetto, la ricerca di specifiche e più adeguate tutele che meglio si attagliano alla fattispecie potrebbe essere effettuata valorizzando quanto previsto dal già ricordato art. 62, c. 1, lett. e, del d.lgs. n. 276/2003, il quale, in tema di forma del contratto, prescrive che quest’ultimo, ai fini della prova, contenga (fermo restando quanto disposto dall’art. 66, c. 4) “le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto”. La indubbia sopravvivenza di tale previsione potrebbe forse consentire –

⁴⁶ V. C. Lazzari, *Nuovi lavori*, cit., p. 259, la quale richiama le critiche già avanzate da P. Soprani, *Collaborazioni a progetto: quale modello di sicurezza?*, in *ISL*, 2004, n. 2, p. 142, e da P. Sciortino, *La riforma del mercato del lavoro e le collaborazioni “a progetto” nella disciplina prevenzionistica*, in *MGL*, 2004, p. 244 ss.

⁴⁷ S. Piccininno, *I “nuovi lavori” e l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *ADL*, 2004, p. 158.

⁴⁸ G. Bubola, *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il testo unico della salute*, cit., p. 275.

⁴⁹ Cfr. la circolare del Ministero del lavoro dell’8 gennaio 2004, n. 1 che peraltro si riferiva al testo unico di cui all’art. 3 della l. n. 229/2003. Cfr. anche Vergari, *Ancora una delega*, cit., pp. 19-20.

peraltro mediante un previo, opportuno e robusto (ancorché non evocato) intervento di supporto della contrattazione collettiva⁵⁰ – di individuare una disciplina *ad hoc* che potrebbe valere come *unica disciplina*⁵¹ nel caso in cui la prestazione del collaboratore a progetto non si svolga nei luoghi di lavoro del committente⁵², e come *disciplina integrativa* di quella “generale” del d.lgs. n. 81/2008 nel caso in cui la prestazione sia “interna”⁵³. È comunque evidente che l’eventuale disciplina negoziale (collettiva ed individuale), unica o integrativa che fosse, potrebbe produrre un effetto meramente obbligatorio sul piano del contratto con conseguente rilevanza risarcitoria, non potendo essere assistita dall’apparato sanzionatorio penale e amministrativo predisposto sul piano pubblicistico dal legislatore.

Resta sullo sfondo l’insoddisfazione per l’eccessiva timidezza del legislatore delegato nell’oltrepassare i confini dell’art. 66, c. 4, del d.lgs. n. 276/2003 al fine di ricomprendere nella sfera della tutela anche i lavoratori parasubordinati, a progetto e non, che svolgano la prestazione in tutto o in parte al di fuori del luogo di lavoro del committente⁵⁴ (fermo restando che, ove la prestazione sia svolta in parte *in loco*, dovranno *in parte qua* applicarsi le tutele⁵⁵).

La considerazione anche delle collaborazioni “esterne” sarebbe stata perfettamente coerente con la definizione di “lavoratore” di cui all’art. 2, c. 1, lett. *a*, pur richiedendo in concreto alcune precisazioni, giacché la tutela della sicurezza del lavoratore parasubordinato non

⁵⁰ C. Lazzari, *Nuovi lavori*, cit., p. 261.

⁵¹ Salvo quanto disposto dall’art. 2087 c.c. ove lo si ritenga applicabile al di là dei confini del lavoro subordinato: per richiami al dibattito in materia cfr. Lazzari, *Nuovi lavori*, cit., p. 261.

⁵² Come si è prevalentemente ritenuto: cfr. A. Viscomi, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, Ediesse, 2004, p. 326; L. Castelvetti, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 163; M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 123; C. Lazzari, *Nuovi lavori*, cit., p. 261. In senso critico v. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 466.

⁵³ Cfr. la circolare del Ministero del lavoro n. 1/2004, cit.

⁵⁴ Sulla rilevanza del “luogo di lavoro” nel d.lgs. n. 821/2008 v. F. Carinci, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, cit., XLVIII.

⁵⁵ Cfr. G. Bubola, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 276.

può prescindere dalla verifica del livello di integrazione della prestazione nell'organizzazione del committente⁵⁶e, quindi, dall'“intensità della relazione che lega il soggetto all'ambiente di lavoro”⁵⁷. Un utile indicatore in tal senso avrebbe potuto rinvenirsi, ad esempio, nell'utilizzazione di attrezzature fornite dal committente, apparendo riduttivo limitare la tutela esclusivamente sulla scorta dell'elemento del luogo di lavoro⁵⁸. A ben guardare, per i lavoratori parasubordinati “esterni” a cui il committente fornisca proprie attrezzature di lavoro, la tutela “minimale” relativa alla conformità di tali attrezzature alle prescrizioni del Titolo III del d.lgs. n. 81/2008 dovrebbe già valere fin da ora, nonostante l'imbarazzante silenzio del legislatore delegato: diversamente, si rischierebbe di discriminare i lavoratori – in relazione ad una tutela tanto minimale quanto fondamentale – essenzialmente in ragione del tipo di contratto di lavoro (il che contrasterebbe con la definizione di “lavoratore” accolta dal decreto che prescinde dalla tipologia del contratto di lavoro), dato che la tutela relativa alle attrezzature è riconosciuta esplicitamente ad altri lavoratori che svolgono la propria prestazione al di fuori dei confini aziendali, come i lavoratori subordinati a domicilio (art. 3, c. 9) ed i telelavoratori subordinati (art. 3, c. 10).

Ove, come pare, la decretazione delegata correttiva di cui all'art. 1, c. 6, della l. n. 123/2007 non riconsiderasse la questione⁵⁹, si potrebbe far leva sulla valorizzazione dell'art. 2087 c.c., nonostante le incertezze sulla sua applicazione al di là dei confini del lavoro subordinato⁶⁰. In realtà, sembra difficile che l'estensione della *relazione di sicurezza* ol-

⁵⁶ M. Lai, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 324.

⁵⁷ C. Lazzari, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute e della sicurezza nel lavoro autonomo*, in P. Pascucci (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 43 ss., qui p. 51.

⁵⁸ P. Ichino, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, Mondadori, 1996, p. 68; M. Lai, *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 127; C. Lazzari, *Brevi riflessioni in tema*, cit., p. 52.

⁵⁹ V. lo schema di decreto legislativo correttivo del d.lgs. n. 81/2008 approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 marzo 2009.

