



## OBBLIGAZIONE DI SICUREZZA, INADEMPIMENTO E MORA CREDENDI DEL DATORE DI LAVORO

MARCO CAPECE

SOMMARIO: 1. Tutela della salute e libertà di iniziativa economica nella Carta costituzionale e nel codice civile. – 2. La disciplina della sicurezza sul lavoro: il d. lgs. n. 81/2008. – 3. Il datore di lavoro ai fini della sicurezza. – 4. La sicurezza come obbligazione principale del datore di lavoro. Inadempimento e mora credendi.

1. La regolamentazione della sicurezza sul lavoro nel nostro ordinamento si basa in primo luogo sulle disposizioni costituzionali in materia di libertà di iniziativa economica e tutela della salute.

Il diritto alla salute ha una particolare rilevanza nel sistema costituzionale, in quanto, ai sensi dell'art. 32, consiste sia in un fondamentale diritto dell'individuo sia in un interesse della collettività<sup>1</sup> e si inserisce nell'ambito dei diritti fondamentali attraverso l'esplicito raccordo tra il bene salute e la più ampia promozione della persona umana sancita dall'art. 2 Cost.<sup>2</sup>.

Esso dunque non coincide solo con il diritto all'integrità fisica, ma va inteso in senso più ampio in quanto coinvolge tutte le situazioni che consentono al soggetto di esplicare la propria personalità in condizioni di sicurezza<sup>3</sup> e rappresenta perciò un connotato della

---

<sup>1</sup> L'art. 32 Cost., da norma meramente programmatica e limitata ai rapporti Stato-cittadino, quale era considerata fino alla seconda metà degli anni '60, ha finito per perdere quella valenza esclusivamente pubblicistica divenendo immediatamente applicabile, senza il necessario intervento del legislatore, anche nei rapporti interprivati.

Pertanto l'art. 32 Cost. eleva il diritto alla salute a posizione di vero e proprio diritto soggettivo e di autentico diritto fondamentale dell'individuo che non presuppone "alcun rapporto come sua causa generatrice" e dalla cui lesione scaturisce "il diritto al risarcimento del danno". Sul punto si cfr. G. ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Dig. It.*, 1986, 913 – 920; M. BESSONE – V. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di danno alla persona*, in *Giur. It.*, 1975, I, 53-64.

<sup>2</sup> Si delinea così una duplice valenza, programmatica e precettiva, dell'art. 32 Cost. che fa sì che, al soggetto, si riconosca sia una pretesa positiva alle prestazioni in materia sanitaria, derivante dalla titolarità del diritto sociale, sia una pretesa all'astensione da ogni illegittima interferenza nella propria sfera di autodeterminazione. Sul punto L. MONTUSCHI, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di) 1976, 146 –176.

<sup>3</sup> "... la protezione non si limita all'incolumità fisica dell'uomo supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi spostamenti...ma è diretta ad assicurare all'uomo la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica alle varie comunità...familiare, di lavoro ed altre nelle quali svolge la sua personalità...La protezione si estende cioè alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute. essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che mero diritto alla vita e all'incolumità fisica,



persona fisica che assume particolare rilevanza in relazione al rapporto di lavoro, proprio in quanto la prestazione dell'attività lavorativa costituisce al tempo stesso un momento di espressione della personalità ed una occasione di esposizione a rischi.

E di fronte all'esigenza di protezione di questo bene primario ogni altro valore o interesse in contrasto deve cedere il passo<sup>4</sup>.

La lettura combinata dell'art. 32 con l'art. 41 della Costituzione in materia di libertà di iniziativa economica conferma, in effetti, una tale conclusione, in ragione della evidente asimmetria tra la tutela della salute come "fondamentale diritto dell'individuo" ed il riconoscimento di una mera libertà di iniziativa economica<sup>5</sup> che "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

E la qualificazione del diritto alla salute non solo come diritto del singolo, ma anche come interesse della collettività in quanto bene di eminente rilevanza sociale<sup>6</sup>, accentua questa asimmetria e dà conto del rango di diritto primario, non suscettibile di limitazioni di sorta<sup>7</sup>, che il legislatore costituzionale ha inteso assegnarvi.

Ne consegue la necessità che la libertà di iniziativa economica non risulti mai prevalente rispetto a beni ritenuti maggiormente meritevoli di tutela e dunque che l'impresa non sia esercitata indipendentemente dagli effetti sui diversi soggetti coinvolti, sia esterni che interni ad essa.

Il primo riferimento normativo dopo l'art. 32 Cost. è costituito dall'art. 2087 c.c.,

---

*si configura come diritto all'ambiente salubre?* così Cass. civ., sez. Unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Il Foro it.* 1979, I, 2302.

<sup>4</sup> C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti, e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, 415.

<sup>5</sup> Sul punto si cfr. M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore*, Milano, 1995, 45, il quale osserva che "è necessario tenere distinti i diritti fondamentali, che sono quelli direttamente inerenti alla persona e sono assunti a fondamento dell'ordinamento democratico, da una generica categoria di diritti della persona "solo costituzionalmente protetti", che sono quelli meramente strumentali all'attuazione di detto ordinamento, vale a dire inerenti al sistema economico. Dal che si argomenta per concludere che la libertà di iniziativa economica privata ha la consistenza di un diritto costituzionale di libertà, ma non quella di un diritto fondamentale riconducibile alla garanzia dell'art. 2 Cost."

<sup>6</sup> B. VENEZIANI, *L'impatto sulle relazioni industriali*, in AA.VV., *La nuova normativa su prevenzione e sicurezza*, Milano, 1995, 100.

