

Introduzione

I PRINCIPI POSTI DALLA CARTA COSTITUZIONALE



La tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro trova molteplici riferimenti sul piano normativo.

Il riordino della disciplina in materia operato con il d.lgs. del 9 aprile 2008, n. 81 (c.d. Testo Unico), di attuazione della delega prevista dalla legge n. 123/2007, così come integrato e corretto dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, con le modifiche più di recente apportate dall'art. 20, del d.lgs. n. 151/2015, sviluppa e porta a pieno compimento principi che la Carta costituzionale aveva posto a base del nostro ordinamento. Modello costituzionale, frutto di una comune volontà tra forze politiche assai diverse tra loro, improntato ad una forte carica di tutela e valorizzazione della persona e del lavoro¹.

Le norme costituzionali alle quali fare riferimento, che vanno lette in stretta connessione tra loro, sono principalmente gli artt. 32, 35 e 41.

L'art. 32, 1° comma, Cost. considera la salute, compresa quella sul lavoro, come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»; la lettura coordinata di tale norma con quanto disposto dall'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce «i diritti inviolabili dell'uomo» sia come singolo che nelle «formazioni sociali» in cui si esplica la sua personalità, mette in rilievo come la protezione della salute nel nostro ordinamento sia oggetto di una tutela «avanzata» in quanto non limitata alla sola dimensione individuale del diritto alla vita ed alla incolumità psico-fisica, proiettandosi in una prospettiva più ampia come «diritto all'ambiente salubre»². Si distingue dunque nell'art. 32 Cost. un *profilo individuale* ed

¹ Cfr. C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 425 ss.; cfr. anche L. MONTUSCHI, *La Costituzione e i lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 153 ss.

² Cfr. in particolare Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss.; C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, pp. 414-415.

un *profilo collettivo* (generale). Il fatto peraltro che il diritto alla salute sia affermato come *diritto fondamentale* sta a significare che esso ha un rilievo preminente rispetto ad altri diritti pur riconosciuti dalla Costituzione (in particolare riguardo alla libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*)³.

Il diritto alla salute si configura del resto come *diritto indisponibile*, sottratto in quanto tale alla libera potestà dello stesso beneficiario. Esso è riconducibile ai *diritti della personalità*, intrasmissibili per struttura, in quanto inseparabili dal soggetto, ed irrinunciabili per ragioni di ordine etico sociale⁴. In riferimento al diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro si è peraltro osservato che più che di indisponibilità del diritto, si tratta di indisponibilità della *garanzia giuridica* sottesa alla tutela della persona⁵. In tali casi l'interesse pubblico a protezione del valore della persona opera una vera «confisca» dell'autonomia individuale di entrambe le parti del rapporto di lavoro⁶.

Accanto al profilo individuale è affermata l'esistenza di un «*interesse della collettività*» alla salute, ivi compresa quella sul lavoro, anche per i costi sociali che un elevato numero di infortunati/ammalati comporta a carico di ciascun contribuente. Alla sorveglianza di tale interesse è infatti preposto l'apparato pubblico di controllo (affidato principalmente alle Asl e per taluni ambiti all'Ispettorato del lavoro). L'interesse generale (o diffuso) alla salute, caratterizzato dal riferirsi ad un numero imprecisato di soggetti, si distingue d'altro lato dall'interesse collettivo, inerente ad una collettività o ad un gruppo specifico di persone, potendosi configurare tra i due interessi un rapporto di «*genere a specie*»⁷.

È da aggiungere che anche gli interessi collettivi possono essere tutelati in modo immediato e diretto dall'ordinamento giuridico, sì da assurgere a veri e propri diritti⁸. Il primo esplicito riconoscimento legislativo della dimensione collettiva dell'interesse alla sicurezza del lavoro si è avuto con l'art. 9 Stat. lav., del 1970,

³ Cfr. già Corte cost. n. 29/1957, in *Giur. cost.*, 1957, p. 404. Cfr. sul punto in particolare G. LOY, *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, Padova, 1996, pp. 4-5.

⁴ Sui diritti della personalità cfr. già A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, IV, t. I, Milano, 1959, p. 81 ss.; G. BRANCA, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *FP*, 1959, I, p. 803 ss.; in particolare C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da G. MAZZONI e L. RIVA SANSEVERINO, II, Padova, 1971, p. 717 ss.

⁵ Cfr. in tal senso C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 995.

⁶ Così C. CESTER, *op. cit.*, p. 995.

⁷ Cfr. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, p. 76, nota 50.

⁸ Cfr., tra le altre, Cass. pen., S.U., 21 aprile 1989, n. 6168, in c. Iori, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 841. Per ulteriori considerazioni sulla «salubrità dell'ambiente di lavoro» come *diritto soggettivo collettivo*, cfr., tra gli altri, M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, p. 354 ss.

mediante la previsione di rappresentanze specifiche dei lavoratori in materia, poi sviluppatasi nella figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (Rls), potenziata nella sua dimensione territoriale e di sito produttivo dagli artt. 47-50, del d.lgs. n. 81/2008⁹.

Altra previsione di particolare significato è l'art. 35, 1° comma, Cost., secondo cui «*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni*». Dalla norma si possono trarre indicazioni di notevole interesse, dal momento che la tutela ivi prevista ha per oggetto non solo il lavoro subordinato, ma anche il lavoro autonomo o comunque il lavoro svolto in situazioni di soggezione o sottoprotezione¹⁰. È una prospettiva innovativa solo di recente affrontata. La disciplina dei profili inerenti le diverse tipologie contrattuali introdotte dal d.lgs. n. 276/2003, di attuazione della c.d. «legge Biagi», come riformata dal d.lgs. n. 81/2015¹¹, dispersa in una pluralità di norme, è stata unificata nel Testo Unico sulla salute e sicurezza del lavoro, che estende il suo campo di applicazione «*a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati ...*» (art. 3, 4° comma, d.lgs. n. 81/2008)¹². È da segnalare inoltre l'introduzione di primi obblighi e relative sanzioni, per i componenti dell'impresa familiare e per i lavoratori autonomi¹³.

Ma è in particolare dalla lettura dell'art. 41 che si ricava la chiara volontà del costituente: il 1° comma stabilisce che «*l'iniziativa economica privata è libera*», ma subito dopo il 2° comma aggiunge che essa «*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». Ne consegue che la salute, quale fondamentale diritto del lavoratore ed interesse della collettività, non può essere considerata un mero auspicio o una fase tendenziale dell'organizzazione produttiva, ma di quest'ultima costituisce una precisa condizione di esercizio. Nella dialettica, propria delle relazioni industriali, tra logica produttivistica ed esigenze di tutela del lavoro è dunque la salvaguardia dell'integrità psico-fisica dei lavoratori a rappresentare il momento privilegiato, non potendo il datore di lavoro invocare l'art. 41 Cost. per giustificare scelte organizzative che possano mettere a repentaglio la sicurezza dei propri dipendenti o collaboratori. Il legame tra sicurezza ed organizzazione del lavoro, che si esprime nel fondamentale obbligo di carattere preventivo e ricorrente della valutazione dei rischi, costituisce principio ispiratore del modello prevenzionale delineato dal d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i.

⁹ Cfr. *infra*, cap. 3.

¹⁰ Cfr., tra le altre, Corte cost. n. 180/1984 e Corte cost. n. 880/1988. Per l'applicazione della disciplina in esame oltre i confini del lavoro subordinato, cfr., più di recente, Cass. n. 24538/2015.

¹¹ Cfr. *infra*, cap. 5.

¹² Si veda anche la nuova definizione di *lavoratore*, di cui all'art. 2, 1° comma, lett. a).

¹³ Cfr. art. 21, d.lgs. n. 81/2008, *infra*.

