

## **Il funzionamento delle sezioni Lavoro visto dall'interno: disfunzioni, cause e rimedi.**

**intervento di Anna Terzi**

L'art. 26 del d. legisl. n. 81 ha sostituito l'art. 7 del d. legisl. 626/94 apportando modifiche al testo e introducendo nuove disposizioni.

La prima questione da affrontare è quella dell'ambito di applicazione della disposizione in relazione: a) a quanto disposto dal primo comma che così recita: "affidamento dei lavori all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima"<sup>1</sup>, b) al terzo e al quarto comma che escludono la responsabilità dell'imprenditore committente per "i rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici, subappaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi", c) ai contratti di affidamento di lavori ad altre imprese.

Benché i termini appalto e subappalto richiamino subito per associazione mentale il settore dell'edilizia, l'art. 26 TU ha portata generale e per il settore dell'edilizia vi sono norme specifiche molto articolate. Appare quindi opportuno procedere per definire l'ambito di applicazione della norma facendo riferimento a una casistica che si presenta in altri settori per dare costantemente concretezza all'argomentare, fermo restando che l'art. 26 si applica quale norma generale anche ai contratti nell'edilizia.

---

<sup>1</sup> Art. 26 comma 1: "Il datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima : ..ecc."

Innanzitutto il primo problema è se l'ex art. 7 ora art. 26 TU postuli o no una contestualità/contiguità spaziale e temporale fra l'attività del committente appaltante e l'attività dell'appaltatore e quindi se il "nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo" debba coesistere con "all'interno della propria azienda o unità produttiva", essendo il "nonché" aggiuntivo di un requisito ulteriore (ossia se si deve trattare di attività inerente al ciclo produttivo da svolgere in una qualche contiguità spaziale o temporale con quella del committente) o se invece il "nonché" sia aggiuntivo di una fattispecie ulteriore (all'interno dell'azienda ecc. o comunque inerente al ciclo produttivo della stessa).

Negli ultimi vent'anni si è assistito a una continua segmentazione delle attività produttive, con affidamento ad altre imprese, all'interno o all'esterno delle aziende, delle singole fasi di produzione del risultato, imprese più o meno piccole, molto spesso a imprese cooperative.

Esempi: l'impresa che ottiene in appalto il servizio mensa per una fabbrica e che lo fornisce appaltando all'esterno, a imprese diverse, la preparazione degli alimenti, il trasporto e il servizio all'interno dei locali; l'azienda produttrice di vestiario, che fa confezionare all'esterno i capi, mantenendo solo la gestione della parte commerciale. Aggiungiamo per colorire gli esempi che l'impresa di catering ha l'appalto di servizi mensa per più fabbriche e che l'impresa che cucina, quella che trasporta e quella che serve lavorano solo per questo appaltante e che la casa di mode non solo appalta all'esterno la confezione dei suoi modelli, ma consegna i tessuti,

impone quali macchine usare per la cucitura, lo stiro ecc. e che magari a sua volta l'impresa appaltatrice subappalta a piccole imprese diverse il cucito, la finitura, lo stiro e che queste imprese lavorano solo o quasi solo per quella casa di mode.

E va sottolineato che spesso questa organizzazione della produzione è il risultato non di una scelta fatta ex ante di assumere la gestione solo della organizzazione di altre imprese per arrivare al servizio o opera finale, ma è il risultato della scelta ex post, ad attività avviata, di scorporare le fasi di produzione prima gestite in proprio per scaricare all'esterno un insieme di oneri, compresa la gestione del personale, il costo del lavoro e il rischio di infortuni.

Ultimamente mi sono occupata, per altri fini, di una azienda leader di produzione di salumi e affini, che ha un ciclo produttivo dal suino vivo al prosciutto, coppa e culatello in cui intervenivano per settori, a suo dire distinti, ben cinque cooperative, i cui lavoratori erano tutti occupati sulle linee di produzione interne all'azienda, azienda nella quale i lavoratori direttamente dipendenti erano occupati solo nella fase tecnicamente più impegnativa.

Non interessa entrare qui nel merito della liceità di questi appalti, che per quanto riguarda l'ultimo esempio è molto discutibile, ma vedere in che rapporto sono questi appalti con l'art. 26 TU, anche perché in caso di infortunio/malattia professionale il poter prescindere completamente dalle problematiche sottostanti alla liceità degli appalti agevolerebbe sotto vari profili l'accertamento delle responsabilità.

E allora si applica e come si applica l'art. 26 TU a queste forme di organizzazione segmentata di produzione del risultato finale?

Non vi è una casistica giurisprudenziale a cui fare riferimento e la copiosa giurisprudenza che si è formata per distinguere appalti leciti e illeciti in relazione agli artt. 1 e 3 della L n. 1369/60 può essere solo parzialmente recuperata per la questione che qui interessa e che presuppone appalti leciti.