<sup>7</sup> In tal senso Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309, in *Il Foro. it.*, 1999, I, 2776, nel ribadire il principio già ripetutamente espresso dell'invulnerabilità del diritto alla salute, ne estende ulteriormente la portata sancendo la irriducibilità del nucleo essenziale di tale diritto anche di fronte ad esigenze di finanza pubblica. "Come la Corte ha ripetutamente affermato, la tutela del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone. Le esigenze della finanza pubblica, tuttavia, non possono assumere - come anche si è precisato - nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile di tale diritto, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana".



che obbliga l'imprenditore 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 tratta di una norma di carattere generale da considerare quale precetto riassuntivo degli obblighi di fare scritti e non scritti, presenti e futuri, del datore di lavoro e che costituisce, pertanto, elemento fondamentale, punto di partenza e di arrivo dell'intero sistema prevenzionistico<sup>8</sup>, poiché da un lato detta la linea alla quale le disposizioni di legge speciale devono necessariamente uniformarsi, dall'altro, imponendo genericamente l'adozione di tutte le misure idonee a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, conserva, in ogni situazione, la propria efficacia ed attualità<sup>9</sup>, colmando le eventuali lacune dell'ordinamento.

L'art. 2087 c.c. consente dunque all'intero sistema di mantenere il suo equilibrio anche nell'evoluzione e persino in mancanza di una disciplina di dettaglio per ciascun settore produttivo, evitando i rischi di obsolescenza cui la stessa è normalmente esposta.

La ratio dell'art. 2087 c.c., la cui coerenza con i principi contenuti negli artt. 32 e 41 Cost. è immediatamente evidente, consiste nell'esigenza di fissare all'attività di impresa i limiti necessari a tutelare prioritariamente, rispetto al conseguimento del giusto profitto, la salute e la sicurezza dei prestatori di lavoro<sup>10</sup>.

Si tratta di un obbligo positivo che si sostanzia in un *facere*, ovvero in un intervento costante sullo svolgimento dell'attività produttiva nel suo complesso e su quella dei lavoratori, collettivamente e singolarmente considerati, affinché siano concretamente attuate ed applicate tutte le misure necessarie ai fini della prevenzione dei rischi per la salute. Tale obbligo, che si affianca agli altri derivanti dal contratto, si traduce in un complesso di doveri a rilevanza pubblicistica, la gran parte dei quali è anche penalmente sanzionato.

L'art. 2087 deve dunque considerarsi norma a contenuto aperto, che richiede un

---

<sup>8</sup> La definizione è di L. GALANTINO, *La sicurezza del lavoro*, Milano, 1996, 26.

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. lav., 17-04-2012, n. 6002, in *Mass.*, 2012, 312, secondo cui "La responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva, essendone elemento costitutivo la colpa, quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore (nella specie, il giudice di merito aveva respinto la domanda risarcitoria di un infermiere professionale, infortunatosi durante lo scavalco di un cancello nel tentativo di raggiungere un paziente allontanatosi dal nosocomio, ove si trovava in ricovero volontario; in applicazione dell'enunciato principio, la suprema corte ha respinto il ricorso del lavoratore, attesa l'inesigibilità di una specifica condotta protettiva del datore di lavoro)".

<sup>10</sup> In tal senso la costante interpretazione della norma da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità la quale, nel ribadire il proprio consolidato orientamento, ha più volte avuto modo di precisare che: "La responsabilità dell'imprenditore ex art. 2087 c.c., non è limitata alla violazione di norme d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma va estesa, invece, nell'attuale sistema italiano, supportato a livello costituzionale, alla cura del lavoratore attraverso l'adozione, da parte del datore di lavoro, nel rispetto del suo diritto di libertà d'impresa, di tutte quelle misure e delle cautele che, in funzione della diffusione e della conoscibilità, pur valutata in concreto, delle conoscenze, si rivelino idonee, secondo l'id quod plerumque accidit, a tutelare l'integrità psicofisica di colui che mette a disposizione della controparte la propria energia vitale" Così Cass. civ., sez. lav., 11-07-2011, n. 15156, in *Orient. giur. lav.*, 2011, I, 632.



continuo adeguamento degli atti di adempimento in rapporto al risultato da conseguire, consistente nella predisposizione e nel mantenimento di un ambiente che non attenti alla integrità fisica ed alla personalità morale del lavoratore. Ne deriva che quella di sicurezza è anche un'obbligazione di risultato, posta al centro del rapporto e del contratto di lavoro, posizione che tuttavia non esclude la natura non negoziabile di essa.

2. È opinione piuttosto diffusa quella per cui l'art. 2087 c.c. ha storicamente avuto una efficacia prevenzionistica piuttosto limitata, se non addirittura irrilevante, essendo stato invocato, per lo più, *ex post*, cioè come fondamento giuridico per l'esperimento di azioni risarcitorie rispetto ad eventi dannosi già verificatisi<sup>11</sup>.

E anche la legislazione speciale sulla sicurezza emanata a partire dagli anni cinquanta non ha consentito la valorizzazione della funzione prevenzionistica della norma, in quanto non improntata alla regolamentazione organica della materia, ma alla disciplina di aspetti specifici delle varie tipologie di attività lavorative in funzione dei rischi ad esse collegati. Il contesto venutosi a determinare in quel periodo risentiva infatti dei limiti propri di una disciplina di dettaglio non inserita in un più ampio progetto regolatore della materia, tra cui innanzitutto quello, inevitabile, di lasciare del tutto privi di disciplina alcuni settori produttivi, il cui unico riferimento era quello rappresentato dall'art. 2087 c.c., utilizzato pressoché esclusivamente in chiave risarcitoria.

In un quadro caratterizzato, dunque, da una notevole frammentarietà, il d. lgs. 626/1994, derivante dal recepimento della Direttiva quadro 89/391/CEE, ha rappresentato il frutto di una decisa inversione di tendenza, da parte del legislatore, rispetto al precedente approccio normativo. Per la prima volta, infatti, la materia è stata disciplinata in modo organico, superando molte delle distinzioni che le diverse norme precedenti, emanate sempre con riferimento a singole attività lavorative, avevano determinato.

Sotto questo profilo, il principale elemento di discontinuità col passato è da individuare nella generalizzata applicazione delle norme del decreto a tutti i settori di attività pubblici e privati prevista dall'articolo 1<sup>12</sup>.

L'impostazione del decreto legislativo n. 626/1994 è stata mantenuta e valorizzata dal successivo decreto legislativo n. 81 del 2008, c.d. Testo Unico, attuativo della legge delega 3 agosto 2007, n. 103<sup>13</sup>, che ha dato compiuta definizione normativa alla materia della salute e sicurezza del lavoro.