Spunti problematici sono derivati peraltro dall'assetto istituzionale conseguente alla revisione del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3/2001), che attribuisce, tra l'altro, alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni la materia della «tutela e sicurezza del lavoro». La proposta di modifica costituzionale, respinta dal referendum del 4 dicembre 2016, sembrava fare chiarezza al riguardo, tramite la soppressione della discussa area di legislazione concorrente e l'affidamento della materia della «tutela e sicurezza del lavoro» alla potestà legislativa esclusiva dello Stato¹⁴. A ben vedere l'area della salute e sicurezza del lavoro è quella che meno si presta a discipline differenziate su base regionale; ciò sia per il suo essere diretta espressione di diritti fondamentali della persona, garantiti dalla Costituzione, che richiedono nei loro tratti sostanziali un'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, sia per lo stretto legame con l'apparato sanzionatorio penale per i casi di violazione, sia infine per l'ampia produzione di direttive comunitarie in materia, per la trasposizione delle quali, sul piano interno, sussiste una responsabilità primaria da parte dello Stato¹⁵.

Posto che anche le Regioni, nelle materie di loro competenza sono tenute ad attuare le norme di derivazione comunitaria (art. 117, 5° comma, Cost.) è da ritenere infatti che rimanga «pur sempre lo Stato centrale, nella qualità di interlocutore primario dell'Unione europea, il garante ultimo, nei confronti degli organi dell'Unione, dell'adempimento degli obblighi comunitari»¹⁶. La mancata trasposizione da parte delle Regioni degli obblighi comunitari può peraltro dar luogo al potere sostitutivo statale, ex art. 117, 5° comma, ultima parte, Cost., potere esercitato proprio in tema di sicurezza del lavoro, mediante l'inserimento di c.d. «clausole di cedevolezza» nei più recenti decreti legislativi attuativi di norme europee¹⁷.

Più in generale è da osservare che la giusta valorizzazione delle specificità territoriali deve tener conto della tendenziale vocazione universalistica dei diritti civili e sociali (fondamentali), in quanto diritti delle persone prima che di appartenenti a determinate comunità locali¹⁸. Tale prospettiva non preclude del resto la

¹⁴ Cfr. la prospettata riformulazione dell'art. 117, 2° comma, lett. o), Cost. (art. 31, della legge costituzionale "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione", pubblicata nella G.U. n. 88, del 15 aprile 2016.); cfr. anche per riferimenti, tra gli altri, A. DI CASOLA, *Sicurezza del lavoro e assetto costituzionale delle fonti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, specie p. 139 ss.

¹⁵ Cfr., anche per riferimenti, M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, 2006, p. 218 ss.

¹⁶ Cfr. A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative sulla «sicurezza del lavoro»*, in M. RUSCIANO-G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Commentario di Diritto del lavoro diretto da F. Carinci, vol. VIII, Torino, 2007, p. 44.

¹⁷ Cfr. G. NATULLO, *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in *Riv. giur. lav.*, I, suppl. al n. 2, 2007, pp. 69-70; A. TROJSI, *op. cit.*, p. 45. Cfr. in tal senso lo stesso art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 81/2008.

¹⁸ Cfr. in particolare M.V. BALLESTRERO, *Differenze e principio di uguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2001,

possibilità di interventi da parte delle Regioni nella materia qui considerata. A titolo esemplificativo, le aree di intervento delle Regioni e degli altri enti autonomi territoriali in materia di salute e sicurezza del lavoro, fermo restando l'attuale ambito di operatività della legislazione prevenzionale¹⁹, potranno riguardare la garanzia di un'efficace attività di informazione, consulenza ed assistenza nei confronti delle imprese e dei lavoratori, la previsione di incentivi e di norme premiali nonché un più marcato coordinamento tra tutti gli organi che operano nel campo delle attività di prevenzione e di vigilanza (cfr. al riguardo in particolare l'art. 7, del d.lgs. n. 81/2008)²⁰.

In conclusione, per quanto sopra esposto, i principi stabiliti dalla Costituzione italiana, insieme alle decisioni della Corte costituzionale che hanno contribuito a precisare la portata della normativa di prevenzione²¹, conservano una stringente attualità.

Volendo ripercorrere in rapida sintesi l'evoluzione della normativa italiana in materia di salute e sicurezza del lavoro si può affermare che:

– gli anni '50-'60 hanno introdotto una disciplina, basata in particolare sui d.p.r. n. 547/1955 sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e n. 303/1956 sull'igiene del lavoro, che già poneva obblighi a carico dei datori di lavoro, senza tuttavia riconoscere uno spazio specifico di tutela collettiva. La giurisprudenza era peraltro ancora lontana dall'affermare l'esistenza di un diritto soggettivo del lavoratore alla sicurezza;

– la fine degli anni '60 e i primi anni '70 hanno rappresentato il momento di maggior elaborazione in materia, nonché di acquisizione sul piano contrattuale e legislativo, in particolare con l'art. 9 Stat. lav.;

p. 429. Sui diritti sociali fondamentali nella prospettiva europea cfr., tra gli altri, P. LOI, *La Sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino, 2000, p. 223 ss.

¹⁹ La legislazione regionale potrà legittimamente prevedere un'estensione del campo di applicazione della normativa prevenzionale e più in generale un miglioramento dei livelli di tutela. Cfr. al riguardo in particolare P. PASCUCI, *Brevi note sulle competenze delle Regioni in tema di disciplina della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 13/2012.

²⁰ In tema di attività ispettiva il nuovo Ispettorato nazionale del lavoro, istituito con d.lgs. n. 149/2015, si limita ad esercitare e coordinare la vigilanza negli specifici settori di sicurezza del lavoro già attribuiti al Ministero del lavoro (ad esempio nel settore delle costruzioni), dovendo coordinarsi, tra l'altro, con i servizi ispettivi delle aziende sanitarie locali, che mantengono le loro competenze in materia. Sviluppi ulteriori potrebbero tuttavia derivare dal richiamo al criterio dell'*assorbimento*, in base al quale non sarebbe possibile scindere la competenza a regolare l'attività di vigilanza dall'individuazione della materia cui essa si riferisce (affermato da Corte cost., con sentenza 14 ottobre 2005, n. 384, per respingere, salvo limitate eccezioni, i ricorsi presentati da alcune Regioni contro le norme della c.d. "legge Biagi" sulla riforma dei servizi ispettivi in materia di previdenza sociale e di lavoro – art. 8, legge n. 30/2003 e d.lgs. n. 124/2004).

²¹ Per una rassegna delle decisioni della Corte cost., cfr. A. D'ORO, *Giurisprudenza costituzionale e sicurezza del lavoro*, in *ISL*, inserto, n. 3/2007; cfr. anche A. DI CASOLA, cit., p. 121 ss.

– in realtà, nonostante la riforma sanitaria (legge n. 833/1978), già alla fine degli anni '70 e per tutti gli anni '80 tale spinta è rimasta bloccata, sia per il riapparire di forme nuove di monetizzazione del rischio sia per la priorità data ai temi dell'occupazione e della salvaguardia delle retribuzioni. La tutela della salute del lavoro è dunque rimasta affidata all'iniziativa di volenterosi «appassionati» della materia o di magistrati sensibili, con interventi spesso significativi ma al di fuori di una strategia più ampia;

– gli anni '90 vedono emergere una nuova attenzione alle questioni relative alla salute e sicurezza del lavoro grazie soprattutto all'impulso della normativa Ce. In tale contesto il provvedimento più significativo è senza dubbio il d.lgs. n. 626/1994, di recepimento di direttive comunitarie, e successive modifiche ed integrazioni;

– negli anni 2000 l'interesse si è incentrato sulle proposte per l'emanazione di un Testo Unico di riordino e coordinamento della normativa esistente, poi scaturite nel d.lgs. n. 81/2008, come integrato e corretto dal d.lgs. n. 106/2009. Ulteriori modifiche, nella prospettiva della semplificazione normativa, sono state apportate nel 2013 nonché con le disposizioni attuative del c.d. "Jobs Act" (art. 20, d.lgs. n. 151/2015).

