

Codatorialità e obblighi in materia di salute e sicurezza negli scenari lavorativi complessi

MARIA DOLORES FERRARA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

L'invito ad intervenire in questa giornata di studi è motivo di riflessione su un tema drammaticamente attuale, ossia la gestione delle nuove emergenze dovute alla diffusione capillare del ricorso degli strumenti di esternalizzazione e decentramento produttivo come regola nell'organizzazione e gestione del personale.

Tuttavia, non si tratta solo di indagare il fenomeno nella prospettiva delle ricadute e dell'impatto sui rapporti di lavoro, ma pare opportuno analizzare le criticità anche sul piano del modello produttivo prescelto dai datori di lavoro e su cui si fondano queste pratiche al fine di reperire, in questo modo, nuove e più convincenti soluzioni di tutela che si affiancano alle garanzie *hard* assicurate nell'ambito dei rapporti di lavoro. Intendo riferirmi alla valorizzazione e promozione degli strumenti di responsabilità sociale e dei modelli di *diversity management* al fine di cementare

nei contesti lavorativi la cultura della prevenzione e della protezione della salute e sicurezza dei lavoratori.

Il tema delle responsabilità e degli obblighi datoriali in presenza di fattispecie caratterizzate da elementi di codatorialità si presta a molteplici prospettive di studio sia in relazione alle tutele da assicurare ai lavoratori nel rapporto di lavoro e, nella specie, sotto il profilo della salute e sicurezza, sia con riguardo alla necessità di proteggere i lavoratori coinvolti nel mercato del lavoro, affinché siano efficacemente assicurato un controllo sull'uso di queste relazioni lavorative in chiave antiabusiva.

Come è noto, infatti, per decentramento produttivo si intende il fenomeno per cui l'impresa acquista sul mercato alcuni prodotti o servizi invece di realizzarli al suo interno, contrapponendosi così due opzioni produttive: l'opzione del *make* secondo un modello di produzione gerarchico contro l'opzione del *buy*, corrispondente ad un modello di mercato. Tra questi due poli vi sono soluzioni intermedie, come ad esempio le reti di imprese che impongono un forte coordinamento tra i soggetti imprenditoriali.

Sul piano della regolamentazione giuslavoristica, con il termine «esternalizzazioni» si intendono diverse operazioni. In particolare, si ha *utilizzazione* indiretta di lavoro quando un soggetto dispone e beneficia dell'attività dei lavoratori assunti da altro soggetto (somministrazione, distacco, appalto e subappalto); di contro, si ha *acquisizione* indiretta quando un soggetto diviene il datore di lavoro in conseguenza del trasferimento dell'azienda (trasferimento di azienda). Come è risaputo, dalla metà degli anni '80 del secolo novecento, anche a causa del diffondersi di processi economici su scala mondiale a scapito di quelli a livello locale, abbiamo assistito alla fine del modello di *impresa fordista* e alla nascita di un nuovo modello di *impresa post-fordista* (*impresa a rete*), in cui l'organizzazione produttiva si realizza attraverso una rete di

contatti commerciali e di lavoro che permette all'impresa di coordinare i diversi fattori della produzione. Questa diversa struttura dell'impresa consente maggiore flessibilità organizzativa e produttiva e risponde alle esigenze di specializzazione e di adeguamento alle oscillazioni del mercato; le contrazioni della domanda sono affrontate attraverso i diversi rapporti contrattuali con gli altri soggetti fornitori di beni e servizi. La maggiore flessibilità organizzativa e la più semplice gestione dei costi commerciali in luogo della gestione dei costi del lavoro hanno rappresentato i fattori di forte attrattività di questo modello produttivo, tanto che si esternalizzano non solo attività secondarie, ma anche attività centrali e necessarie al *core business*, ossia *quelle attività essenziali che assicurano all'impresa il vantaggio competitivo*. In questo contesto fattuale i legislatori hanno di fatto assecondato queste prassi, potenziando o istituendo meccanismi che consentono alle imprese maggiori margini di riorganizzazione.