Le recenti modifiche ed integrazioni al T. U. ad opera del d. lgs. 3 agosto 2009, n.

---

<sup>11</sup> Sulla critica della collocazione dell'art. 2087 c.c. al di fuori del momento prevenzionistico e sulla sua lettura quale mero criterio di responsabilità si v. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 41 ss.

<sup>12</sup> Oggi art. 3, n. 1, d. lgs. n. 81/2008.

<sup>13</sup> Per un commento compiuto ed esauriente sulla nuova normativa si veda M. TIRABOSCHI (a cura di) *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008.



106 non ne hanno modificato l'impianto in modo sostanziale, tuttavia vanno segnalate alcune previsioni che in qualche misura incidono sul modello partecipativo di gestione della sicurezza introdotto dal d. lgs. n. 626/94, allontanandolo al tempo stesso dall'obiettivo di rispondenza delle norme in materia di sicurezza ai principi della responsabilità sociale dell'impresa delineato nella legge delega<sup>14</sup>.

Si tratta, in particolare, delle limitazioni alla consultazione, da parte del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, del documento di valutazione dei rischi elaborato dal datore di lavoro, che oggi, ai sensi dell'art. 18, lett. o) e p) del d. lgs. n. 81/2008, può avvenire esclusivamente in azienda<sup>15</sup>.

Altro aspetto non proprio in linea con i principi posti dalla legge delega riguarda la derubricazione di molte tipologie di illecito da penale ad amministrativo, la conseguente minore afflittività delle relative sanzioni, nonché la riduzione dell'entità di altre sanzioni. Se è vero, infatti, che il vero obiettivo da conseguire è la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e non già la mera repressione dei comportamenti datoriali che pongono a rischio la salute dei lavoratori dell'impresa, non va trascurata l'efficacia deterrente, e dunque l'importanza in chiave prevenzionistica, di alcune disposizioni sanzionatorie oggi abrogate<sup>16</sup>.

Va infine rilevato l'aperto contrasto della disposizione contenuta nell'art. 41, come modificato dall'art. 26, comma 2 del d. lgs. n. 106/2009, con l'art. 5 della L. 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori), laddove introduce la possibilità per il datore di lavoro di effettuare visite mediche preassuntive sui lavoratori<sup>17</sup>.

Resta il fatto che il nuovo approccio legislativo alla materia della sicurezza ha condotto ad una disciplina generalmente applicabile, non legata, o meglio non direttamente

---

<sup>14</sup> L'art. 1, n. 2, della legge 123/2007 aveva previsto infatti che i decreti attuativi fossero adottati realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi generali, tra i quali (punto 2, lett. l) la valorizzazione, anche mediante rinvio legislativo, di accordi aziendali, territoriali e nazionali, nonché, su base volontaria, dei codici di condotta ed etici e delle buone prassi che orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente.

<sup>15</sup> Nella precedente formulazione la norma prevedeva che il datore di lavoro consegnasse tempestivamente al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, su richiesta di questi e per l'espletamento della sua funzione, copia del documento.

<sup>16</sup> Le modifiche in tal senso hanno riguardato essenzialmente la violazione delle disposizioni del Titolo I del d. lgs. n. 81/2008, riferite ai principali obblighi del datore di lavoro e dei dirigenti, dei preposti, del medico competente, degli stessi lavoratori, nonché degli altri soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione della sicurezza in azienda (progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori). Gli artt. da 55 a 60 del d. lgs. n. 81/2008 sono stati integralmente sostituiti da disposizioni del d. lgs. n. 106/2009.

<sup>17</sup> Dei tre divieti di effettuazione di visite mediche inizialmente previsti dall'art. 41, n. 3 del d. lgs. n. 81/2008, è infatti venuto meno quello relativo alle visite preassuntive. Ma l'abrogazione del divieto non è solo desumibile *a contrario*, poiché al punto 9. dello stesso articolo è espressamente prevista la possibilità di ricorso del lavoratore avverso i giudizi emessi dal medico competente "*formulati in fase preassuntiva*".



formulata sulla base dei rischi specifici delle singole attività lavorative, ma fondata sul principio della individuazione e valutazione dei rischi medesimi in tutti i settori produttivi e sulla successiva predisposizione di misure idonee alla eliminazione o quantomeno alla riduzione degli stessi<sup>18</sup>.

La *ratio* sottesa all'azione del legislatore è da rinvenire quindi nella necessità di accrescere i livelli di tutela della salute del prestatore di lavoro in funzione di una logica non più (o non solo) ispirata alla riparazione del danno procurato, ma bensì alla prevenzione di esso.

Ne è una conferma diretta anche il notevole ampliamento dei soggetti destinatari della normativa, secondo una logica che prevede l'attribuzione di compiti e responsabilità anche a figure diverse da quella del datore di lavoro, che ha, infatti, l'obbligo di costituire un servizio di prevenzione e protezione (art. 31, d. lgs. n. 81/2008)<sup>19</sup> composto da suoi collaboratori ed affidato ad un responsabile, che può anche essere lo stesso datore di lavoro.

Tralasciando per un attimo le peculiarità legate alla figura del datore di lavoro, di cui si parlerà diffusamente oltre<sup>20</sup>, deve osservarsi che complessivamente le novità sul fronte dei soggetti attivamente coinvolti nella gestione della sicurezza sono numerose e piuttosto consistenti. In particolare risulta decisamente valorizzata la dimensione collettiva con uno spiccato favore verso il potenziamento dell'azione sindacale. Tuttavia non manca chi avanzi al riguardo alcune argomentate critiche specie con riferimento alla possibilità di affidare ad organismi paritetici l'individuazione di misure o di soluzioni tecniche o organizzative che garantiscano l'innalzamento del livello di sicurezza in azienda<sup>21</sup>.