Capitolo 1

IL DOVERE DI SICUREZZA DI CUI ALL'ART. 2087 C.C.



SOMMARIO: 1.1. La qualificazione delle situazioni giuridiche derivanti dall'art. 2087 c.c. – 1.2. Il contenuto del dovere di sicurezza: i criteri desumibili dall'art. 2087 c.c. – 1.3. In particolare il principio della «massima sicurezza tecnologicamente possibile». – 1.4. Dovere di sicurezza e legislazione prevenzionistica. – 1.5. Dovere di sicurezza e limitazione dei poteri organizzatori del datore di lavoro. – 1.6. L'autotutela del diritto alla sicurezza.

1.1. La qualificazione delle situazioni giuridiche derivanti dall'art. 2087 c.c.

L'esame delle posizioni soggettive dei lavoratori non può che iniziare da una riflessione sulla natura del dovere di sicurezza, quale configurato dalle norme costituzionali e soprattutto dall'art. 2087 c.c., norma «elastica» per eccellenza, a cui la disciplina di derivazione comunitaria ha apportato notevoli specificazioni, ma che mantiene una perdurante attualità proprio per il suo contenuto aperto¹.

È noto il rilievo dei principi generali contenuti nell'art. 2087 c.c. sull'intero quadro normativo prevenzionale. L'art. 2087 infatti come «norma di chiusura», viene a completare e supportare la legislazione tecnica sugli infortuni e l'igiene del lavoro ed è peraltro richiamato ai fini dell'individuazione e valutazione della responsabilità in sede penale del datore di lavoro.

In merito alla qualificazione giuridica delle situazioni soggettive derivanti

¹ Per l'ampia letteratura sull'art. 2087 c.c., si rinvia a P. ALBI, *Sub art. 2087 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), (già M. GRANDI-G. PERA), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, p. 444 ss.; ID., *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, p. 148 ss.; L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, p. 501 ss.

dall'art. 2087 c.c., la dottrina giuslavoristica ha espresso orientamenti divergenti principalmente riconducibili da un lato alle tesi c.d. «contrattualiste», dall'altro a quelle extracontrattuali, anche se non sono mancati orientamenti volti a contemperare i profili pubblicistici e privatistici desumibili dalla norma in esame².

In particolare un'autorevole interpretazione ha messo in evidenza il carattere «bifrontale» dell'art. 2087 c.c., configurandosi il diritto alla salute sul lavoro come diritto della personalità ed al contempo come diritto di matrice contrattuale³.

I tentativi di collocare la norma in questione in uno schema puramente contrattuale-privatistico o in uno di tipo puramente pubblicistico non appaiono infatti soddisfacenti. Se da un lato la previsione contenuta nell'art. 2087 c.c. mostra di possedere una operatività ulteriore rispetto ai confini segnati dall'esistenza di un vincolo contrattuale, in virtù dell'interesse generale ad essa sotteso, dall'altro «... è solo introducendo quella tutela nell'ambito della relazione contrattuale, e vincolandone l'esplicazione all'intima logica di questa, che si consegue il risultato di garantire al lavoratore subordinato una reale posizione differenziata di tutela»⁴, tramite il riconoscimento di un autonomo diritto soggettivo in capo al lavoratore.

Pur tuttavia l'art. 2087 c.c. non può essere relegato in un ambito afferente le sole relazioni negoziali derivanti dall'esistenza di un contratto di lavoro subordinato.

A tale conclusione si può pervenire sia dall'esame del dato testuale e sistematico, dal momento che il dovere di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. è imposto «nell'esercizio dell'impresa»⁵ ed è collocato nella sez. I, del Capo I, del Titolo II, c.c., accanto alla definizione di imprenditore ed alle condizioni generali per svolgere attività produttive⁶, sia dall'assetto complessivo degli interessi protetti.

Prescindendo dalla ripartizione, operata dalla dottrina, tra diritti assoluti e diritti relativi, si può affermare più semplicemente che il diritto alla salute ed alla integrità psico-fisica è una norma di carattere generale⁷, rispondente ad un inte-

² Per un esame delle diverse posizioni della dottrina sia consentito rinviare a M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002, p. 2 ss.

³ Cfr. in particolare C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, III ed., Milano, 1974, p. 78 ss.

⁴ Così L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* (diretto da L. Riva Sanseverino-G. Mazzoni), II, Padova, 1971, p. 448. La natura contrattuale della responsabilità derivante dall'art. 2087 c.c., anche mediante il richiamo all'art. 1374 c.c. (sull'integrazione del contratto), è da tempo principio affermato in giurisprudenza; cfr., tra le altre, Cass., 23 aprile 2008, n. 10529, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 795 ss., con nota di V. PASQUARELLA; Cass., 7 gennaio 2009, n. 45, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 342, con nota di S. VARVA.

⁵ Da intendersi come attività organizzata.

⁶ Cfr. in tal senso L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro*, cit., p. 502. L'autore tuttavia da tale premessa non trae le conseguenze qui sostenute limitando la portata dell'art. 2087 c.c. all'area del lavoro subordinato, p. 524.

⁷ Sulla distinzione, in riferimento alle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali, tra *norme-regole* e *norme-principio*, cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 126 ss.

resse della collettività, che trova positivo riconoscimento in fonti diverse del nostro ordinamento (costituzionali, legislative, contrattuali).

Si può pertanto ritenere che il dovere di sicurezza *ex art.* 2087 sia per certi versi preesistente alla disciplina contrattuale e si ponga come condizione per il legittimo svolgersi dell'iniziativa economica privata (art. 41, 2° comma, Cost.).

D'altro lato la tutela posta dalla norma in esame trova proprio nel contratto di lavoro subordinato il suo sviluppo più incisivo, dal momento che dovrà esplicarsi secondo i connotati tipici di quest'ultimo, in ragione dei più penetranti e specifici obblighi di cura posti a carico del datore di lavoro⁸.

La soluzione qui prospettata, valorizzando la generale portata preventiva contenuta nell'art. 2087 c.c. mira a ridurre il divario esistente tra lavoratori «ai quali è garantito l'esercizio dei diritti della persona (e della salute) nei luoghi di lavoro e quelli ai quali non è assicurata alcuna tutela»⁹; divario ora attenuato dall'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina prevenzionistica, operato dal d.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro).

Ciò risulta avvalorato da quella parte della giurisprudenza, anche recente¹⁰, e dalla stessa legislazione prevenzionale che non limita la disciplina ivi contenuta al lavoro dipendente¹¹.

⁸ Sono tuttora attuali le considerazioni di L. RIVA SANSEVERINO, *Debito di sicurezza e funzioni dell'Enpi*, in *Prev. infort.*, 1956, secondo la quale «la garanzia di sicurezza (posta dall'art. 2087 c.c.), la quale fa parte delle responsabilità inerenti all'esercizio dell'impresa, si concreta e si specifica poi nei riguardi del prestatore di lavoro titolare del relativo contratto; il contratto di lavoro rappresenta quindi, non tanto la fonte dell'obbligo, quanto la condizione necessaria perché l'obbligo divenga effettivo».

⁹ Così L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro*, cit., p. 525.