⁶⁰ G. Natullo, *Principi generali della prevenzione e “confini” dell'obbligo di sicurezza*, in M. Rusciano e G. Natullo (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. Carinci (dir.), *Diritto del lavoro - Commentario*, VIII, Torino, Utet, 2007, p. 83.

tre il lavoro subordinato operata dal d.lgs. n. 81/2008 non riverberi alcun effetto sull'interpretazione dell'ambito di applicazione dell'obbligo contrattuale di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.⁶¹: l'intensità e l'ampiezza del valore costituzionale che tale norma mira a presidiare postula una sua continua attualizzazione che non sembrerebbe corretto limitare sul piano soggettivo. Proprio la dimensione costituzionale del valore tutelato dall'art. 2087 c.c. potrebbe giustificare una sua lettura estensiva sia per quanto riguarda i soggetti tutelati, sia per quanto attiene al soggetto obbligato.

D'altro canto, visto che il precetto di cui all'art. 2087 c.c. si colloca sul piano civilistico del contratto di lavoro (ma di quale contratto, appunto?), presidiato dalle sanzioni risarcitorie del diritto privato, mentre gli obblighi di cui al d.lgs. n. 81/2008 hanno valenza pubblicistica e sono assistiti da sanzioni "pubbliche" penali ed amministrative, quale senso avrebbe la permanenza di un'asimmetria soggettiva tra i due sistemi prevenzionistici?

Non si deve tuttavia sottovalutare come, anche estendendo soggettivamente l'art. 2087 c.c., la pregnanza dell'ambiente di lavoro sottesa a questa norma potrebbe rendere irrealizzabile quella compensazione nei confronti dei soggetti che svolgono la propria prestazione al di fuori di tale ambiente. Cosicché, a prescindere dalla sorte dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 2087 c.c., non è inopportuno insistere per una rivisitazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina pubblicistica di cui al d.lgs. n. 81/2008.

4.3. *Il telelavoro*

Il legislatore del 2008 ha inserito un'apposita previsione per i lavoratori subordinati, pubblici e privati, che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, compresi quelli di cui al d.P.R. n. 70/1999 (telelavora-

⁶¹ Su cui v. per tutti L. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, F. Angeli, 1989, p. 75 ss., e da ultimo P. Albi, *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

tori dipendenti da pubbliche amministrazioni) e di cui all'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002⁶².

Nonostante l'uso dell'ampia espressione "lavoratori a distanza", la norma si riferisce ai telelavoratori in senso stretto, vale a dire quelli che svolgono prestazioni lavorative connotate sia dal ricorso (almeno prevalente) alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), sia dal fatto che la prestazione si svolge in un luogo diverso dalla normale sede di lavoro il quale non costituisca però un'unità produttiva del datore di lavoro.

Piuttosto, il riferimento dell'art. 3, c. 10, ad una "prestazione continuativa" di lavoro a distanza potrebbe invece indurre ad escludere dall'ambito della disciplina le ipotesi di lavoro a distanza (*rectius*, di telelavoro) svolte "in alternanza". In ragione della *ratio* della disposizione – finalizzata a "portare" tutela là dove normalmente non c'è – sembra tuttavia corretto interpretare la previsione della continuità in senso elastico, facendo rientrare nell'art. 3, c. 10, tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto, come è del resto consentito espressamente nella vigente disciplina, anche in forma alternata.

In quanto riconducibile nello schema del lavoro subordinato, il telelavoro poteva già ritenersi assoggettato alle disposizioni in tema di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 626/1994 (almeno in relazione all'uso dei videoterminali), né deve trascurarsi che, nel settore pubblico, esso ha ricevuto una disciplina in via legislativa, regolamentare e contrattuale, quest'ultima in funzione di adeguamento della disciplina generale.

La tutela apprestata dal d.lgs. n. 81/2008 consiste innanzitutto nell'applicazione delle tutele del Titolo VII (attrezzature munite di videoterminali: artt. 172-179), indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione stessa (e, quindi, anche nel caso di telelavoro svolto in centri remoti ecc.).

Inoltre, i telelavoratori sono informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in parti-

⁶² P. Pascucci, *Il telelavoro*, in corso di pubblicazione in N. Irti (dir.), *Dizionario di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2009.

colare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le direttive aziendali di sicurezza.

La discutibile mancanza di un'esplicita previsione dell'obbligo di formazione pare peraltro agevolmente superabile sulla scorta delle previsioni generali (art. 15, c. 1, lett. *n*; art. 18, c. 1, lett. *l*; art. 37), nonché di quella specifica di cui all'art. 177, in base alla quale il datore di lavoro assicura una formazione adeguata in particolare per quanto concerne le misure applicabili al posto di lavoro.

Al fine di verificare che il telelavoratore attui correttamente la normativa in materia di tutela della salute e sicurezza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere ovviamente subordinato al preavviso ed al consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. D'altro canto, è lo stesso telelavoratore che può chiedere ispezioni.

Infine, accogliendosi una nozione ampia di salute e sicurezza, si prevede che il datore di lavoro garantisca l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.

Sebbene riproponga principi già presenti nell'ordinamento nelle discipline speciali del telelavoro, la nuova norma non è superflua. Infatti, al di fuori del settore pubblico, le tutele che essa ora prevede per legge potevano essere precedentemente enucleabili solo in via interpretativa e, quand'anche risultassero dalla contrattazione collettiva, potevano scontare la ben nota difficoltà di applicazione dovuta alla limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune.

Resta tuttavia il disappunto per la mancata menzione dei telelavoratori parasubordinati. È infatti difficile individuare una tutela per costoro stante la combinazione tra la limitata previsione dell'art. 3, c. 10 (applicabile al solo lavoro subordinato) e quella dell'art. 3, c. 7, che, applicando la normativa di tutela ai lavoratori parasubordinati solo se la prestazione lavorativa si svolga nei "luoghi di lavoro del

committente”, non può ontologicamente riguardare i telelavoratori intesi in senso proprio.

Limitatamente al settore privato – nel cui ambito il telelavoratore parasubordinato deve essere “a progetto” – si potrebbe fare almeno appello, come già rilevato, alle “eventuali misure” da indicare nel contratto *ex art. 62, c. 1, lett. e*, del d.lgs. n. 276/2003. Tale norma non sarebbe invece invocabile nel settore pubblico, nel quale le collaborazioni parasubordinate non sono disciplinate dal d.lgs. n. 276/2003 e la disciplina legislativa, regolamentare e contrattuale del telelavoro si riferisce esclusivamente ai telelavoratori subordinati.