Anche questa previsione conferma la *ratio* posta a base del decreto, e solo parzialmente intaccata dalle recenti modifiche introdotte dal decreto correttivo<sup>22</sup>, ovvero quella di valorizzare il più possibile l'elemento della prevenzione, mediante l'azione di organismi preposti all'analisi e alla verifica di tutti gli aspetti relativi alla sicurezza sul luogo di lavoro. Accanto al servizio di prevenzione e protezione altri soggetti occupano, seppure con attribuzioni differenti, una posizione importante ai fini della prevenzione; primo fra tutti il medico competente, responsabile della sorveglianza sanitaria in azienda (art. 38 e 39

---

<sup>18</sup> L'art. 18 d. lgs. n. 81/2008 (già art. 4 d. lgs. n. 626/94), come modificato dal d. lgs. 3 agosto 2009, n. 106, pone in capo al datore di lavoro l'obbligo della preventiva valutazione dei rischi attraverso la redazione di un apposito documento da custodire in azienda e della successiva predisposizione delle misure idonee alla eliminazione o della riduzione alla fonte dei rischi medesimi.

<sup>19</sup> Già art. 8, d. lgs. n. 626/94.

<sup>20</sup> Cfr., *infra*, par. 3.

<sup>21</sup> F. BASENGHI, *La legge delega e le norme immediatamente precettive*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, cit.*, 53, secondo il quale anche il ruolo della contrattazione collettiva non sembra essere decisivo nella auspicata direzione del miglioramento degli *standards* di sicurezza, atteso che "la fonte collettiva ha storicamente dimostrato una certa inadeguatezza rispetto a questi temi".

<sup>22</sup> Il riferimento è sempre al d. lgs. 3 agosto 2009, n. 106.



d. lgs. n. 81/2008)<sup>23</sup> ed il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 47 d. lgs. n. 81/2008)<sup>24</sup>, soggetto investito non solo del potere di controllo, attivo e diretto, sull'operato del datore di lavoro in termini di sicurezza, ma altresì di funzioni consultive e di proposta, che gli consentono di collaborare con il datore stesso al fine di conseguire l'obiettivo primario imposto dal decreto, ovvero quello della massima sicurezza tecnologicamente fattibile. Il ruolo del lavoratore diventa dunque non solo quello di creditore della sicurezza, ma anche quello di parte attiva, che deve farsi carico della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro<sup>25</sup> ed a tal fine è gravato di una serie di obblighi, specificamente sanzionati<sup>26</sup>.

Tuttavia, affinché i lavoratori, anche tramite il loro rappresentante, possano assolvere agli obblighi che le norme impongono loro, è necessario che ricevano una "formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e di salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro ed alle proprie mansioni"<sup>27</sup>, in occasione dell'assunzione, ovvero di trasferimenti o cambi di mansioni o di introduzione di nuove attrezzature, e siano costantemente informati circa i rischi connessi all'attività lavorativa svolta dall'azienda ed alla mansione specifica svolta e le misure di prevenzione e protezione adottate, nonché le procedure di emergenza e di pronto soccorso<sup>28</sup>.

Tutti i soggetti appena individuati, ciascuno per quanto di propria competenza, collaborano dunque alla gestione della sicurezza in azienda, secondo una logica partecipativa, che è la vera novità del decreto legislativo n. 626/94.

---

<sup>23</sup> Già artt. 16 e 17 d. lgs. n. 626/94.

<sup>24</sup> Già art. 18, d. lgs. n. 626/94.

<sup>25</sup> M. Ricci, *Ambiente di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, 44.

<sup>26</sup> In particolare l'art. 20 del d. lgs. n. 81/2008 ha introdotto due nuove disposizioni in precedenza non previste dalla legge, ovvero l'obbligo di partecipazione per i lavoratori ai corsi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro e quello di sottoporsi ai controlli sanitari previsti dallo stesso decreto o comunque disposti dal medico competente. La prima delle due disposizioni introdotta sottolinea ancora una volta l'importanza centrale della formazione nell'ambito della tutela della sicurezza dei luoghi di lavoro mentre la seconda parrebbe essere dettata da due ordini di motivi. Da un lato dalla circostanza che in passato la mancanza per i lavoratori dell'obbligo di sottoporsi al controllo sanitario ha provocato un rilevante contenzioso, anche disciplinare e, dall'altro, dalla volontà del legislatore che probabilmente ha inteso coniugare in tal modo il principio di riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, della Costituzione col precetto di tutela della "salute come fondamentale diritto dell'individuo e dell'interesse della collettività" di cui al comma 1 dello stesso articolo, e con la conseguente necessità della sua effettiva applicazione nell'ambiente di lavoro. Così D. VENTURI, *Lavoratore: definizione e obblighi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, cit.*, 250.

<sup>27</sup> Art. 37 d. lgs. n. 81/2008. A seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. 3 agosto 2009, n. 106, la norma ora prevede che "la formazione di cui al comma 7 può essere effettuata anche presso gli organismi paritetici di cui all'articolo 51 o le scuole edili, ove esistenti, o presso le associazioni sindacali dei datori di lavoro o dei lavoratori" (Art. 37, n. 7-bis).

<sup>28</sup> Art. 36 d. lgs. n. 81/2008.



In linea con tale impostazione è poi la previsione che il datore di lavoro effettui la individuazione dei rischi e la elaborazione del relativo documento di sicurezza<sup>29</sup> con la partecipazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione e del medico competente e previa consultazione del rappresentante per la sicurezza. Si tratta infatti di una norma che risponde non solo alla necessità di programmazione imposta dal decreto, ma, appunto, anche all'esigenza, divenuta primaria, di coinvolgere attivamente altri soggetti e tra questi i lavoratori, che da meri creditori di sicurezza divengono parte attiva e destinatari di compiti e responsabilità, ovvero addirittura di obblighi e sanzioni, per quanto, come è ovvio, continuino a gravare sul datore di lavoro i principali obblighi e le correlative sanzioni (anche penali), con margini davvero esigui per deleghe di funzione che consentano il trasferimento integrale delle responsabilità in capo al soggetto delegato<sup>30</sup>.

3. La legislazione in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori rappresenta con ogni probabilità l'esempio più importante di espressa definizione normativa della figura del datore di lavoro.