¹⁰ Cfr. Cass., 2 dicembre 2015, n. 24538. Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale volta ad estendere la tutela antinfortunistica «a tutti gli addetti, "anche solo di fatto", a una data attività lavorativa, prescindendo dalle modalità di assunzione al lavoro e dall'eventuale mancato perfezionamento del contratto», cfr. Cass., 22 marzo 2002, n. 4129, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 312 con nota di G. GAETA. Più in generale cfr. L. FANTINI, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 131 ss. È d'altro lato da segnalare che la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, *ex art.* 2087 c.c., può concorrere con la sua stessa responsabilità extracontrattuale, fondata sul generale obbligo di *neminem laedere* espresso dall'art. 2043 c.c., qualora dalla medesima violazione sia derivata anche la lesione di diritti che spettano al lavoratore in quanto persona, indipendentemente dal rapporto di lavoro; cfr. in tal senso, Cass., 8 maggio 2007, n. 10441, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 571, con nota di G. CANNATI. L'obbligo del datore di lavoro di tutelare la sicurezza di chiunque si trovi, per qualsiasi ragione, ad operare (non illegalmente) nell'ambiente lavorativo, ivi compresi i terzi, è pacificamente affermato in sede penale; cfr., tra le altre, Cass. pen., 2 maggio 2016, in c. Lombardi; Cass. pen., 27 gennaio 2015, in c. Coco; Cass. pen., 15 ottobre 2014, in c. Cinque; per ulteriori riferimenti cfr. R. GUARNIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2015, p. 155 ss.

¹¹ Il d.lgs. n. 81/2008, anche a seguito dell'emanazione in ambito comunitario della raccomandazione n. 2003/134/CE, relativa al *Miglioramento della protezione della salute e della sicurezza sul lavoro dei lavoratori autonomi*, ha incluso nel suo campo di applicazione i lavoratori autonomi *ex art.* 2222 c.c. (art. 3, 11° comma), venendo ad operare nei loro confronti le disposizioni di cui agli artt. 21 e 26.

L'art. 2087 c.c. assume connotati di forte attualità, soprattutto nella parte relativa alla tutela della «personalità morale» del lavoratore, in relazione all'evoluzione in tema di diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro¹².

La norma codicistica è stata infatti sovente richiamata per situazioni finora non sufficientemente regolate sul piano legislativo (es. *mobbing*, molestie sessuali, malattie psichiche e psicosomatiche da stress e disagio lavorativo)¹³ o in materia di valutazione del danno biologico¹⁴. Si è evidenziato tuttavia come per tali ipote-

¹² Cfr. in particolare C. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 447 ss.

¹³ Connesse a disfunzioni dell'organizzazione del lavoro (c.d. «costrittività organizzativa»), oggetto di considerazione anche in sede Inail. Al riguardo è da sottolineare come il TAR del Lazio, con sent. 4 luglio 2005, abbia annullato la circolare Inail n. 71/2003, che era intervenuta in materia, in quanto «mirante ad integrare surrettiziamente il complesso delle malattie c.d. «tabellate»»; l'illegittimità della circolare è stata confermata da Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2009, n. 1576. La nozione di «costrittività organizzativa» mantiene peraltro rilievo, dal momento che il d.m. 11 dicembre 2009, recante aggiornamento dell'elenco delle malattie per le quali è obbligatoria la denuncia ai sensi dell'art. 139, d.p.r. n. 1124/1965 e s.m.s., confermato sul punto dal d.m. 10 giugno 2014, nel prevedere alcune malattie psichiche e psicosomatiche, le ricollega espressamente a disfunzioni dell'organizzazione del lavoro, seppur al più limitato fine dell'obbligo di denuncia agli enti preposti da parte del medico.

Il *mobbing* consiste in una condotta sistematica e protratta nel tempo, con caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, finalizzata intenzionalmente alla emarginazione del lavoratore, con conseguente lesione sul piano professionale o sessuale o morale o psicologico o fisico (cfr., tra le altre, Cass., 28 agosto 2013, n. 19814, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 63, con nota di E. PASQUALETTO; Cass., 23 novembre 2015, n. 23837, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 258, con nota di M. AVOGARO), in ciò distinguendosi dallo *stress organizzativo*, configurabile come «l'insieme di reazioni fisiche ed emotive che si manifesta quando le richieste poste dal lavoro non sono commisurate alle capacità, risorse o esigenze del lavoratore». Tale è la definizione fornita dal National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH), *Stress at work*, 1999. Fattispecie intermedia è lo *straining*, che se da un lato attesta una condotta ostile, di carattere intenzionale e discriminatoria, con conseguenze durature sulle condizioni lavorative, dall'altro si differenzia dal *mobbing*, in quanto manca la sistematicità, la frequenza e la regolarità delle azioni ostili perpetrate ai danni della vittima; per la prima applicazione in campo giuridico, cfr. Trib. Bergamo, 21 aprile 2005; per approfondimenti cfr. A. CORVINO, *Mobbing, straining ed altre etichette*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 801 ss.; S. FERRUA, *Evoluzione dei «nuovi rischi lavorativi»: dal mobbing allo straining*, in *ISL*, 2007, p. 495 ss. Per le pronuncie della Corte cost. sulla normativa regionale in tema di *mobbing* (con particolare riguardo a Corte cost. 27 gennaio 2006, n. 22 ed a Corte cost. 22 giugno 2006, n. 238, che hanno ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate rispettivamente nei confronti della legge della Regione Abruzzo, n. 26/2004, e della legge della Regione Umbria, n. 18/2005; si veda anche Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359 sulla incostituzionalità della legge della Regione Lazio, n. 16/2002) cfr. P. TULLINI, *Nuovi interventi della Corte Costituzionale sulla legislazione regionale in materia di mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 502 ss. Per riferimenti in tema di *mobbing* cfr., più di recente, R. PELLECCIA, *Il mobbing: fattispecie e tutele*, in G. NATULLO, (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 957.

¹⁴ Sul rapporto tra obbligo di sicurezza e danno biologico si vedano già, tra gli altri, L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 317 ss.; M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995; F. MALZANI, *L'ambiente di lavoro quale terreno elettivo di applicazione del c.d. danno biologico*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 349 ss. Ad una nozione ampia di *danno non patrimoniale*, risarcibile in caso di violazione di un interesse

si, al pari di quelle tradizionali relative alla tutela dell'integrità fisica, si sia privilegiato l'aspetto risarcitorio della norma più di quello prevenzionale¹⁵; da qui la necessità di individuare nuove tecniche di tutela.

1.2. Il contenuto del dovere di sicurezza: i criteri desumibili dall'art. 2087 c.c.

Particolare attenzione meritano le problematiche attinenti al contenuto del dovere di sicurezza. Ai sensi dell'art. 2087 c.c. «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Si può in primo luogo considerare superato l'orientamento, soprattutto dottrinale, che in una prima fase applicativa, richiamandosi al dato testuale e sistematico, riteneva l'art. 2087 c.c. non applicabile ai rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio di impresa¹⁶ e ciò in contrasto sia con la *ratio* della norma che con il suo necessario collegamento con le disposizioni della legislazione tecnica nonché con quelle di derivazione comunitaria, le quali individuano come soggetto obbligato il «datore di lavoro»¹⁷, a prescindere peraltro dalla sua natura privata o pubblica.

È da ribadire come il tratto peculiare del dovere di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. sia rappresentato proprio dalla sua funzione prevenzionale, quale condizione per l'esercizio di attività produttiva organizzata, in vista del positivo apprestamento

della persona costituzionalmente protetto, con conseguente inutilità di una suddivisione in categorie (biologico, morale, esistenziale) si rifanno le storiche decisioni della Suprema Corte: Cass., S.U., sentt. nn. 26972, 26973, 26974, 26975, tutte depositate in data 11 novembre 2008; per un commento cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*; R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, rispettivamente p. 486 ss. e p. 510 ss. Sul raccordo tra regime risarcitorio di fonte civilistica e protezione assicurativa-sociale Inail, per danno alla persona derivante da infortunio e malattia professionale, cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 485 ss.