Si pensi all'iter di legalizzazione e alla liberalizzazione in tema di somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu (l. 24 giugno 1997, n. 196) al *Jobs Act* (artt. 30-40, d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015) anche se questa tendenza alla liberalizzazione ha subito un arresto per effetto del c.d. decreto dignità (d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. in l. 9 agosto 2018, n. 96). Allo stesso tempo, le riforme hanno reso gli appalti strumenti sempre più competitivi rispetto ad altre soluzioni produttive/organizzative e nella specie rispetto all'opzione di assunzione diretta della manodopera: si pensi, ad esempio, all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 che ha eliminato la regola della parità di trattamento tra lavoratori dell'appaltante e dell'appaltatore, creando di fatto le condizioni per ampliare l'uso di questo istituto.

In questi anni, tuttavia, l'ordinamento giuslavoristico ha iniettato limitati anticorpi per evitare gli abusi e, tra questi, le garanzie

sul piano retributivo (come, ad esempio, il principio di solidarietà in materia retributiva e previdenziale) e le tutele sul piano della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, anche se la corsa ad abbassare i costi del lavoro e, quindi, i costi di queste operazioni di esternalizzazione, nonostante queste garanzie, ha generato e continua a generare una sfrenata concorrenza tra i trattamenti economici collettivi, favorendo il fenomeno del *law shopping*, ossia della competizione al ribasso tra i trattamenti dei contratti collettivi con la scelta del contratto economicamente più vantaggioso e meno costoso. Si sta assistendo ad una sorta di concorrenza tra contratti collettivi foriera di un vero e proprio *dumping* sociale, il tutto aggravato dall'assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale in attuazione dell'art. 39 Cost., commi 2, 3, 4, che, se esistesse, consentirebbe di selezionare soggetti collettivi affidabili in grado di evitare trattative al ribasso.

Non manca qualche timido segnale positivo; dall'ultimo *Rapporto annuale sulla competitività dei sistemi produttivi* dell'ISTAT del 2017 (in www.istat.it), emerge che tra le strategie adottate nel 2016 prevalgono nettamente l'aumento della qualità dei prodotti e dell'innovazione e un più limitato il ricorso all'*outsourcing*, essendo rilevabile anche una timida tendenza al *reshoring* ossia a reinternalizzare attività e processi produttivi decentrati in precedenza.

Tuttavia, l'intreccio di diversi fattori di contesto, la stratificazione delle norme e il numero degli infortuni sul lavoro, che colpiscono i lavoratori coinvolti nelle catene di appalti, impongono di indagare più approfonditamente il sistema di responsabilità e i profili critici sotto il profilo della salute e sicurezza in quei contesti che la stessa Corte di Cassazione in una nota sentenza del 2009 ha definito *teatri lavorativi complessi* (Cass. 7.1.2009, n. 45), proprio a significare la complessità degli intrecci esistenti.

Di seguito, mi limiterò a rilevare alcuni profili problematici comuni nella regolazione degli obblighi e delle responsabilità in presenza di uno scenario lavorativo complesso per poi concentrare l'attenzione sulla somministrazione di lavoro, rinviando agli altri contributi del volume l'approfondimento dei profili più specifici in tema di responsabilità civile e penale negli appalti.

In primo luogo, in queste operazioni si realizza un'utilizzazione indiretta della forza-lavoro con l'inserzione fisica in un ambiente di lavoro e, più in generale, in un'organizzazione produttiva estranea o dove ci sono più organizzazioni lavorative che interagiscono. L'effetto di ciò è l'evidente estraneità dei lavoratori ai luoghi di lavoro, alle apparecchiature, alle procedure di produzione e al restante personale.