Va ricordato infatti che, conformemente ad una impostazione tipica del diritto comunitario, ovvero quella di indicare, in un'ottica di ausilio all'interprete, una serie di definizioni finalizzate a specificare il significato degli istituti, anche la dir. n. 89/391/CEE<sup>31</sup>, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e

---

<sup>29</sup> Art. 18 d. lgs. n. 81/2008. Si tratta di una delle disposizioni di maggiore importanza dell'intero Testo Unico in quanto fissa i principali obblighi del datore di lavoro.

<sup>30</sup> In tal senso, tra le più recenti, Cass. pen., sez. IV, 01-02-2012, n. 10702, in *www.altalex.com*, secondo cui "In tema di infortuni sul lavoro, la delega di funzioni – ora disciplinata precipuamente dall'art. 16 t.u. sulla sicurezza – non esclude l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite; tuttavia, detta vigilanza non può avere per oggetto la concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni – che la legge affida al garante – concernendo, invece, la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato; ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato – al quale vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo – e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni". Il principio, già in precedenza affermato, tra le altre, da Cass. pen., sez. IV, 04-10-2011, n. 39266, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass., sez. IV pen., 26 maggio 2004, n. 24055, in *Mass. Giur. Lan.*, 2005, 3, 224 e Cass., sez. IV pen., 14 gennaio 2003 (11.07.2002), n. 988, in *Foro it.*, 2003, II, 324, è quello per cui la delega di funzione, se specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del consiglio, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega. Quanto, invece, ai requisiti formali ed al contenuto della delega sono stati individuati dalla dottrina alcuni presupposti per la validità ed efficacia di essa, ovvero le notevoli dimensioni dell'impresa; l'effettiva necessità di operare la ripartizione; l'idoneità (intesa come possesso della capacità e delle conoscenze professionali adeguate) del soggetto delegato; l'attribuzione allo stesso di ampi poteri organizzativi, decisionali e di spesa; la forma scritta; la non ingerenza del delegante nell'esercizio delle funzioni delegate. Così L. GALANTINO, *op. cit.*, 75. ma nel senso della non necessità della forma scritta della delega v. Cass., sez. III pen., 7 ottobre 2004, n. 39268, in *Law. giur.*, 2005, 34, con nota di A. MORRONE, *Obbligazione di sicurezza nella pubblica amministrazione e delega di funzioni*.

<sup>31</sup> Si tratta della direttiva attuata in Italia con il d. lgs. n. 626/94.



della salute dei lavoratori durante il lavoro, all'art. 3, lett. *b*), stabilisce che, “ai fini della presente direttiva”, per datore di lavoro si intende “qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento”.

Il criterio di imputazione degli obblighi di sicurezza, dunque, non attiene esclusivamente all'aspetto formale della titolarità del rapporto di lavoro, ma è anche (e forse soprattutto) di tipo sostanziale, nel senso che prende in considerazione e valorizza il rapporto di fatto, comunque giuridicamente rilevante, tra il responsabile effettivo dell'organizzazione del lavoro ed i rischi connessi ad essa, colui il quale, cioè, esercita effettivamente, al di là della posizione formale, i poteri datoriali sotto il profilo della sicurezza, potendo disporre di una totale autonomia decisionale e di adeguati mezzi finanziari per poter concretamente adottare le misure atte ad individuare ed eliminare i rischi stessi<sup>32</sup>.

Vale dunque un discorso per certi aspetti inverso rispetto a quanto accade in relazione alla delega di funzioni. Invero, mentre il titolare formale del rapporto di lavoro resta responsabile dei doveri in materia di sicurezza e degli effetti connessi all'eventuale inadempimento di esse anche qualora abbia delegato a terzi lo svolgimento delle relative funzioni, nel caso in cui l'organizzazione del lavoro ed il processo produttivo sia in concreto affidato ad un soggetto diverso, questo assume su di sé, insieme al primo, le obbligazioni anzidette. Questa potenziale estensione del novero dei soggetti obbligati, qualificabili come datori di lavoro ai fini della sicurezza, si deve, evidentemente, alla necessità di assicurare una adeguata tutela ad un bene di rilevanza costituzionale, ovvero il diritto alla salute che, in forza della lettura combinata degli artt. 32 e 2 della Carta, assurge al rango di diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, da garantire in qualsiasi situazione in cui esso espliciti la sua personalità e dunque anche nello svolgimento dell'attività lavorativa.

In linea con questa impostazione l'art. 2, comma 1, lett. *b*), primo periodo, d. lgs. n. 81/2008, stabilisce che il datore di lavoro (privato) è “il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”.

La norma si pone in assoluta continuità rispetto al d. lgs. n. 626/1994, confermando una nozione ampia della figura datoriale, da intendersi sia in un'accezione formale che sostanziale<sup>33</sup>. E, come detto, è proprio quest'ultimo profilo a prevalere, tanto da aver spinto qualcuno a ritenere che alla materia prevenzionistica possano essere applicati criteri diversi e

---

<sup>32</sup> G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 91/2009, 5.

<sup>33</sup> P. PASCUCI, (con la collaborazione di L. ANGELINI e C. LAZZARI), *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Quaderni di Olympus – 3, 2011, 45 ss..



specifici rispetto al generale ambito civilistico<sup>34</sup>. Lo dimostra anche il mantenimento dell'avverbio "comunque", da cui si desume che è proprio il criterio sostanziale da tenere in considerazione nelle ipotesi di dissociazione tra titolarità formale del rapporto di lavoro e responsabilità effettiva dell'organizzazione con utilizzazione delle prestazioni rese dal dipendente<sup>35</sup>.

Dunque al criterio strettamente giuridico-formale, collegato alla titolarità del rapporto di lavoro, se ne affianca, fino quasi a divenire prevalente, uno imperniato sulla responsabilità derivante dal rapporto con l'organizzazione, che consente di evitare l'attribuzione in via esclusiva della responsabilità in capo a colui che sia solo parte contrattuale, ma risulti privo delle necessarie attribuzioni per la predisposizione di misure atte a contrastare o ad eliminare il rischio per la salute dei prestatori.