¹⁵ Cfr. L. MONTUSCHI, *Problemi del danno*, cit.

¹⁶ Cfr. in tal senso, tra gli altri, C. ASSANTI, *Considerazioni sui principi generali in tema di misure di sicurezza*, in *Securitas*, 1965, p. 110; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, III, Torino, 1969, p. 484 ss. Si era peraltro fatto osservare, a commento della c.d. «prima privatizzazione» del rapporto di pubblico impiego (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), come il rinvio alla normativa codicistica contenuta nell'art. 2, 2° comma, di tale disciplina, dovesse comprendere anche l'art. 2087 c.c. che «non appare condizionato dalla natura d'impresa del datore di lavoro, essendo applicabile anche ai datori di lavoro non imprenditori», cfr. M. NAPOLI, *Il rapporto di lavoro con le Amministrazioni Pubbliche. Lineamenti interpretativi del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni*, in M. NAPOLI, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, 1996, p. 81.

¹⁷ Per ulteriori considerazioni e riferimenti si rinvia a G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, 1995, p. 6 ss.

delle misure di tutela piuttosto che, come di frequente è avvenuto, in chiave di responsabilità, ai fini del risarcimento del danno per infortuni già subiti o quale norma che concorre ad integrare e perfezionare le fattispecie previste sul piano penale¹⁸.

La diligenza richiesta al datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., non è peraltro quella ordinaria, dell'imprenditore medio, ma è una diligenza particolarmente qualificata, ex art. 1176, 2° comma, c.c., dovendo egli adottare tutte le misure «necessarie» a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro secondo i parametri della *particolarità del lavoro*, dell'*esperienza* e della *tecnica*. Le misure da adottare non sono solo quelle tipiche, risultanti dalla legislazione speciale o da apposite prescrizioni amministrative, ma altresì anche quelle generiche di prudenza, diligenza e osservanza delle norme tecniche e di esperienza conosciute¹⁹.

Ciò pur sempre nei limiti della prevedibilità e prevenibilità di una situazione di pericolo o di danno, non configurando l'art. 2087 c.c. una ipotesi di responsabilità oggettiva, dal momento che per affermare la responsabilità del datore di lavoro deve comunque ricorrere una violazione di obblighi di comportamento, imposti da fonti legali o suggeriti dall'esperienza e dalla tecnica, concretamente individuati²⁰.

D'altro lato non qualsiasi misura del tutto nuova e non ancora sperimentata dovrà essere adottata ma solo quelle acquisite dall'esperienza e dalla tecnica che si rendano necessarie in base al particolare tipo di lavorazione e alla pericolosità dell'ambiente in cui essa si svolge²¹.

Passando ad esaminare i tre parametri desumibili dall'art. 2087 c.c. pare preferibile una lettura separata, seppur complementare, di tali criteri, fungendo la *particolarità del lavoro* da riferimento interno, collegato alla specifica organizzazione produttiva, e l'*esperienza* e la *tecnica* da parametri esterni di carattere generale, sulla

¹⁸ Cfr. al riguardo, tra gli altri, F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, p. 41 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986, p. 54; C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., p. 77 ss. Sul nesso tra inadempimento contrattuale all'obbligazione di sicurezza e responsabilità penale, cfr. A. TAMPPIERI, *Obbligo di sicurezza: responsabilità penale del datore*, a commento di Cass. pen., 29 settembre 2006, n. 32286, in *DPL*, inserto n. 2/2007.

¹⁹ Cfr., tra gli altri, C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., p. 83 ss.; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici*, cit., p. 183; in giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass., 5 febbraio 2014, n. 2626.

²⁰ Cfr., tra le altre, Cass., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass., 2 settembre 2015, n. 17438. In merito alla ripartizione degli oneri probatori, cfr., tra le altre, Cass. n. 22615/2015, che distingue a seconda che le misure di sicurezza omesse siano "nominate", cioè specificatamente definite dalla legge oppure debbano essere ricavate dal generico obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.; in quest'ultimo caso spetta al datore di lavoro l'onere di provare la diligenza ritenuta esigibile.

²¹ Cfr. in tal senso già C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., p. 85.

base dei quali individuare le misure che si siano già rivelate idonee ai fini preventivi²².

Solo in tal modo infatti si vengono a cogliere appieno le potenzialità della disposizione in esame, dal momento che una lettura dei parametri dell'art. 2087 c.c. come unitariamente legati all'organizzazione aziendale si risolverebbe, al di là delle intenzioni, in un'operazione di taglio sostanzialmente riduttivo²³.

Il concetto di *particolarità del lavoro* è estremamente ampio comprendendo «tutti quegli elementi che caratterizzano una determinata attività lavorativa, direttamente o indirettamente concorrendo a costituirne la specifica pericolosità»²⁴.

Il dovere di sicurezza si estende infatti a tutti gli aspetti inerenti l'ambiente di lavoro, siano essi più strettamente legati all'attività produttiva, ivi compresi i lavori preparatori e complementari, siano essi collegati alla più generale organizzazione aziendale.

Come più volte riconosciuto in giurisprudenza, gli obblighi derivanti dall'art. 2087 c.c. «non si riferiscono soltanto alle attrezzature, ai macchinari ed ai servizi che il datore di lavoro fornisce o deve fornire, ma si estendono, nella fase dinamica dell'espletamento del lavoro, ai comportamenti necessari per prevenire, specie in condizioni di particolari difficoltà di esecuzione di fasi lavorative, possibili incidenti» (ad esempio nel caso di impiego di giovani, con scarsa esperienza, assunti con contratto di formazione e lavoro o di apprendistato)²⁵.

Rilevanti applicazioni in tal senso si sono avute con riguardo ai casi in cui si è affermata la responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.*, per la mancata adozione di misure idonee a salvaguardare l'integrità fisica dei dipendenti in relazione al rischio di aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi (specialmente nel settore bancario)²⁶ o per rischi derivanti dall'azione di fattori esterni all'ambiente di lavoro ed inerenti alla località in cui la prestazione è svolta (ad esempio il lavoratore che contrae una malattia mentre lavora all'estero)²⁷. Particolare rilievo ha as-

²² In tal senso è orientata la dottrina prevalente; cfr., per riferimenti, G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., pp. 24-25.

²³ Cfr. S. EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984, p. 20.

²⁴ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., p. 85.

²⁵ Cfr., tra le altre, Cass., 17 marzo 1999, n. 2432, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 766, con nota di C. FALERI; Cass., 18 maggio 2007, n. 11622, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 99, con nota di L. DE MARCO. Per i profili penali in caso di infortunio di apprendisti, cfr. Cass. pen., 29 gennaio 2013, in c. Quinson, in R. GUARINIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 15.

²⁶ Cfr., tra le altre, Cass., 20 aprile 1998, n. 4012, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 326 ss. con nota di G. MAUTONE. Cfr. tuttavia Cass., 5 dicembre 2001, n. 15350, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 778 con nota di A. SITZIA. Per la (discutibile) «prevalente» competenza dell'Autorità di pubblica sicurezza, rispetto alla Asl, circa le misure di prevenzione e contrasto al rischio rapina, cfr. TAR Emilia Romagna, 7 maggio 2007, n. 14/2006, in *ISL*, 2008, p. 642, con commento di V.M. BOCCI-D. CARLETTI. Per la tutela dal rischio rapina durante il turno notturno di addetti al banco ed alla cassa presso Autogrill, cfr. Trib. Torino, 5 maggio 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 932, con nota di M. SALVAGNI.