La mancata menzione dei telelavoratori parasubordinati (privati e pubblici) potrebbe forse essere “compensata”, almeno per quanto riguarda gli standard di tutela “di base”, dalla loro possibile ricomprensione nel Titolo VII sui videoterminali, che, nonostante l’assenza di un esplicito raccordo, sembrerebbe comunque applicabile alla fattispecie *de qua* grazie sia alle sue norme di vasta portata sia alla ampia nozione di lavoratore accolta nel d.lgs. n. 81/2008.

L’art. 172 dispone genericamente l’applicazione del Titolo VII alle attività lavorative che comportano l’uso di attrezzature munite di videoterminali, mentre l’art. 173, ai fini del Titolo VII, definisce il lavoratore come colui che utilizza un’attrezzatura munita di videoterminali, in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali, dedotte le interruzioni di cui all’art. 175.

Raccordando queste norme con l’ampia definizione di “lavoratore” accolta nell’art. 2, c. 1, lett. *a*, non sembra peregrino sostenere che il telelavoratore parasubordinato – ancorché “escluso” dalla tutela generale del Titolo I (*ex art. 3, c. 7*) e da quella più particolare dei telelavoratori subordinati (*ex art. 3, c. 10*) – sia comunque destinatario (ricorrendone i presupposti) almeno della tutela speciale dei videoterminalisti di cui al Titolo VII (che prevede, oltre alle misure connesse agli obblighi del datore di lavoro, tra cui quelli di informazione e formazione, anche la sorveglianza sanitaria).

5. I divieti di ricorso alle tipologie negoziali flessibili: significato ed effettività delle cosiddette “sanzioni civili indirette”

Come emerge dalla direttiva europea del 1991, la tutela speciale della salute e sicurezza dei lavoratori flessibili può tradursi anche nella preclusione di determinate attività che esporrebbero tali lavoratori a rischi eccessivi a causa della loro non adeguata esperienza, preparazione e formazione. Questa strada è stata percorsa in parte anche nell’ordinamento italiano per quanto concerne il lavoro interinale grazie al citato decreto ministeriale del 1999.

Tuttavia, il nostro ordinamento ha previsto il divieto di ricorso a certe tipologie flessibili anche prescindendo dal riferimento ad attività pericolose, ma in ragione del fatto che il datore di lavoro non abbia ottemperato al principale obbligo prevenzionistico: la valutazione dei rischi.

Tali divieti, introdotti prima dell’emanazione del d.lgs. n. 81/2008, fanno espresso riferimento alla valutazione dei rischi di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 626/1994: previsione, quest’ultima, non immediatamente abrogata dal decreto del 2008, ma lasciata in vita transitoriamente – per consentire l’adeguamento alla nuova normativa in materia di valutazione dei rischi (artt. 28 e 29) – dapprima fino al novantesimo giorno successivo all’entrata in vigore del nuovo decreto⁶³ e, successivamente, mediante una modifica intervenuta in sede di conversione del d.l. n. 97/2008, fino al 31 dicembre 2008⁶⁴. Il 1° gennaio 2009, le nuove disposizioni sulla valutazione dei rischi sono entrate in vigore, fatta salva la parte relativa alla valutazione dei rischi collegati allo stress lavoro-correlato ed alla data certa del documento di valutazione, ulteriormente differita al 16 maggio 2009⁶⁵.

I divieti in esame debbono quindi essere ora riferiti alla mancata valutazione dei rischi di cui agli artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81/2008, come prevede l’art. 304, c. 3, del decreto del 2008, secondo cui fino

⁶³ Art. 306, c. 2, del d.lgs. n. 81/2008.

⁶⁴ Art. 4, c. 2-*bis*, della l. n. 129/2008.

⁶⁵ Art. 32, c. 2, della l. n. 14/2009, con cui è stato convertito con modificazioni il d.l. n. 207/2008 (cosiddetto “milleproroghe”).

all'emanazione dei decreti legislativi correttivi (16 maggio 2009⁶⁶), i rinvii operati da eventuali disposizioni di legge o regolamentari a norme del d.lgs. n. 626/1994 debbono intendersi riferiti alle corrispondenti norme del d.lgs. n. 81/2008.

Oltre all'ipotesi ora soppressa del contratto di lavoro temporaneo⁶⁷, attualmente i divieti in esame riguardano il contratto a tempo determinato⁶⁸, il contratto di somministrazione di lavoro⁶⁹ ed il resuscitato contratto di lavoro intermittente⁷⁰. A questi potrebbe forse aggiungersi, in via interpretativa, il contratto di inserimento, almeno ove si ritenga che l'art. 58, c. 1, del d.lgs. n. 276/2003, richiamando l'applicabilità delle norme sul contratto a termine, ricomprenda anche il divieto ivi previsto.

Poiché la mancata valutazione dei rischi è già autonomamente punita con sanzioni penali⁷¹, si evidenzia qui una sorta di sanzione "civile indiretta", accessoria, che preclude l'esercizio dell'autonomia negoziale privata in ordine agli strumenti negoziali del mercato del lavoro flessibile⁷².

È stato autorevolmente suggerito⁷³ che sanzioni di questo tipo andrebbero probabilmente estese a tutte le altre tipologie flessibili di lavoro, specialmente se si considera che proprio i lavoratori non stabili sono quelli più esposti ai rischi nell'ambiente di lavoro. Di qui la proposta di configurare un vero e proprio divieto generale di accesso

⁶⁶ Ma tale termine slitterà di ulteriori tre mesi, come previsto dall'ultimo periodo dell'art. 1, c. 5, raccordato con il c. 6, della l. n. 123/2007.

⁶⁷ Art. 1, c. 4, lett. e, della l. n. 196/1997 (poi abrogato dal d.lgs. n. 276/2003), su cui v. A. Tampieri, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 187.

⁶⁸ Art. 3, c. 1, lett. d, del d.lgs. n. 368/2001.

⁶⁹ Art. 20, c. 5, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003.

⁷⁰ Art. 34, c. 3, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003.

⁷¹ Art. 55, cc. 1-3, del d.lgs. n. 81/2008.

⁷² M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *DPL*, 2003, p. 2427 ss.

⁷³ L. Montuschi, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *ADL*, 2004, p. 749 ss., qui p. 770.

alle tipologie flessibili⁷⁴ ed a tutte quelle fattispecie che non costituiscono rapporto di lavoro (*stage*, borse lavoro, lavori socialmente utili ecc.) a carico dei datori di lavoro inadempienti in materia di sicurezza, e peraltro non soltanto rispetto al precetto della valutazione dei rischi: non a caso, con riferimento al divieto di ricorso al lavoro a termine (art. 3, c. 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 368/2001), è stato rilevato che attualmente “sono assolutamente irrilevanti, non integrando gli estremi del divieto, le inadempienze in materia di sicurezza diverse dall’omessa valutazione dei rischi”⁷⁵.