La conferma definitiva della preferenza del legislatore per la qualificazione in termini sostanziali del datore di lavoro ai fini della sicurezza deriva poi dal tenore letterale del richiamato art. 2, comma 1, lett. *b*), nella parte in cui il riferimento diviene non più la titolarità dei poteri decisionali e di spesa, ma l'esercizio dei medesimi<sup>36</sup>.

E tuttavia è chiaro che proprio nell'ambito di una opzione sostanzialistica<sup>37</sup>, quale quella prescelta dal legislatore, diviene quanto mai importante ed è senza dubbio prioritaria, per identificare il datore di lavoro ai fini della sicurezza, una indagine sulle caratteristiche della specifica realtà organizzativa, onde poter correttamente individuare quella figura che, in quanto destinataria di determinate attribuzioni, è chiamata a rispondere di eventuali inadempimenti.

---

<sup>34</sup> F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, in L. GALANTINO - *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d. lg. n. 81/2008 e il d. lg. n. 106/2009*, Milano, 2009, 88.

<sup>35</sup> C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *I Working Papers di Olympus*, 7/12, 6.

<sup>36</sup> Si tratta di una opinione alquanto diffusa in dottrina. Cfr. P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: le definizioni*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI, (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, 90; L. FANTINO, A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2011, 65; A. GIULIANI, *Misure generali di tutela, obblighi del datore di lavoro e valutazione dei rischi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del d. lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 89 s.; G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, cit., 11; P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I Working Papers di Olympus*, 1/2011, 18; C. TIMELLINI, *Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d. lgs. n. 81/2008 e il d. lgs. n. 106/2009*, cit., 37; D. VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 154; A. ZINI, *Il quadro normativo per la tutela della salute dei lavoratori dopo il d.lgs. n. 106/2009*, in F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e il decreto correttivo 106/2009*, Milano, 2009, 46.

<sup>37</sup> Tale approccio si estende altresì all'ambito del lavoro pubblico. L'art. 2, lett. *b*), secondo periodo, d. lgs. n. 81/2008 stabilisce, infatti, che, "nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo".



4. Dal quadro innanzi descritto emerge, all'esito dell'emanazione del nuovo testo unico, una accentuazione del ruolo del datore come principale debitore di sicurezza e ciò anche in virtù della estensione a soggetti non formalmente titolari del rapporto di lavoro delle disposizioni riguardanti le obbligazioni in materia.

È un ulteriore, importante, segnale del fatto che l'obbligazione di sicurezza è ormai assurta ad obbligazione principale del contratto di lavoro al pari di quella retributiva.

E se è vero che, sotto il profilo strettamente giuridico, non si tratta certo di una novità, al tempo stesso non si può non rilevare come il tema della concreta tutela del corrispondente diritto facente capo al prestatore di lavoro sia rimasto sempre ai margini del sinallagma contrattuale, della dinamica cioè del rapporto obbligatorio datore-prestatore, da sempre basato su aspetti essenzialmente economici ed addirittura con una spiccata tendenza, alimentata in epoche passate, ma per molti decenni, anche dalle posizioni assunte dal sindacato, a monetizzare il rischio derivante dalla prestazione lavorativa, a convertirlo cioè in indennità economiche ed a veicolarlo solo in tale veste all'interno del contratto di lavoro<sup>38</sup>.

Un progressivo ma costante mutamento di indirizzo nell'azione di tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella gestione della sicurezza, dal legislatore, alle parti sociali, a quelle del rapporto di lavoro, si è verificato solo negli ultimi decenni, anche sulla spinta, talvolta decisiva, dell'opinione pubblica, sempre più sensibile al tema della sicurezza, in ragione del numero sempre elevatissimo di infortuni sul lavoro, quotidianamente riportati dalle cronache.

Si sono dunque via via create le condizioni per una collocazione del tema tra le primissime priorità dell'agenda del legislatore, forte di una sempre più diffusa coscienza popolare del fenomeno infortunistico, ma anche nell'attenzione della dottrina giuslavorista, che gli ha definitivamente attribuito un posto centrale nel diritto del lavoro, e della giurisprudenza di merito e di legittimità, sempre più incline a valutare il rispetto delle disposizioni in materia di sicurezza in termini di adempimento o inadempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

---

<sup>38</sup> L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2010, 370; M. BIAGI – M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2007, 609. È stato rilevato come il rischio di monetizzazione sia tuttora presente in quanto insito in numerose disposizioni che prevedono sanzioni esclusivamente pecuniarie a fronte di disattenzione agli obblighi di sicurezza. Così P. ROJA, *Forme atipiche di obblazione: artt. 301, 301 bis e 302*, in M. PERSIANI – M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza del lavoro*, Milano 2012, 802. Nel senso di ritenere invece definitivamente superata oggi la tendenza alla monetizzazione del rischio salute, v. A. PADULA, *Tutela civile e penale della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2010, 16, secondo il quale la diffusa industrializzazione e l'accresciuta complessità dei processi produttivi, nonché il rapporto tra carenze in fase di prevenzione ed aumento costante degli infortuni sul lavoro, hanno contribuito allo sviluppo di concezioni fondate sulla tutela di beni primari, quali il diritto alla salute ed alla integrità psico-fisica del prestatore di lavoro.



In un contesto dunque assai più favorevole ad accogliere senza significative resistenze il varo di un testo unico, che ha riproposto, ampliandone il campo di applicazione e la portata, le norme più innovative del provvedimento legislativo (d. lgs. 626/94) che nel recente passato aveva rappresentato il segno tangibile di un nuovo approccio complessivo al tema, si è pervenuti al nuovo quadro regolamentare.

L'impressione generale che si ricava dalla complessiva lettura del testo unico che, come visto, produce l'intensificazione dei profili di responsabilità del datore di lavoro, è quella di un riequilibrio degli interessi sottesi al rapporto di lavoro e di un sostanziale conseguente ampliamento del sinallagma del contratto, nel quale irrompe l'obbligazione di sicurezza, divenuta, senza più limitazioni di sorta, come si diceva, obbligazione primaria al pari di quella retributiva in capo al datore, ma con significative proiezioni anche sul prestatore di lavoro che, nel nuovo quadro, non è più solo un creditore di sicurezza, ma è tenuto a propria volta a partecipare attivamente alla gestione dei rischi, assumendosi obblighi immediatamente incidenti, anche sotto il profilo economico, sulla dinamica dei suoi rapporti con il datore di lavoro<sup>39</sup>.