²⁷ Per la responsabilità penale del datore di lavoro in caso di infortunio di lavoratori all'estero

sunto in passato la questione del *fumo passivo* negli ambienti di lavoro²⁸.

L'ambito di operatività dell'art. 2087 c.c. viene dunque a coprire non solo le situazioni di pericolo o di danno tradizionalmente derivanti dal tipo e dalle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche quelle provenienti dal contesto ambientale nel quale suddetta attività viene esplicata²⁹.

Dal riferimento al criterio dell'*esperienza* discende inoltre l'obbligo di adottare tutte quelle misure e accorgimenti che abbiano già dimostrato un'efficacia protettiva sia nella specifica realtà aziendale, in virtù di eventi già verificatisi e di pericoli valutati in precedenza, sia in contesti produttivi caratterizzati da analoghi problemi di sicurezza³⁰.

Tra i dati dell'*esperienza* parte della dottrina comprende le richieste e le proposte formulate dalla contrattazione collettiva, specie aziendale, in base tra l'altro al ruolo attribuito dalla legge ai lavoratori ed alle loro rappresentanze per il miglioramento delle condizioni di lavoro³¹.

1.3. In particolare il principio della «massima sicurezza tecnologicamente possibile»

Il riferimento alla *tecnica* impegna poi a rapportarsi alle nuove conoscenze in materia di sicurezza messe a disposizione dal progresso scientifico e tecnologico. È questo il principio della «*massima sicurezza tecnologicamente possibile*», desumibile anche da altre norme della legislazione tecnica, che più di ogni altro carat-

cfr., tra le altre, Cass. pen., 17 ottobre 2014, in c. Giovannini, in R. GUARINIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 12 ss. D'altro lato la nozione di «*occasione di lavoro*» ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (*ex art. 2, d.p.r. n. 1124/1965*) è quanto mai ampia, comprendendo anche le attività accessorie o strumentali (per l'infortunio procuratosi dalla lavoratrice, dottoressa dipendente di un ospedale, scivolando in bagno dove si era recata per lavarsi poco prima del termine di un turno di guardia medica, cfr. Cass., 5 gennaio 2005, n. 180, in *DPL*, 2005, p. 1412).

²⁸ Cfr. al riguardo in particolare Corte cost. 20 dicembre 1996, n. 339, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 260, con nota di V. MARINO. La materia è regolamentata dall'art. 51, della legge n. 3/2003, in vigore dal 10 gennaio 2005. Per il rapporto tra tale disciplina e le norme già applicabili in materia cfr. R. GUARINIELLO, *Il fumo nei luoghi di lavoro*, in *DPL*, 2005, p. 289 ss. Cfr. anche Min. lavoro, risposta ad interpello del 15 novembre 2012, n. 6.

²⁹ Cfr. per un caso di c.d. «*rischio ambientale*», dovuto al sequestro, da parte di guerriglieri, di lavoratori italiani all'estero impegnati in subappalto, Cass., 22 marzo 2002, n. 4129.

³⁰ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., p. 85; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici*, cit., p. 186.

³¹ Cfr., tra gli altri, T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1045; G. ZANGARI, *Rappresentanze dei lavoratori e tutela della salute*, in *Dir. lav.*, 1973, I, p. 201; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici*, cit., p. 186.

terizza il modello italiano di prevenzione³² e che trova conferma nella legislazione di derivazione comunitaria³³.

Come insegna da tempo la Cass., la sicurezza non va subordinata a criteri di fattibilità economica o produttiva³⁴ e il datore di lavoro è tenuto ad allineare il proprio assetto produttivo e organizzativo ai risultati raggiunti dal progresso scientifico e tecnologico.

Consequente è l'obbligo di «aggiornamento scientifico» sugli sviluppi della tecnica e sulle scoperte circa gli aspetti rischiosi del lavoro a carico del datore di lavoro, il quale può eventualmente far ricorso ad esperti³⁵.

Il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile è stato utilizzato per dare contenuto alle disposizioni di carattere generico e indeterminato della legislazione antinfortunistica e di igiene del lavoro³⁶.

Perplessità sono state sollevate invece circa l'utilizzo di tale principio per pretendere dal datore di lavoro l'attuazione di misure di prevenzione ulteriori rispetto a quelle espressamente indicate nelle norme a c.d. «struttura chiusa», che fissano cioè in termini specifici la condotta da porre in essere, venendo così in conflitto con l'altro principio, consolidato in giurisprudenza, della tassatività delle misure di si-

³² Cfr. sul punto R. GUARINIELLO, *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, p. 530 ss., e già ID., *Se il lavoro uccide*, Torino, 1985, p. 103 ss.; cfr. anche, tra gli altri, A. CULOTTA-M. DI LECCE-G.C. COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1996, p. 154 ss.; M. LAI-A. LEBRA, *La massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, in *DPL*, 1990, p. 1530; G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 219 ss. e ID., *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1994, p. 79 ss., il quale optando per la coesistenza del principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile con quello della massima sicurezza ragionevolmente praticabile, individua prioritariamente nella contrattazione collettiva lo strumento di specificazione sul piano concreto del principio in questione. Cfr., in riferimento alla disciplina posta dal d.lgs. n. 81/2008, P. SOPRANI, *La migliore tecnologia disponibile nel T.U. sicurezza*, in *ISL*, 2009, p. 125. In giurisprudenza, cfr., tra le altre, Cass. pen., 23 gennaio 2015, in c. Leopardi, in R. GUARINIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 223.

Per l'esatta portata del principio in esame nelle direttive comunitarie, cfr. in particolare J. APARICIO TOVAR, *Sicurezza sul lavoro*, in A. BAYLOS GRAU-B. CARUSO-M. D'ANTONA-S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, p. 578 ss.; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, II, Milano, 2001, in particolare p. 172 ss. Più in generale sulla normativa comunitaria in materia, cfr., anche per riferimenti, L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 48 ss.

³³ In tal senso, tra gli altri, L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Milano, 1996, pp. 24-25; R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626/1994 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, 1997, p. 64.

³⁴ Cfr. già Cass. pen., 9 gennaio 1984, in c. Gorla.

³⁵ Cfr. tra le altre, Cass. pen., 13 gennaio 2015, in c. Ferrari; Cass. pen., 12 dicembre 2014, in c. Montanelli, in R. GUARINIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 319.

³⁶ Cfr. G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., p. 69, nota n. 269.

curezza, secondo il quale al datore di lavoro non è di regola rimessa alcuna discrezionalità nella scelta degli accorgimenti da adottare³⁷. D'altro lato si è ritenuto che l'esatta applicazione delle prescrizioni tecniche non esima da responsabilità il datore di lavoro là dove l'evoluzione tecnologica le abbia di fatto rese superate³⁸. L'inerzia o la tolleranza degli organi di vigilanza non può peraltro essere invocata per escludere la responsabilità del datore di lavoro che non si sia attivato³⁹.

Conseguenza rilevante a livello pratico è che gli obblighi di prevenzione scattano anche quando le sostanze nocive risultino presenti negli ambienti di lavoro in concentrazioni non eccedenti predeterminati parametri quantitativi o valori limite (tlv). I valori massimi di esposizione possono infatti servire da orientamento ma, come ha precisato a più riprese la Cassazione, non vanno considerati come un discrimine assoluto tra concentrazioni innocue e concentrazioni dannose⁴⁰.