Ciò detto, occorre accertare due aspetti: la portata delle previsioni in esame e le loro effettive conseguenze.

È a tutti noto che la valutazione dei rischi costituisce uno dei capisaldi del sistema della sicurezza del lavoro ed uno dei principi generali di prevenzione introdotti dal diritto comunitario⁷⁶. Altrettanto noto è che l’effettuazione o meno di tale valutazione, che rappresenta un obbligo indelegabile del datore di lavoro⁷⁷, deve essere rilevata in relazione all’elaborazione del relativo documento⁷⁸. Pertanto, la “mancata effettuazione della valutazione” si realizza non solo quando non si sia provveduto a redigere il documento⁷⁹, ma anche quando quest’ultimo si riveli insufficiente, incompleto o inadeguato rispetto

⁷⁴ V. in tal senso anche l’art. 10, c 1, lett. *b*, della proposta di legge n. 2158 (Misure di armonizzazione della disciplina in materia di lavoro flessibile) presentata in questa Legislatura alla Camera dei deputati dal Partito democratico (primo firmatario l’on. Miglioli) che propone di aggiungere all’art. 66, c. 4, del d.lgs. n. 276/2003 un ulteriore periodo con cui si vieta il ricorso alle collaborazioni a progetto da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell’art. 28 del d.lgs. n. 81/2008.

⁷⁵ A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, Cedam, 2001, p. 33.

⁷⁶ Art. 6, p. 2, della direttiva quadro n. 89/391/CEE; art. 15, c. 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008.

⁷⁷ Art. 17 del d.lgs. n. 81/2008.

⁷⁸ L. Angelini, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit.; cfr. artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81/2008.

⁷⁹ Come invece ritengono, con riferimento al divieto previsto dalla disciplina del contratto a termine, A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 33, secondo i quali il contenuto della valutazione, purché formalmente effettuata, è assolutamente irrilevante ai fini dell’integrazione degli estremi del divieto.

ai suoi elementi costitutivi, come del resto confermano gli artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81/2008 in modo ancor più stringente di quanto già non facesse l'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994⁸⁰.

Lungi dall'esaurirsi in un semplice adempimento formale, la redazione del documento di valutazione dei rischi dovrà tenere nel debito conto *tutti* i rischi presenti in azienda, ivi compresi quelli specifici connessi all'utilizzazione di lavoratori flessibili⁸¹. *Rischi specifici* che, a ben guardare, derivano non solo e non tanto dalla intrinseca e specifica pericolosità di una determinata attività lavorativa, quanto soprattutto dal fatto che a svolgerla è un soggetto che, in ragione del suo inserimento soltanto temporaneo nel contesto aziendale, sebbene possa essere tecnicamente e professionalmente preparato, nel proprio bagaglio non dispone di quella risorsa fondamentale consistente nell'esser *parte stabile* di una organizzazione, con tutto ciò che ne consegue in termini di conoscenze, comunicazione, esperienza ed adattamento. *Rischi specifici* che possono essere tanto psichici quanto fisici, ben potendo tradursi i primi nella causa dei secondi.

Ciò, beninteso, non significa che la stabilità del rapporto di lavoro (e, quindi, la sicurezza *del* lavoro) costituisca garanzia assoluta di sicurezza *sul* lavoro, ma piuttosto che, nel caso dei lavoratori flessibili, ai "normali" rischi insiti nel lavoro stabile si aggiungono ulteriori rischi connessi al "titolo" in forza del quale si esegue una prestazione: rischi che, una volta valutati, debbono essere fronteggiati adottando tutte le opportune misure che possono eliminarli o ridurli (maggiorare e specifica informazione, formazione e addestramento ecc.).

⁸⁰ Cfr. R. Guariniello, *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, in *RGL*, 2001, I, p. 529 ss., qui p. 536; S. Margiotta, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, IV ed., Collana di Diritto privato diretta da P. Rescigno, Milano, Ipsoa, 2006, p. 1381 ss., qui p. 1393. V. recentemente G.M. Monda, *La valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 325 ss.

⁸¹ Proprio la complessità della attività di valutazione potrebbe indurre ad interrogarsi sulla opportunità di individuare dei criteri "di affidabilità" delle valutazioni dei rischi che ovviamente tengano conto delle diverse realtà produttive e delle specificità dei vari rischi da valutare. Su questi aspetti cfr. ancora L. Angelini, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., *passim*.

D'altronde, l'obbligo di valutare tali *rischi specifici* non è altro che l'estremo corollario di quel principio a cui si ispira il diritto comunitario quando postula una tutela aggiuntiva o complementare per i lavoratori flessibili rispetto a quelli stabili.

Se è così, le previsioni legislative che vietano il ricorso alle tipologie negoziali flessibili in caso di mancata valutazione dei rischi di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 sembrano significare non solo che a tali tipologie non possa far ricorso il datore di lavoro che non abbia effettuato affatto la valutazione dei rischi, ma che a quelle tipologie non può ricorrersi anche qualora, pur essendosi effettuata (come deve essere) una valutazione dei rischi, questa non abbia tenuto conto dei *rischi specifici* connessi alle tipologie flessibili (come potrà riscontrarsi dal relativo documento). In altri termini, i suddetti divieti dovrebbero essere interpretati non solo *in negativo*, appunto come "sanzioni civili indirette", ma, come è stato giustamente osservato, anche e soprattutto *in una prospettiva positiva*, nel senso della riaffermazione dell'obbligo di effettuare una valutazione completa ed adeguata che ricomprenda specificamente i rischi connessi all'inserimento dei lavoratori flessibili⁸².

Una diversa e più riduttiva interpretazione non sembra possibile perché, sia sul piano letterale sia per quanto attiene alla *ratio legis*, l'esplicito rinvio ora operato dalle menzionate norme inibitorie all'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 comporta l'integrale rilievo di tutti gli adempimenti previsti da quest'ultima norma, dove l'obbligo di valutare *tutti* i rischi non può non riferirsi anche a quelli connessi alla flessibilità tipologica. Né può sottacersi che questa interpretazione potrebbe presto trovare un'ulteriore esplicita conferma ove venga approvata quella proposta di modifica dell'art. 28, c. 1, del d.lgs. n. 81/2008 la quale, molto opportunamente, aggiunge all'elenco, non

⁸² Cfr. F. Corso, *La legge 3 agosto 2007 n. 123: vecchi problemi e nuove esigenze in materia di sicurezza sul lavoro*, in *DLM*, 2007, p. 261 ss., qui p. 278.