Va però chiarito che la distribuzione delle responsabilità in materia di sicurezza non subisce, per via di questo coinvolgimento del prestatore nella attuazione di misure prevenzionistiche indicate dal datore o nell'assunzione di una condotta improntata alla prudenza richiesta dalla natura della prestazione, particolare contraccolpi, dovendosi ritenere eccezionali o comunque residuali le ipotesi di concorso di colpa del lavoratore con conseguente esonero totale del datore da ogni responsabilità<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr., *infra*, par. 3.

<sup>40</sup> Così Cass. civ., sez. lav., 23-01-2012, n. 856, in <http://olympus.uniurb.it>, secondo cui "In materia di prevenzione degli infortuni il datore di lavoro è sempre responsabile ex art. 2087 c.c. dell'infortunio occorso al lavoratore sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente; non potendo attribuirsi alcun effetto esimente per l'imprenditore dall'eventuale concorso di colpa del lavoratore, la cui condotta può comportare l'esonero totale del medesimo imprenditore da ogni responsabilità solo quando presenti i caratteri di abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell'evento, essendo necessaria a tal fine una rigorosa dimostrazione dell'indipendenza del comportamento del lavoratore dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro e, con essa, dell'estraneità del rischio affrontato a quello connesso alle modalità ed esigenze del lavoro da svolgere". V. anche, in termini, Cass., sez. lav., 25-02-2011, n. 4656, in <http://olympus.uniurb.it>. nonché Cass. 17 febbraio 2009, n. 3786, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, 253; Cass. 14 aprile 2008, n. 9817, in *Guida dir.*, 2008, 22, 52, secondo cui per ritenere sussistente il comportamento abnorme del lavoratore è necessaria una rigorosa dimostrazione dell'indipendenza della condotta del lavoratore dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro. Di diverso avviso Cass. 23 febbraio 2010, n. 7267, in *Guida dir.*, 2010, 12, 106, che estende il concetto di abnormità, ammettendo che questo possa ravvisarsi anche in situazioni e in comportamenti connessi con lo svolgimento delle mansioni lavorative. È anche diffusa in giurisprudenza una nozione di rischio elettivo come "rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa". In tal senso Cass. 9 ottobre 2000, n. 13456, in *Dir. prat. lav.*, 2001, 940; Cass. 4 marzo 2005, n. 4723, in *Mass. giust. civ.*, fasc. IV, 2005, 578. In tema di comportamento del prestatore dolosamente orientato alla causazione dell'infortunio v. Cass. 26 giugno 2004, n. 11932, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 109, secondo cui il concetto di condotta dolosa è da ravvisarsi, ad esempio, nell'ipotesi di autolesionismo del lavoratore che "vuole lucrare nel conseguimento della rendita di infortunio". In tema di irrilevanza ai fini dell'esclusione o della riduzione della responsabilità del datore della negligenza del



Non sembra dunque eccessivo parlare oggi di un ampliamento della causa del contratto di lavoro, non più limitata allo scambio prestazione-retribuzione, ma piuttosto a quello prestazione sicura-retribuzione.

La naturale conseguenza di una siffatta ricostruzione sembra essere tuttavia rappresentata da un quadro nel quale, al pari di altri contratti a prestazioni corrispettive, anche nel contratto di lavoro potrebbe validamente essere eccepito dal prestatore l'inadempimento del datore agli obblighi di sicurezza, con conseguenze di tipo economico che potrebbero non essere di poco conto.

Il riferimento è, in particolare, alla possibilità che il prestatore di lavoro, in questo caso, conservi intatto il proprio diritto alla retribuzione, pur non svolgendo la prestazione<sup>41</sup>.

Risulterebbe dunque applicabile il disposto di cui all'art. 1460 c.c., in forza del quale nel contratto a prestazioni corrispettive la parte che si trovi di fronte all'inadempimento dell'altra parte può legittimamente rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione, a condizione tuttavia che il rifiuto non sia contrario alla buona fede<sup>42</sup>.

---

prestatore di lavoro nell'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale si veda Cass. pen., sez. IV, 07-06-2011, n. 22514., in *Lav. Giur.*, 2012, 2, 133, con nota di M. PULICE, *È responsabile il datore di lavoro che non fornisce dispositivi antinfortunistici anche se non è presente*. Meno recente Cass., sez. lav., 17 aprile 2004, n. 7328, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 103 ss., con nota di S. BELLUMAT, *Responsabilità dell'imprenditore e concorso di colpa del lavoratore in materia di danno da infortunio*.

<sup>41</sup> A questa conclusione è già pervenuta, con argomentazioni difficilmente confutabili, Cass. Civ. Sez. Lav, 7.11.2005, n. 21479, in *Not. giur. lav.*, 2005, 615, e in *Guida al dir.*, 2005, 47, 35, con nota di G. GRAMICCIA, *Il casellante vittima di rapine in servizio non è licenziabile se si astiene dal lavoro - Ammessa anche per questi contratti la possibilità di rifiutare la prestazione*, secondo cui "Nei contratti con prestazioni corrispettive, qualora una delle parti adduca, a giustificazione della propria inadempienza, l'inadempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, tenendo conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite rispetto alla funzione economico-sociale del contratto, accertando in primo luogo la gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore, atteso che il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c. sussiste qualora il rifiuto sia stato determinato non solo da inadempimento grave ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite; con riferimento al contratto di lavoro, nell'ipotesi di sopravvenuto venir meno della prestazione lavorativa, non è ravvisabile l'ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, se il mancato (o non completo) adempimento del lavoratore trovi giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità psicofisica, del prestatore e se quest'ultimo, prima dell'inadempimento e secondo gli obblighi di correttezza, informi il datore circa le misure necessarie da adottare, sempre che tale necessità sia evidente o, comunque, accertabile o accertata (in applicazione di tale principio la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento di un esattore addetto ad un casello autostradale il quale, dopo numerose rapine subite e la diffida alla società affinché predisponesse le misure necessarie a garantire la sicurezza, si era astenuto dal lavoro)".