Ma la complessità deriva anche dalla tecnica legislativa adoperata: si assiste, infatti, ad un intreccio, spesso poco coerente, tra le norme specifiche in materia di salute e sicurezza (d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 e le continue modifiche) e le norme di regolazione della fattispecie negoziale (art. 29, d.lgs. n. 276/2003; artt. 30-40, d.lgs. n. 81/2015, e, inoltre, le eventuali disposizioni collettive), il tutto, ovviamente, nel quadro dei principi eurounitari fissati dalle direttive europee (e in particolare, dalla direttiva 91/383/Cee per lavoratori a termine e interinali e dalle direttive generali in tema di salute e sicurezza, direttiva n. 89/391/Cee e le varie direttive settoriali). Da ciò scaturisce spesso uno scarso coordinamento tra le norme nonché una stratificazione di interventi successivi.

Parimenti, se, sul piano dei principi generali, non v'è dubbio che l'obbligo di sicurezza generale ai sensi dell'art. 2087 c.c. gravi sull'appaltatore genuino, in quanto datore di lavoro, questa relazione di responsabilità è resa complessa a causa dell'*interferenza* dell'organizzazione del committente (in caso di appalti endoazien-

dali) o dei vari subappaltatori. Il testo unico n. 81/2008 si muove proprio nella prospettiva di individuare un sistema di *codatorialità* dell'obbligo di sicurezza per responsabilizzare, nelle diverse fasi della relazione, i soggetti che hanno la gestione dei rapporti di lavoro e il controllo dei luoghi dove viene consumata la relazione lavorativa: questa finalità, ossia governare le interferenze, è attuata con diversi rimedi indicati appunto nell'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008, tra cui spiccano, da un lato, gli obblighi a carico del solo committente, ossia l'informazione e il controllo sull'appaltatore, sui lavoratori autonomi (art. 26, co. 1, d.lgs. n. 81/2008); e dall'altro, gli obblighi a carico di tutti i codatori, ossia committente, appaltatore e subappaltatori, in relazione al dovere di cooperazione e di coordinamento per l'attuazione delle misure a tutela della salute e sicurezza (art. 26, co. 2, d.lgs. n. 81/2008), a cui si aggiunge la responsabilità del committente per i danni non indennizzabili dall'INAIL (art. 26, co. 4, d.lgs. n. 81/2008).

Rispetto al modello di codatorialità disegnato dal testo unico, è in atto una tendenza ad estendere ed ibridare gli obblighi a carico del soggetto datoriali: si pensi, ad esempio, all'obbligo a carico del committente di dare dettagliate informazioni sui rischi specifici collegati alla propria attività; la Cassazione ha infatti ribadito in alcune sentenze del 2012 (n. 8686 e n. 5420) che non è escluso, in ogni caso, l'obbligo di ciascun datore di informare sui rischi specifici collegati alla propria attività e che tale obbligo del committente si estende anche ai lavoratori dell'appaltatore. Secondo i Giudici di legittimità (Cass. 31.05.2012, n. 8686; Cass. 4.10.2012, n. 5420), tali obblighi del committente si estendono non solo agli appalti interni al ciclo produttivo, ma anche a qualsiasi fattispecie in cui avviene l'integrazione dell'attività economica purché il committente abbia la disponibilità materiale dei luoghi ovvero il relativo accesso (Cass. n. 17846 del 17.4.2012).

Questa tendenza ad una codatorialità “diffusa” è altresì visibile se si passa ad esaminare il sistema degli obblighi di cooperazione e coordinamento di cui all’art. 26, co. 2, del d.lgs. n. 81/2008, poiché tali obblighi gravano su tutti i datori di lavoro (committenti, appaltatori, subappaltatori, Cass. 25.06.2012, n. 25145; Cass. 30.11.2012, n. 46453; Cass. 12.5.2014, n. 19487) al fine di garantire la cooperazione per l’attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro e il coordinamento degli interventi di protezione e prevenzione, con l’obbligo di informarsi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze. La regia del coordinamento è del committente che deve redigere il Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze (DUVRI).