Secondo M.C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 93, nel caso del contratto a termine, il divieto posto dall'art. 3, lett. *d*, del d.lgs. n. 368/001, "più che a tutela del lavoratore assunto, appare dettato per sanzionare il comportamento del datore di lavoro, anche se conduce allo stesso risultato cui si giungerebbe se la norma avesse a sua *ratio* la tutela del lavoratore assunto: la salvezza del contratto come contratto a tempo indeterminato".

tassativo, dei rischi da valutare ivi contenuto anche “quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro”⁸³. È peraltro evidente che, al di là della emananda novella, l’obbligo già ora vigente di valutare *tutti* i rischi si riferisca anche a quelli che scaturiscono dalla flessibilità tipologica.

La previsione di cui all’art. 28, c. 1, del d.lgs. 81/2008 (sia nella sua attuale versione sia, a maggior ragione, in quella che potrebbe scaturire dal decreto correttivo) consente quindi di specificare il contenuto delle norme inibitorie in esame, le quali impediscono l’inserimento di lavoratori flessibili non solo nelle organizzazioni in cui non siano stati valutati affatto i rischi, ma anche in quelle in cui la valutazione non abbia tenuto conto dei rischi *specifici* connessi alla flessibilità tipologica, non potendosi quindi individuare le misure per farvi fronte.

Ovviamente, la mancata o inadeguata valutazione dei rischi rileva sul piano sanzionatorio diretto (presidiato dalle sanzioni penali) ed indiretto (garantito dalle sanzioni civili indirette di cui si è fatto cenno poc’anzi) in modo *autonomo*, vale a dire a prescindere dalla relazione che può o meno esistere tra la mancata valutazione ed un infortunio sul lavoro⁸⁴.

5.1. *La violazione dei divieti: in particolare, il caso del contratto a termine*

Le sanzioni civili indirette di cui qui si discute sembrano afflitte da seri problemi di effettività, derivanti in parte dalla tecnica quanto mai approssimativa con cui i relativi divieti sono stati costruiti. Non

⁸³ Art. 16 dello schema di decreto legislativo correttivo del d.lgs. n. 81/2008 approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 marzo 2009.

⁸⁴ Così V. Torre, *I reati in tema di sicurezza sul lavoro previsti dalla legislazione complementare. Il d.lgs. 19.9.1994, n. 626*, in N. Mazzacuva e A. Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. Carinci (dir.), *Diritto del lavoro – Commentario*, VII, Utet, Torino, 2007, p. 123 ss., qui p. 144, che richiama T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *RTDPE*, 1996, p. 1157 ss. e D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. DP*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2000, p. 388 ss.

si comprende, infatti, perché mai, invece di limitarsi semplicisticamente a vietare l'accesso ai lavori flessibili alle imprese *che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi* (come accade nelle varie previsioni del d.lgs. n. 276/2003), il legislatore non abbia mantenuto la più rigorosa previsione dell'ora abrogato art. 1 della l. n. 196/1997, che configurava il divieto di ricorso al lavoro interinale per le imprese *che non dimostrassero alla Direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei rischi*⁸⁵.

D'altro canto, anche le sanzioni indirette possono scattare solo *ex post*, vale a dire ove si accerti la mancata valutazione dei rischi, ponendosi quindi lo stesso problema che affligge le sanzioni penali: la necessità e l'efficacia dei controlli. Ma finora non è stato compiuto alcuno sforzo per costruire un sistema in grado di rafforzare la "percezione" delle sanzioni indirette, magari facendo leva proprio sull'interesse dei datori di lavoro ad avvalersi delle tipologie contrattuali flessibili.

E qui emerge il secondo aspetto: che cosa accade in caso di violazione dei divieti ivi previsti? E chi e quando controlla l'osservanza dei divieti posti in quelle norme?

Alla prima domanda si può rispondere con una certa tranquillità solo per quanto concerne la violazione del divieto di utilizzo di somministrazione di lavoro. Oltre all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria⁸⁶, l'art. 20, c. 5, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003 prevede che il lavoratore possa chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003)⁸⁷.

⁸⁵ Per la verità, date le competenze in materia di vigilanza, in quella norma ora abrogata sarebbe stato corretto fare riferimento all'Azienda sanitaria locale piuttosto che alla Direzione provinciale del lavoro. Per qualche proposta che valorizzi il raccordo tra questi due soggetti si veda 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*, cit., p. 131 ss., qui p. 140 s.

⁸⁶ Art. 18, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003.

⁸⁷ L'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003 detta tale previsione quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui all'art. 20, che contempla anche il divieto in caso di mancata effettuazione della valutazione

Più difficile è invece capire che cosa succeda nel caso del lavoro intermittente, per il quale le norme del decreto del 2003 nulla dispongono⁸⁸. Così come nulla prevede espressamente il d.lgs. n. 368/2001 qualora si sia assunto un lavoratore a termine in barba al divieto dell'art. 3, lett. *d*⁸⁹.

Soffermandosi in particolare su quest'ultima fattispecie, sembrerebbe doversi sostenere che la violazione del divieto dell'art. 3 (in quanto norma imperativa)⁹⁰ comporti la nullità del contratto (art. 1418 c.c.) *sub specie*, tuttavia, di nullità parziale *ex art.* 1419 c.c., giacché la nullità riguarda solo il patto relativo al termine, con la conseguenza della validità del contratto di lavoro, ma senza il termine finale. Senonché, come è noto, l'art. 1419, c. 1, c.c. stabilisce che la nullità di singole clausole comporta la nullità dell'intero contratto ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è affetta da nullità. Potrebbe allora sostenersi, richiamando alcune elaborazioni sul contratto a termine, che il datore di lavoro possa “allegare tempestivamente e comprovare, secondo l'onere su di lui gravante trattandosi di un'eccezione al principio della conservazione del contratto, la volontà ipotetica di non con-

dei rischi. Sul punto v. *amplius* M. Lai, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 182.

⁸⁸ Sul punto cfr. M.C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, cit., p. 96 ss.

⁸⁹ Gli interpreti concordano sul fatto che tale disposizione intenda garantire e promuovere la sicurezza sul lavoro: tra gli altri, cfr. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, p. 361 ss., qui p. 393; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., pp. 32-33; M. Papaleoni, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, I, p. 367 ss., qui p. 386; R. Altavilla, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 258; L. Ruggiero, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 99/70*, in *Guida lav.*, 2001, n. 41, p. II ss., qui p. VIII.