È da precisare che il progresso scientifico può suggerire, come già espressamente disposto dal d.lgs. n. 277/1991⁴¹ (ora abrogato), e ancor più in via generale dal d.lgs. n. 81/2008⁴², non solo gli accorgimenti di tipo strettamente tecnico, inerenti le attrezzature o i luoghi di lavoro, ma anche quelle misure di carattere organizzativo e procedurale che siano comunque idonee ai fini della sicurezza (si pensi ad esempio per evitare l'esposizione prolungata al rumore, alla frequente turnazione dei lavoratori esposti, oltre all'uso di pannelli di insonorizzazione), prospettiva che appare di interesse anche per la prevenzione dei rischi c.d. «psico-sociali».

Una decisa svolta sul punto in esame è stata offerta dalla Corte cost., con sent. 25 luglio 1996, n. 312. Il giudice di merito aveva ritenuto che l'eccessiva genericità del principio contenuto nell'art. 41, 1° comma, del d.lgs. n. 277/1991 (che imponeva al datore di lavoro di ridurre al minimo, «in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, i rischi derivanti dall'esposizione al rumore mediante misure tecniche, organizzative e procedurali, concretamente attuabili, privilegiando

³⁷ Cfr., tra le altre, Cass. pen., 19 dicembre 2001, in c. Ferro, in *ISL*, 2002, p. 106.

³⁸ Cfr., tra le altre, Cass. pen., 24 giugno 2000, in c. Mantero e altro, in *ISL*, 2000, p. 491 ss., secondo la quale è insufficiente che «una macchina sia munita degli accorgimenti previsti dalla legge in un certo momento storico, se il processo tecnologico cresce in modo tale da suggerire ulteriori e più sofisticati presidi per rendere la stessa sempre più sicura». Per la necessità di adottare, ai sensi dell'art. 2087 c.c., non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge, ma anche le altre in concreto richieste dalla specificità del rischio, cfr. Cass., 30 agosto 2004, n. 17314, in *DPL*, 2005, p. 716. In termini dubitativi rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, che porterebbe a mettere in discussione l'«utilità di una complessa e onerosa legislazione che non può fare a meno, in definitiva, del supporto di una disposizione semplice quanto essenziale (l'art. 2087 c.c., appunto)», L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro*, cit., p. 511.

³⁹ Cfr. Cass. pen., 5 ottobre 1999, in c. Angele; Cass. pen., 24 giugno 2000, in c. Mantero e altro, cit.

⁴⁰ Cfr., tra le altre, Cass. pen., 30 ottobre 1999, in c. Giannitrapani, cit.

⁴¹ Cfr. artt. 13, 27 e 41, 1° comma.

⁴² Cfr., tra gli obblighi generali a carico del datore di lavoro, l'art. 18, 1° comma, lett. z).

gli interventi alla fonte») potesse configurare un contrasto con l'art. 25, 2° comma, Cost., relativo alla necessaria determinatezza delle previsioni della legge penale.

Secondo la Corte la sola via per evitare la violazione della Costituzione è quella di fornire, in sede applicativa, una lettura tale da restringere, in modo considerevole, la discrezionalità dell'interprete. «E il modo per restringere, nel caso in esame, la discrezionalità dell'interprete è ritenere che, là dove parla di misure «concretamente attuabili», il legislatore si riferisca alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standard* di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive. Ed è in questa direzione che dovrà, di volta in volta, essere indirizzato l'accertamento del giudice: ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli *standard* di produzione industriale, o specificamente prescritta».

Il mutamento rispetto al passato è evidente e di rilievo. Il riferimento sembra essere infatti non più la sicurezza massima possibile ma quanto generalmente acquisito e praticato sul piano delle misure tecniche, organizzative e procedurali, nei diversi settori produttivi.

Anche dopo la decisione della Corte costituzionale il dibattito di dottrina e giurisprudenza sul punto non può dirsi certamente esaurito⁴³.

Le critiche si sono appuntate in particolare sull'ambiguità dei termini utilizzati (cosa si intende per «*standard* di sicurezza»? A quale ambito riferirsi per considerare una misura «generalmente praticata o acquisita»? e soprattutto sulla necessità di non scoraggiare la diffusione di tecnologie prevenzionali migliorative rispetto allo *standard* medio⁴⁴.

⁴³ In senso favorevole alla decisione della Corte, A. VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, pp. 829-830; A. BRIGNONE, *Certezza del diritto e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, 1996, p. 3277 ss. Sul punto cfr. anche le ulteriori considerazioni di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rilevi in tema di responsabilità del datore di lavoro*, nota a Trib. Milano, 7 settembre 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 849 ss. e di L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro*, cit., p. 508, secondo il quale il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, impegnerebbe il datore di lavoro a «ridurre al minimo i rischi ambientali secondo un criterio di "ragionevolezza" e di prudenza, non liberamente o soggettivamente interpretato, bensì individuato tenendo conto degli standard di sicurezza diffusi e condivisi nel settore nel quale opera l'impresa». In senso critico nei confronti della sentenza n. 312/96, R. GUARINIELLO, *Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, in *ISL*, 1997, p. 339 ss. ed ID., *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, cit., pp. 532-533; V. MARINO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*, nota a Corte cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 21 ss.; G. NATULLO, *La «massima sicurezza tecnologica»*, in *DPL*, 1997, p. 815 ss.

⁴⁴ Cfr. in particolare R. GUARINIELLO, *Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile*,

Peraltro la stessa dottrina che si è espressa in termini critici sulla decisione in esame, prendendo spunto da un brano conclusivo della sentenza, ritiene che la soluzione indicata dalla Corte cost. imponga all'imprenditore «non la ricerca di tecnologie ancor più avanzate rispetto a quelle disponibili sul mercato, bensì la realizzazione delle tecnologie già esistenti»⁴⁵, raccordandosi dunque con quella accolta dalla Cassazione che rende obbligatorie le misure fornite dalla «migliore tecnologia disponibile» ovvero dalle «tecnologie esistenti».

La Cassazione d'altro lato, anche dopo la sentenza della Corte cost. n. 312/1996, ha avuto modo di ribadire l'orientamento precedente⁴⁶ e non sono mancate interpretazioni volte a delimitare la portata della decisione con esclusivo riguardo alle misure organizzative e procedurali e non invece in relazione alle misure tecniche⁴⁷.

Il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile trova peraltro esplicito riconoscimento in molte disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo Unico sulla salute e sicurezza del lavoro), sia nella parte prima, nell'ambito delle misure generali di tutela, là dove si prevede «l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico» (art. 15, 1° comma, lett. c) e degli obblighi a carico del datore di lavoro e del dirigente, i quali aggiornano le misure di prevenzione in relazione, tra l'altro, «al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione» (art. 18, 1° comma, lett. z), sia nelle parti specifiche, in relazione ad esempio all'uso delle attrezzature di lavoro (art. 71, 4° comma, lett. a), alla sostituzione e riduzione degli agenti cancerogeni o mutageni (art. 235)⁴⁸.

cit., pp. 341-342 e ID., *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, cit. Rileva V. MARINO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro*, cit., pp. 30-31, «... per paradosso: individuato dalla scienza un costoso meccanismo, sistema o strumento di protezione, basta che nessun imprenditore lo adotti, perché non diventi mai patrimonio comune della branca produttiva interessata, e dunque – in definitiva – perché non diventi mai applicazione standard, generalmente praticata». Mette in evidenza, quale ulteriore effetto negativo della decisione della Corte, quello di una sconfessione di fatto delle istanze partecipative sottese alla disciplina prevenzionistica, in virtù del prevedibile aumento della conflittualità sui luoghi di lavoro, G. NATULLO, *La «massima sicurezza tecnologica»*, cit., p. 818.

⁴⁵ «Pur se non attuate da tutte o dalla maggior parte delle aziende appartenenti al comparto industriale interessato», in tal senso R. GUARINIELLO, *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, cit., p. 533.