Anche in questo caso, la Corte di Cassazione è intervenuta ad allargare lo spettro di azione della codatorialità, ritenendo che tali obblighi di cooperazione/coordinamento hanno un contenuto ampio, ossia non limitato solo ai contatti rischiosi, ma anche alle attività preventive (Cass. 10 febbraio 2012, n. 5420). In ogni caso, gli obblighi di controllo, informazione, coordinamento e cooperazione sussistono a prescindere dalla qualificazione del titolo giuridico del rapporto, rilevando appunto l’interferenza tra le organizzazioni (Cass. 9.11.2015, n. 44792). Inoltre si precisa che l’interferenza non è solo il contatto rischioso tra lavoratori, ma anche l’interferenza di diverse organizzazioni (macchine, lavoratori, organizzazione dei fattori produttivi, Cass. 23.5.2013, n. 36398).

Nonostante questa positiva tendenza, permangono profili dubbi, tra cui l’accertamento della responsabilità penale, la cui trattazione si rinvia ad altri contributi presenti nel volume. Ad avviso di chi scrive, la lacuna più evidente è quella che riguarda gli strumenti deterrenti in grado di garantire l’effettiva attuazione degli

obblighi di coordinamento e cooperazione che sono alla base del sistema anti-interferenze.

È noto che non è espressamente sancita la nullità dell'appalto in caso di mancata allegazione del DUVRI al contratto di appalto; la nullità è fissata dalla legge solo nel caso di omessa indicazione dei costi della sicurezza nel contratto di appalto (art. 26, co. 5, d.lgs. n. 81/2008). È chiaro che invece la sanzione della nullità o comunque un rimedio che colpisce la pattuizione commerciale potrebbe essere più temuta per paura delle perdite commerciali e dei guadagni e quindi il DUVRI potrebbe avere un'effettiva funzione di prevenzione e di individuazione dei profili di responsabilità.

Apparentemente meno problematico è il quadro normativo in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori in somministrazione.

Le disposizioni di protezione possono essere raggruppate in due categorie in ragione delle diverse fasi in cui gli obblighi gravano sui soggetti datoriali, ossia nel momento della costituzione del rapporto di lavoro in somministrazione e durante la sua esecuzione. Nella prima categoria rientrano disposizioni diverse per contenuto e finalità, ma che tuttavia sono accomunate dalla *ratio* sopra detta; ne fanno parte le norme che riguardano i casi in cui è vietato il ricorso al lavoro in somministrazione e, tra questi, il divieto di ricorrere alla somministrazione per i datori di lavoro che non hanno adempiuto all'obbligo di redigere il documento di valutazione dei rischi (art. 32, d.lgs. n. 81/2015) e le disposizioni che riguardano il contenuto del contratto di somministrazione (art. 33, co. 1, lett. c, d.lgs. n. 81/2015).

Più articolato è il quadro delle disposizioni a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori somministrati nella fase di esecuzione del rapporto di lavoro. Si tratta di una materia che impone la necessità di coinvolgere le due entità datoriali, ciascuna in relazione

a precisi obblighi, al fine di garantire l'adozione delle misure di sicurezza e prevenzione a tutela della salute dei lavoratori da parte dell'utilizzatore (art. 35, co. 4, d.lgs. n. 81/2015), nonché l'obbligo a carico dell'agenzia di stipulare l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte (art. 37, co. 3, d.lgs. n. 81/2015) e, infine, un'adeguata formazione professionale e informazione sulle condizioni di lavoro (art. 35, co. 4, d.lgs. n. 81/2015; artt. 36 e 37, d.lgs. n. 81/2008). Costituisce una norma di chiusura la prescrizione secondo cui bisogna computare nell'organico aziendale i lavoratori somministrati con riferimento alle leggi in materia di igiene e sicurezza sul lavoro (art. 34, co. 3, d.lgs. n. 81/2015), in base al numero di ore di lavoro effettivamente prestato nel semestre (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 81/2008).

Di tutte queste norme citate, vorrei soffermare l'attenzione su due profili che riguardano la prevenzione e il coordinamento per la gestione dei rischi per la sicurezza nei luoghi di lavoro.