⁹⁰ L'onere della prova, in tal caso, graverebbe “sul lavoratore che ne afferma la violazione”, giacché il divieto in questione costituisce eccezione “alla regola che consente il termine giustificato, sicché il relativo onere probatorio grava sulla parte che invoca l'eccezione”: così A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 35.

cludere il contratto senza il termine nullo, con la conseguente nullità dell'intero contratto di lavoro"⁹¹?

La conseguenza di tale impostazione – in base alla quale la nullità dell'intero contratto penalizzerebbe seriamente solo il lavoratore (fermi restando, *ex art.* 2126 c.c., gli effetti del contratto per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione) – potrebbe tuttavia rivelarsi paradossale, specialmente prestando attenzione alla *ratio* del divieto previsto dall'art. 3, lett. *d*, del d.lgs. n. 368/2001. Infatti, mentre il legislatore vieta ai datori di lavoro che non effettuino la valutazione dei rischi di ricorrere al contratto a termine, la sanzione per la violazione del divieto, traducendosi nella mera temporaneità degli effetti prodotti dal contratto nullo, sul piano sostanziale non si differenzerebbe granché dal comportamento vietato (l'assunzione a termine)!

Per la verità, a quella impostazione potrebbe contrapporsi un'altra di segno diverso che, facendo leva sul noto insegnamento della Corte costituzionale⁹², afferma l'inapplicabilità del primo comma dell'art. 1419 c.c.⁹³: infatti, la nullità della clausola (termine) deriverebbe qui dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore, con la conseguenza che la nullità parziale non sarebbe idonea a travolgere l'intero contratto, il quale invece si convertirebbe in un normale contratto di lavoro a tempo indeterminato (come in fondo può desumersi dal c. 2 dello stesso art. 1419 c.c., in base al quale la nullità parziale non importa la nullità dell'intero contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative)⁹⁴.

⁹¹ A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 36, i quali affermano che tale volontà ipotetica "può essere anche di un solo contraente, e quindi anche del solo datore di lavoro, trattandosi di volontà negativa, a differenza di quella prevista dall'art. 1424 cod. civ. per la conversione del contratto". Sul punto v. di recente M.C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, cit., p. 56 ss.

⁹² Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *FI*, 1992, I, c. 3232 ss.

⁹³ Che, come già ricordato, prevede che la nullità parziale comporti la nullità dell'intero contratto ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

⁹⁴ Per tali considerazioni cfr., anche se più in generale rispetto alla illecita apposizione del termine, V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., p. 406 ss.; Id., *Il contratto a termine*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina*

Se quest'ultima interpretazione sembra più lineare rispetto alla *ratio* del d.lgs. n. 368/2001, va tuttavia osservato che, al di là dei profili relativi alla rilevabilità della nullità parziale, senza una concreta iniziativa del lavoratore, l'effettività del divieto rischia di rivelarsi quanto mai aleatoria, specialmente considerando la cronica aleatorietà dei controlli⁹⁵. Occorrerebbe invece considerare attentamente che stipulare un contratto a termine senza la sussistenza di alcuna delle ragioni indicate dall'art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 368/2001 è cosa diversa dallo stipulare un contratto a termine in violazione dei divieti di cui all'art. 3 dello stesso decreto e, in particolare, di quello di cui alla lett. *d*. La sussistenza della situazione preclusiva ivi prevista vanifica l'eventuale presenza di una delle ragioni di cui all'art. 1, c. 1, e ciò per la semplice ragione che, diversamente dall'interesse protetto da quest'ultima norma, *l'interesse protetto dall'art. 3, lett. d, ha una valenza non solo individuale, ma anche collettiva o addirittura pubblica ex art. 32 Cost.*

Se è così, è allora evidente che la verifica della trasgressione del divieto *de quo* non dovrebbe essere esclusivamente affidata alla fragile ed improbabile iniziativa del lavoratore (come del resto accade anche nel caso della somministrazione), ma dovrebbe richiedere ben altro intervento. Il che evoca esattamente il secondo interrogativo posto poc'anzi: chi e quando verifica l'effettiva osservanza del divieto?

Attualmente è arduo rispondere a tale domanda o, forse, è anche fin troppo facile! L'attuale normativa prevede l'obbligo per il datore di lavoro di *elaborare* il documento di valutazione dei rischi e di *custodirlo* presso l'azienda (art. 29, c. 4, del d.lgs. n. 81/2008). Dopodiché, il datore di lavoro che intenda procedere ad assunzioni a termine, all'atto della comunicazione dell'assunzione al Centro per l'impiego si limita a dichiarare di aver effettuato la valutazione dei rischi, senza tuttavia che, a quanto consta, qualcuno verifichi in con-

del lavoro flessibile, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), Milano, Giuffrè, 2003, p. 399 ss., qui p. 448 ss.

⁹⁵ Come del resto accade a proposito della violazione dell'analogo divieto relativo alla somministrazione di lavoro che, come già ricordato nel testo, presuppone un'azione da parte del lavoratore tesa a rivendicare la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

creto la veridicità o meno della sua dichiarazione. Il datore di lavoro che avesse dichiarato il falso (qui prescindendosi dai profili penali della dichiarazione mendace) potrebbe essere “scoperto” soltanto o su iniziativa del lavoratore (il quale, tuttavia, per i noti motivi, non ha molta propensione ad esporsi) o in seguito ad un’ipotetica ispezione.

In altra sede si è avuto modo di svolgere qualche riflessione su possibili correttivi, da porre in via legislativa, per dare ai divieti in esame l’effettività che meriterebbero, riacquistando la loro naturale e fondamentale funzione preclusiva e dissuasiva *ex ante*. Correttivi – su cui non ci si può qui soffermare – incentrati sulla *trasmissione* del documento alle autorità di vigilanza e che peraltro, come si è rilevato in quella sede a cui si rinvia, non appaiono del tutto immuni da controindicazioni⁹⁶.