⁴⁶ Cfr., tra le altre, Cass. pen., 11 dicembre 2015, in c. Verderame, in *DPL*, 2016, p. 199; Cass. pen., 23 gennaio 2008, in c. Marinelli; Cass. pen., 29 marzo 2007, in c. Pertegato, cit.

⁴⁷ Cfr., in particolare, Cass. pen., 16 maggio 1997, in c. Ministrina, in *ISL*, 1997, p. 440. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza in materia cfr. P. SOPRANI, *L'obbligo del ricorso alla migliore tecnologia disponibile*, in *Ambiente & Sicurezza*, 2005, n. 12, p. 85 ss. Per i risvolti penali del principio in esame in riferimento alle patologie muscoloscheletriche, cfr. Cass. pen., 29 marzo 2007, in c. Pertegato, cit.

⁴⁸ Possono dunque considerarsi definitivamente superati i dubbi interpretativi derivanti dall'emanazione del d.lgs. n. 277/1991 che, per piombo e rumore, pareva attenuare il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile nel diverso principio della massima sicurezza «con-

Il rapporto tra obbligo di sicurezza ed acquisizioni scientifiche è ben messo in rilievo dalla sentenza della Corte di Giustizia europea del 15 novembre 2001, in causa C 49/00⁴⁹, secondo la quale «i rischi professionali che devono essere oggetto di una valutazione da parte dei datori di lavoro non sono stabiliti una volta per tutte, ma si evolvono costantemente in funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi professionali». Ne consegue per il datore di lavoro un obbligo «di tenersi aggiornato e di tener conto di quanto risulta da acquisizioni tecniche e scientifiche che abbiano un margine sufficiente di solidità, di sperimentazione e di effettiva possibilità di conoscenza al di là del mondo scientifico, *strictu sensu* considerato»⁵⁰. D'altro lato la stessa Corte di Giustizia europea (sent. 14 giugno 2007, in causa C 127/05) ha ritenuto compatibile con la disciplina comunitaria il diverso principio della «massima sicurezza ragionevolmente praticabile», proprio dell'ordinamento britannico (*Health and safety at work Act*, del 1974) in cui vengono in rilievo anche i profili di costo delle misure di sicurezza⁵¹.

Di interesse, anche in prospettiva, è il rapporto tra il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile e quello, di derivazione comunitaria, «di precauzione e di azione preventiva», specie in relazione all'impiego di sostanze i cui effetti per la salute e sicurezza del lavoro non siano ancora pienamente conosciuti (rischi da c.d. «ignoto tecnologico»); si veda ad esempio la vicenda degli esposti ad amianto⁵².

1.4. Dovere di sicurezza e legislazione prevenzionistica

Particolare attenzione merita il rilievo dell'art. 2087 c.c. all'interno del sistema di prevenzione, specie in relazione alla legislazione di derivazione comunitaria.

L'art. 2087 c.c. può, a giusta ragione, essere considerato «rispetto al complesso delle norme di tutela come punto di partenza e al contempo di arrivo. Esso

cretamente attuabile». E ciò a sostegno dell'orientamento espresso a più riprese dalla Cassazione, secondo la quale la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 277/1991 era da ritenere non alternativa bensì rafforzativa e integrativa di quella posta dalla normativa previgente; cfr., tra le altre, Cass. pen., 11 aprile 1992, in c. Quaini e Cass. pen., 29 marzo 1995, in c. Manfredi. Cfr. più in generale R. GUARINIELLO, *Tre anni di applicazione del d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 sui rischi lavorativi da piombo, amianto, rumore*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 548 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁴⁹ In *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 221.

⁵⁰ Cfr. C. SMURAGLIA, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell'Italia nell'adempimento e le vie per uscirne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 190-191.

⁵¹ In *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 3, con nota di O. BONARDI.

⁵² Cfr. in argomento, anche per riferimenti, P. TULLINI, *A rischio amianto?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 453 ss. Cfr. sulla vicenda del petrolchimico di Porto Marghera, Cass. pen., 6 febbraio 2007, in c. Bartalini e altri, in *ISL*, 2007, p. 218.

(infatti) fornisce le coordinate sulle quali vanno poi ad inserirsi le disposizioni della legislazione speciale “tecnica”, che di fatto specificano gli obblighi generali del 2087; ma allo stesso tempo rappresenta un punto di arrivo nel momento in cui costituisce la norma di “chiusura” del sistema, nel senso che ad essa si ritorna là dove si richieda una “copertura” sussidiaria ai vuoti eventualmente – ma per meglio dire inevitabilmente – lasciati dalle regole tecniche»⁵³.

L’art. 2087 c.c., in quanto norma «sempreverde», assume una forte attualità anche dopo l’emanazione del d.lgs. n. 81/2008.

È infatti da ritenere che i principi contenuti nel d.lgs. n. 81/2008, al pari di quelli del d.lgs. n. 626/1994, ed in particolare le misure generali di tutela dell’art. 15, non siano altro che «una specificazione puntuale e concreta dell’obbligo di sicurezza a contenuto aperto sinteticamente contenuto nell’art. 2087 c.c. così come interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza»⁵⁴. Peraltro un chiaro omaggio al dettato dell’art. 2087 c.c., tuttora in vigore in quanto compatibile con la disciplina posta dal Testo Unico⁵⁵, è rappresentato dal fatto che nella definizione di «prevenzione», di cui all’art. 2, 1° comma, lett. n), del d.lgs. n. 81/2008, sono ripresi alla lettera i criteri della «particolarità del lavoro», dell’«esperienza» e della «tecnica», propri della norma in esame.

Specificazione che peraltro non è priva di significato là dove fornisca un contributo di chiarezza in merito alle linee di azione da seguire⁵⁶.

Il rilievo dell’art. 2087 c.c. emerge da numerose vicende giudiziarie (emblematico è il caso della sciagura nella camera iperbarica dell’Istituto Galeazzi di Milano, dove tutti e tre i criteri contenuti nella norma civilistica vengono ampiamente in gioco)⁵⁷.

⁵³ Così G. NATULLO, *La tutela dell’ambiente di lavoro*, cit., p. 23 al quale si rinvia per riferimenti. Sull’art. 2087 c.c. come «norma di chiusura» del sistema antinfortunistico, cfr., tra le altre, Cass. pen., 18 maggio 2005, in c. Volpi e altro e Cass. pen., 18 maggio 2005, in c. De Vitis, entrambe in *ISL*, 2005, p. 521. Del «nuovo slancio» che ha assunto la portata dell’art. 2087, ultima parte, in riferimento alla tutela dell’integrità psico-fisica e dei diritti della persona del lavoratore cfr. *supra*.

⁵⁴ Cfr. L. GALANTINO, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, cit., p. 22. Secondo l’autrice «non pare dubbio ... che il decreto n. 626 colga la “filosofia” presente nella norma codicistica, la quale ... è ispirata ad un disegno di prevenzione, che presenta alcune fondamentali caratteristiche: l’eliminazione dei rischi alla fonte; il continuo aggiornamento delle misure di prevenzione in conseguenza dell’evoluzione tecnologica; la tutela della personalità fisica e morale del prestatore di lavoro; l’attenzione alla condizione soggettiva dei singoli lavoratori», p. 23. Analoghe considerazioni valgono per il d.lgs. n. 81/2008.

⁵⁵ Cfr. art. 304, 1° comma, lett. d), d.lgs. n. 81/2008.

⁵⁶ Cfr. R. ROMEI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 62; M. FRANCO, *La responsabilità del datore di lavoro e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 266.

⁵⁷ Cfr. M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 27; per i profili giudiziari cfr. Cass. pen., 6 febbraio 2004, in c. Ligresti e altri, in *ISL*, 2004, p. 443.