In primo luogo, sussistono crepe sul piano della prevenzione se si analizza il divieto di ricorrere al lavoro in somministrazione per le imprese che non hanno compiuto la valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 32, co. 1, lett. d, decreto legislativo n. 81/2015). Nella legge n. 196/1997 era salvaguardata la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dall'insorgenza di rischi generici, vietando il ricorso al lavoro temporaneo alle imprese che non dimostravano alla Direzione Provinciale del Lavoro di aver compiuto la valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori (art. 1, co. 4, lett. e, l. n. 196/1997), ma anche dall'eventuale verificarsi di rischi specifici, inibendo la possibilità di concludere contratti di lavoro temporaneo per lavorazioni che richiedevano una sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministro

del Lavoro (art. 1, co. 4, lett. f, l. n. 196/1997) e per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali di categoria il cui svolgimento poteva presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore o di soggetti terzi (art. 1, co. 4, lett. a, l. n. 196/1997). Già nel decreto legislativo n. 276/2003 e attualmente nel decreto n. 81/2015 si ammorbidisce l'obbligo a carico del soggetto datoriale che non deve più "dimostrare" all'autorità amministrativa di avere effettuato la valutazione dei rischi e, allo stesso tempo, si rifiuta l'aprioristica classificazione delle mansioni o delle attività in ragione della rispettiva pericolosità da chiunque sia fatta (Ministero o organizzazioni sindacali). Riguardo al primo profilo la verifica dell'adempimento dell'obbligo in materia di valutazione dei rischi è eventuale in quanto viene in considerazione solo in sede di contestazione da parte del lavoratore o dell'autorità amministrativa, mentre nell'originaria regolamentazione del 1997 il datore di lavoro doveva dimostrare alla Direzione Provinciale del Lavoro l'effettuazione della valutazione dei rischi. È evidente che c'è stato, se non un vero e proprio arretramento, un depotenziamento del meccanismo di tutela a scapito dei lavoratori coinvolti soprattutto sul piano della prevenzione dei rischi. A mitigare parzialmente gli effetti negativi connessi alla riscrittura della norma operata dal decreto n. 276/2003 è intervenuta la giurisprudenza che ha imposto stringenti oneri probatori, poiché incombe sul datore di lavoro, che intenda sottrarsi alle conseguenze della violazione del divieto, l'onere di provare l'avvenuta redazione del documento producendo in giudizio la relativa documentazione, essendo inammissibile la prova testimoniale (cfr. T. Firenze, 1 giugno 2010, in *Diritto e lavoro – Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, p. 749, nt. AMORIELLO A. Firenze, 11 luglio 2013, n. 864; T. Torino, 18 luglio 2012, n. 2609; T. Trapani, 12 dicembre 2008, tutte in *Banche Dati DeJure*, Milano, Giuffrè).

Ma la lacuna più evidente si ha sul piano del coordinamento. Nel sistema normativo a tutela dei lavoratori in somministrazione (e dei lavoratori flessibili/atipici) pare difettare proprio la valorizzazione di queste tipologie contrattuali nell'ambito del sistema di coordinamento che i datori di lavoro devono porre in essere in presenza di *teatri lavorativi complessi* (Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, in *Diritto e lavoro-Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, p. 177). Come è noto, infatti, la considerazione dei specifici rischi connessi al tipo di contratto di lavoro è obbligatoria nell'ambito della redazione del documento di valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 28, d.lgs. n. 81/2008 che il datore di lavoro deve effettuare e, quindi, anche l'utilizzatore. Tuttavia, molto spesso l'uso di lavoratori in somministrazione avviene in relazione ad attività produttive già oggetto di esternalizzazione attraverso l'uso, ad esempio, dell'appalto. L'assenza di una valutazione *ad hoc* dei rischi da interferenza in presenza di lavoratori somministrati nell'ambito del documento di valutazione di rischi interferenziali di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 potrebbe ulteriormente indebolire, sul piano della prevenzione e protezione, la posizione di questi lavoratori quando operano in un contesto organizzativo e lavorativo multidatoriale. Questa lacuna rischia di diventare una voragine nel sistema di protezione, considerando che le interazioni tra i diversi strumenti del decentramento produttivo rappresentano un'opzione molto ricorrente.