Al di là di ciò, se è certo che il datore di lavoro incurante della valutazione dei rischi non può assumere a tempo determinato, è davvero giusto che dalla violazione del divieto scaturisca la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con lo stesso lavoratore assunto a termine *contra legem*? L’eventuale dubbio in proposito potrebbe sorgere non tanto dando credito a quella opinione (precedentemente criticata) che fa leva sull’art. 1419, c. 1, c.c. (secondo cui la nullità parziale del contratto travolgerebbe l’intero contratto ove si dimostri che le parti non lo avrebbero altrimenti posto in essere), quanto considerando che, nel caso di specie, le esigenze di protezione del lavoratore (a cui mira senz’altro il divieto) non riguardano la *stabilità dell’occupazione*, bensì *l’occupazione in condizioni di sicurezza*: condizioni di sicurezza che, se valgono in particolar modo nel caso di un lavoro flessibile, non sono tuttavia irrilevanti nell’ipotesi di un lavoro stabile. Di qui la possibile perplessità che, nel caso *de quo*, la sanzione civile debba necessariamente corrispondere a quella applicabile in ipotesi diverse (la *conversione del contratto*), laddove dovrebbe forse *limitarsi esclusivamente alla preclusione – comunque ex ante – della stipulazione del contratto flessibile*⁹⁷.

⁹⁶ P. Pascucci, *Il rebus dell’effettività delle cosiddette “sanzioni civili indirette”*, cit., p. 139 ss.

⁹⁷ A tal fine, però, occorrerebbe prevedere *ex lege* che *l’efficacia del contratto di lavoro flessibile restasse “sospesa” fino alla avvenuta verifica da parte del ser-*

A ben guardare, però, la tesi secondo cui dalla violazione del divieto scaturisce la conversione in contratto a tempo indeterminato pare coerente con l'esigenza di protezione della salute e sicurezza del lavoratore. Infatti, nel contesto di un'organizzazione nella quale sia stata effettuata una valutazione dei rischi che non abbia considerato i *rischi da flessibilità*, il contratto stabile – nel quale si trasforma quello illegittimamente sottoposto a termine – appare comunque tutelato (per quanto attiene alla salute e sicurezza).

È evidente che, nel caso di totale omissione della valutazione dei rischi, non solo non si terrebbero in alcun conto i *rischi da flessibilità*, ma vi sarebbero seri pericoli anche per la tutela dei lavoratori stabili. Tuttavia, la considerazione di tale situazione – al di là dei suoi riflessi sul piano sanzionatorio penale *ex art. 55 del d.lgs. n. 81/2008* – non potrebbe comunque valere per sostenere l'infondatezza della conversione del contratto flessibile illegittimamente stipulato, dato che *i divieti qui in esame costituiscono un elemento particolare dello speciale statuto protettivo della flessibilità* che non può essere esportato oltre i suoi confini. Infatti, per far fronte alle esigenze di tutela *specifiche* dei lavoratori “flessibili” (esigenze già poste dal diritto comunitario), il legislatore ha istituito una connessione tra mancata valutazione dei rischi e limitazione dell'autonomia negoziale solo ed esclusivamente per i contratti flessibili, con ciò che ovviamente ne consegue.

Esistono poi altre due questioni. La prima riguarda l'ipotesi in cui la valutazione dei rischi sia stata a suo tempo effettuata, ma sia poi divenuta parzialmente carente rispetto a profili di rischio successi-

vizio ispettivo dell'avvenuta valutazione dei rischi: in caso di verifica positiva, il datore di lavoro potrebbe procedere senz'altro all'assunzione, la quale sarebbe invece definitivamente preclusa nel caso inverso. Anche questa soluzione tuttavia presenta controindicazioni, rischiando di ostacolare l'attività imprenditoriale specialmente nei casi, non infrequenti, in cui l'assunzione “flessibile” serve a fronteggiare un'emergenza (si pensi alle ragioni giustificative del contratto a termine), sebbene questa parziale limitazione dell'iniziativa economica privata possa forse giustificarsi proprio nella logica dei limiti (la sicurezza) ad essa posti dall'art. 41, c. 2, Cost. Senza dire poi che occorrerebbe una straordinaria capacità organizzativa da parte degli organi di controllo al fine di rendere tempestivamente il proprio responso: cosa, per la verità, assai ardua da prevedere.

vamente emersi. Con riferimento alla disciplina del contratto a termine, si è sostenuto che ove la valutazione sia stata correttamente effettuata sulla base delle cognizioni esistenti all'epoca, si dovrebbe ritenere adeguatamente soddisfatto il requisito richiesto dalla legge: diversamente, infatti, “nessuna valutazione dei rischi potrebbe ... ritenersi realmente effettuata, in quanto sempre passibile di successive correzioni e integrazioni e pertanto vanificabile *ex post*”⁹⁸. Pur comprensibile sul piano della ragion pratica, la menzionata opinione tuttavia non convince, specialmente ove le eventuali carenze della valutazione riguardino proprio gli specifici rischi connessi all'assunzione flessibile. Infatti, la valutazione dei rischi e la sua eventuale successiva rielaborazione in occasione di modifiche del processo produttivo riguarda comunque *tutti i rischi* per la sicurezza e la salute dei lavoratori, tali dovendosi intendere anche quelli – spesso alquanto insidiosi – derivanti proprio dalla *temporaneità* dell'impiego del lavoratore. Non a caso, lo stesso d.lgs. n. 368/2001, all'art. 7, c. 1, stabilisce che “il lavoratore assunto con contratto a tempo determinato dovrà ricevere una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro”.

L'altra questione riguarda la difficoltà di identificare le ipotesi di mancata valutazione dei rischi (e, quindi, di applicare le sanzioni civili indirette) per le imprese di piccole dimensioni (che occupano fino a 10 lavoratori), le quali fino ad ora si sono potute limitare ad autocertificare la valutazione dei rischi. Peraltro, se non vi saranno ulteriori proroghe, tale discutibile possibilità è fortunatamente ormai sul viale del tramonto, giacché, al più tardi dal 1° luglio 2012, anche tali imprese dovranno compiere una effettiva valutazione dei rischi ancorché mediante procedure standardizzate⁹⁹.

A fronte dell'incerta effettività dei divieti in esame, vien da chiedersi se, per rafforzarne la capacità deterrente, non sia più opportuno prevedere per la loro violazione una sanzione pubblica (penale o

⁹⁸ Cfr. M. Papaleoni, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, cit., p. 386, con riferimento al divieto per il contratto a termine di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 368/2001.

⁹⁹ Art. 29 del d.lgs. n. 81/2008.

amministrativa) che, oltre a cumularsi con quella della conversione del contratto, si aggiungerebbe alla già prevista sanzione penale per l'omessa o irregolare valutazione dei rischi¹⁰⁰ e, si badi bene, anche alla possibile sospensione dell'attività imprenditoriale che l'art. 14 e l'Allegato 1 del d.lgs. n. 81/2008 prevedono *in primis* per la mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi, ricorrendo la reiterazione.