<sup>42</sup> Sull'applicabilità dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. al rapporto di lavoro in quanto fondato su un contratto a prestazioni corrispettive cfr. F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963; M. DELL'OLIO, voce *Autotutela (diritto del lavoro)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1988; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Padova, 1985; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. Civ., 27 aprile 2007, n. 10086, in *Not. giur. lav.*,



In questo contesto, operato il necessario giudizio di prevalenza tra i contrapposti inadempimenti contrattuali, che nel caso di effettiva mancata o inadeguata predisposizione delle misure di sicurezza richieste dalla tipologia di lavoro, non potrà che sancire la maggiore gravità di quello datoriale rispetto a quello del prestatore, la conclusione più probabile sembra essere quella di ritenere sussistente il diritto di quest'ultimo alla intera retribuzione, anche in caso di mancato o parziale svolgimento della prestazione.

Potrebbe deporre in tal senso la disposizione di cui all'art. 44 del d. lgs. n. 81/2008, ai sensi del quale "il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa".

Ebbene, immaginare di addebitare al prestatore di lavoro un inadempimento nell'ipotesi in cui egli, per evitare un pericolo imminente per la propria salute, si sia astenuto dallo svolgere la prestazione, ovvero semplicemente addebitargli la quota di prestazione non svolta in ragione di tale pericolo, sembra obiettivamente improponibile e comunque assai lontano dalla *ratio* della norma stessa e, più in generale, dai principi ispiratori dell'intero ordinamento in materia di sicurezza, a partire dalle disposizioni costituzionali e codicistiche sopra ricordate.

Deve pertanto ritenersi che con l'art. 44 il legislatore, nel riproporre in termini pressoché invariati una disposizione già contenuta nel d. lgs. n. 626/94, abbia inteso in qualche modo ribadire con una norma precettiva il principio della prevalenza della tutela della salute, quale diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività, rispetto ad altri interessi, potenzialmente con esso confliggenti, e segnatamente con quelli economici del datore sottesi al rapporto di lavoro.

In questo senso intesa la disposizione del testo unico potrebbe, interpretata secondo i principi oggi posti a base delle pronunce della giurisprudenza, fondate su una diversa lettura e applicazione delle norme di legge, costituire uno dei fondamenti della tesi prospettata circa la possibilità del prestatore di eccepire l'inadempimento del datore, conservando integri i propri diritti derivanti dal contratto di lavoro, non già o non solo quando il datore stesso non adempia all'obbligazione retributiva, ma anche quando ometta di predisporre adeguate misure di sicurezza.

---

2007, 329; Cass. Civ. Sez. lav., 25 luglio 2006, n. 16907, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 277, con nota di M. R. BARBATO, *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento* e in *Dir. e pratica lav.*, 2007, 2857, con nota di CANALI DE ROSSI, *Trasferimento del lavoratore: requisiti e forme di tutela*; Cass. Civ. Sez. lav., 16 maggio 2006, n. 9557, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 882, con nota di A. SITZIA, *Potere direttivo, rifiuto di eseguire la prestazione, eccezione di inadempimento: applicazioni giurisprudenziali asistematiche in materia di distacco e di lavoro in ambiente insalubre*; Cass. Civ. Sez. lav., 12 maggio 2005, n. 9954, in *Mass.*, 2005, 954; Cass. Civ., 2 aprile 2004, n. 6564, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, 697 con nota di L. VALENTE, *L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro. Un esempio di autotutela come risposta al mancato pagamento della retribuzione*; Cass. Civ., 9 marzo 2004, n. 4771, in *Lavoro e giur.*, 2004, 881 con nota di G. GIRARDI; Cass. Civ., 23 dicembre 2003, n. 19689, in *Foro it.*, 2004, I, 1111 e in *Lav. giur.*, 2004, 1169, con nota di M. DALLA CASA, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*.



Si tratta, come si può immaginare, di una prospettiva per certi versi dirompente, in ogni caso innovativa, ancorché saldamente ancorata al tradizionale principio civilistico *inadimplenti non est adimplendum*, e senza dubbio in grado di determinare effetti non trascurabili nella dinamica dei rapporti datore – prestatore di lavoro<sup>43</sup>.

Purtuttavia, va rilevato come in concreto possa risultare difficile per il prestatore di lavoro salvaguardare per questa via in modo tempestivo e soprattutto efficace in chiave prevenzionistica la propria salute e la propria sicurezza sul luogo di lavoro.

La buona fede, infatti, che come si è detto rappresenta una condizione per l'esperimento dell'eccezione di inadempimento, è legata alla prova dell'inadempimento del datore rispetto all'obbligo di predisposizione delle misure di sicurezza ed anche, in via subordinata, all'entità di tale supposto inadempimento, da cui dipende la possibilità del prestatore di rifiutare l'adempimento della propria obbligazione in tutto o in parte.

Resta interessante però notare come dalla monetizzazione del rischio si sia passati o si possa passare, alla valutazione in termini economici dell'inadempimento datoriale dell'obbligazione di sicurezza, facendo coincidere la misura del prezzo immediato (ed iniziale) dell'inadempimento stesso con quella della retribuzione dovuta al prestatore che si rifiuti legittimamente di adempiere alla propria obbligazione lavorativa.

Pure a queste sanzioni non scritte occorre dunque guardare per valutare il complessivo impatto dell'inadempimento all'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro.

---

<sup>43</sup> È dunque pacificamente riconosciuto il diritto del lavoratore a non svolgere la propria attività, conservando per intero il diritto alla controprestazione retributiva, in caso d'inosservanza delle misure di sicurezza da parte del datore di lavoro. Vi è chi ritiene tuttavia che anche quest'ultimo sia legittimato a non ricevere la prestazione "insicura" che gli è offerta, senza che ciò configuri gli estremi della *mora credendi*, per l'esistenza di quel "motivo legittimo" che, *ex art. 1206 c.c.*, giustifica la mancata cooperazione creditoria. Così C. LAZZARI, *op. cit.*, 36.