In ogni caso, proprio il d.lgs. n. 81/2008 poteva offrire l'occasione per riconsiderare l'intera questione. Infatti, l'art. 1, c. 1, della legge delega esordiva riferendosi al riassetto e alla riforma delle disposizioni vigenti e, tra i criteri di delega, l'art. 1, c. 2, lett. a, prevedeva il "riordino e coordinamento delle disposizioni vigenti". Purtroppo, però, i tentativi di intervenire in tal senso sono falliti e non pare che la decretazione correttiva intenda occuparsene.

Un'interessante opportunità per rimeditare sull'intera questione è tuttavia rappresentata dalla recente direttiva sul lavoro interinale n. 2008/104/CE del 19 novembre 2008, la quale contiene un'apposita disposizione sul riesame dei divieti e delle restrizioni. L'art. 4, p. 1, della direttiva prevede che i divieti o le restrizioni imposti al ricorso al lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi. Il p. 2 dispone che, entro il 5 dicembre 2011, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, conformemente alla legislazione dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, riesaminino le restrizioni o i divieti sul ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di accertarne la fondatezza in forza delle disposizioni di cui al p. 1.

Sebbene riguardi solo il lavoro interinale (la somministrazione), il segnale contenuto nella direttiva dovrebbe essere colto dal legislatore nazionale in chiave generale, consentendo di dare finalmente un senso compiuto ai divieti di cui si è parlato.

¹⁰⁰ Art. 55, cc. 1-3, del d.lgs. n. 81/2008.

6. Flessibilità e rischi psichici

Parlando di salute e sicurezza dei lavoratori flessibili non si può trascurare un aspetto destinato ad assumere crescente importanza grazie ad una innovazione contenuta nel d.lgs. n. 81/2008. L'art. 28, c. 1, prevede che la valutazione 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.

Come è noto, proprio la flessibilità dei contratti di lavoro costituisce uno dei fattori più importanti tra quelli che generano stress. All'insicurezza circa la propria posizione lavorativa, va aggiunto che spesso proprio i lavoratori precari sono maggiormente adibiti a mansioni lavorative particolarmente più faticose, sono più esposti ad alti livelli di rumore e svolgono attività di tipo ripetitivo. Un altro aspetto da non tralasciare, a spiegazione del disagio psichico del lavoratore precario derivante dall'aumentato turnover lavorativo è la difficoltà incontrata dal lavoratore nell'instaurare e nel gestire soddisfacenti e sempre nuovi contratti-rapporti relazionali con i colleghi di lavoro e con i diretti superiori.

Il raccordo tra disagio psichico e flessibilità emerge d'altro canto anche là dove l'art. 28, c. 1, si riferisce ai rischi "riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari". Né va sottovalutata la previsione di cui all'art. 28, c. 2, lett. *f*, in base alla quale il documento di valutazione dei rischi deve contenere "l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento": tutti requisiti spesso assenti nei lavoratori "flessibili". Ammesso e non concesso che quest'ultima norma non contenga un implicito "divieto" di adibire a quelle particolari mansioni i lavoratori sprovvisti di quei requisiti, quanto meno dovrà convenirsi che da essa emerge un segnale di speciale attenzione per il ricorso indiscriminato alle tipologie contrattuali flessibili, le quali troppo spesso riguardano soggetti che, per vari motivi, non possiedono un bagaglio adeguato per far fronte alle ri-

chieste datoriali, così evidenziandosi uno dei più noti fattori generatori di stress.

7. Conclusione

Come si è avuto modo di sottolineare di recente¹⁰¹, non è realistico pensare di affrontare seriamente i vari problemi della prevenzione primaria senza focalizzare l'attenzione sulla relazione tra organizzazione del lavoro e salute dei lavoratori¹⁰².

È nell'organizzazione del lavoro che si annida la maggior parte dei rischi di infortunio e dei fattori patogenetici. L'organizzazione aziendale e del lavoro incorpora la dimensione del benessere dei lavoratori. La progettazione del processo di lavoro può sempre operare scelte che assicurino la salute e la sicurezza delle persone coinvolte ed incorporare la dimensione del benessere.

Come è stato opportunamente rilevato, “le conoscenze organizzative che presiedono all'analisi ed alla progettazione del processo di lavoro si collegano con le conoscenze che presiedono all'analisi degli stati di salute e sicurezza”. Perciò “un approccio alla situazione di lavoro che sia volto a fini di prevenzione richiede un vasto carattere interdisciplinare”: se l'interpretazione del processo di lavoro richiede “anzitutto conoscenze e competenze di analisi e di progettazione della strutturazione – cioè organizzative – ma anche conoscenze e competenze relative alle azioni strutturate che trovano fondamento sia nelle discipline sociali sia nelle discipline fisiche ed ingegneristiche”, l'inclusione del benessere nella progettazione del lavoro “richiede inoltre che il quadro analitico comprenda anche conoscenze biomediche, psicologiche ed ergonomiche”¹⁰³.

¹⁰¹ P. Pascucci, *La salute mentale dei lavoratori nel nuovo quadro normativo. Alla ricerca di una relazione perduta*, relazione presentata alla Giornata di studi su “La salute mentale del lavoratore” svoltasi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cassino il 18 marzo 2009.

¹⁰² B. Maggi, *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, QDLRI, Torino, Utet, 2006, p. 13 ss.

¹⁰³ B. Maggi, *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, cit., p. 22.

“Quando il modo di concepire le situazioni di lavoro comporta la separazione tra sistema e soggetto, risulta arduo conciliare la valutazione della situazione di lavoro con la valutazione degli stati di salute e sicurezza”. Occorre viceversa una “valutazione unitaria, poiché il processo di lavoro è valutato in termini di relativa congruenza tra le sue componenti: dato che le componenti di un processo di azioni e decisioni non sono separabili dal soggetto agente, la valutazione del benessere complessivo è parte integrante della valutazione complessiva”¹⁰⁴.

La flessibilità, sia nella sua dimensione tipologica sia in quella organizzativa, costituisce un elemento ormai costante dell'organizzazione del lavoro. Pertanto, la valutazione della congruenza di un'organizzazione del lavoro che incorpora la dimensione del benessere dei lavoratori non può non comportare, in primo luogo, un'adeguata valutazione di tutti i rischi, più o meno apparenti, connessi alla flessibilità.

¹⁰⁴ B. Maggi, *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, cit., p. 23.