Partendo dalla questione sopra indicata sub a) va svolto un primo rilievo.

La 626 e il TU sono attuazione, fra le altre, della direttiva 89/391 di disciplina generale, che in vari articoli utilizza ripetutamente il riferimento a “impresa e/o stabilimento” e agli artt. 10 punto 2 e 12 punto 2, che trattano la fattispecie che ci interessa, questi due termini vengono legati da una “o” disgiuntiva (lavoratori delle imprese e/o stabilimenti esterni, i quali intervengono nella sua impresa o nel suo stabilimento)<sup>2</sup>. Mentre la nozione di stabilimento implica una collocazione spaziale ben precisa, la nozione di impresa ne prescinde identificandosi invece con un concetto di mera organizzazione, concetto in sostanza accolto nella stessa definizione di datore di lavoro di cui all’art. 2 del decreto<sup>3</sup> e quale del resto si desume dalla definizione di imprenditore di cui all’art. 2082 cod. civ.

L’uso dei termini “stabilimento e/o impresa” e l’uso della “o” disgiuntiva fra i due termini nella descrizione degli obblighi del “datore di lavoro” per le ipotesi di affidamento di lavori ad altre

---

<sup>2</sup> Direttiva 391/89, art. 10 punto 2: “Il datore di lavoro prende le misure appropriate affinché i datori di lavoro dei lavoratori delle imprese e/o degli stabilimenti esterni, i quali intervengono nella sua impresa o nel suo stabilimento, ricevano...ecc.”. Art. 12, punto 2: “Il datore di lavoro deve assicurarsi che i lavoratori delle imprese e/o degli stabilimenti esterni, i quali intervengono nella sua impresa e/o stabilimento abbiano ricevuto istruzioni adeguate circa i rischi per la sicurezza e la salute durante la loro attività nella sua impresa o nel suo stabilimento”.

<sup>3</sup> Art. 2 lett. b) decreto 81/08: “datore di lavoro”: il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l’assetto della 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....ecc.”

imprese ossia la continua associazione e contrapposizione di due termini sta dunque ad indicare, se non si vuole togliere contro ogni logica qualsiasi significato alle locuzioni utilizzate, che il riferimento è a due concetti diversi e che, attesa la correlazione fra impresa e organizzazione, rileva anche la semplice inerenza all'organizzazione dell'impresa a prescindere da un'identificazione spaziale del luogo dove quest'attività viene svolta. In questo senso dunque l'art. 2 lett. b) è attuazione della direttiva, in conformità, va ribadito, alla nozione di impresa di cui all'art. 2082 cod. civ.

Secondo rilievo.

La direttiva nei considerando richiama in due punti la necessità che i costi di impresa ed esigenze di concorrenza non siano criteri per determinare il livello di protezione dai rischi sul luogo di lavoro. Partendo dai considerando della direttiva e dal concetto molto ampio di rischio che è sottostante e informa la direttiva e poi la 626 e i decreti speciali successivi e ora il TU, si può affermare che la finalità della normativa sia quella di mettere come prioritario lo scopo della sicurezza del lavoratore rispetto a tutti i rischi di infortunio e malattia professionale con un obbligo assoluto di formazione/informazione a carico del “datore di lavoro”, che nella definizione dell'ex art. 7 ora art. 26 TU punto 1 è l'imprenditore committente. E la direttiva 391 esplicita chiaramente quest'obbligo in due contenuti: all'art. 6 punto 4 e all'art. 10 punto 2 impone obblighi di coordinamento e informazione dei datori appaltatori o subappaltatori e all'art. 12 punto 2 impone di assicurarsi che i lavoratori dipendenti da questi ultimi abbiano effettivamente ricevuto istruzioni adeguate circa “i rischi per la

sicurezza e la salute durante la loro attività nella sua impresa o nel suo stabilimento”.

Appare quindi abbastanza chiara la volontà legislativa di imporre gli obblighi di sicurezza, secondo criteri sostanziali e di effettività, in primo luogo sui soggetti responsabili delle scelte che incidono sui rischi dell'intero processo produttivo.

Si può quindi concludere che, nel complessivo contesto normativo descritto, il “nonché” di cui al primo comma dell'art. 26 debba essere letto nel senso di “o comunque”, essendo rilevante non solo la contestualità o la contiguità spaziale e temporale dell'attività degli appaltatori, ma anche la semplice inerenza sul piano organizzativo della loro attività al ciclo produttivo del committente.

Detto questo resta però da definire che cosa si debba intendere per ciclo produttivo e quale sia la modalità di applicazione dell'art. 26. L'unico criterio tecnico ed economico che consente di individuare o escludere l'unicità di ciclo produttivo è quello della organizzazione della produzione del risultato finale che il committente mette sul mercato, in conformità alla definizione di “datore di lavoro” di cui all'art. 2 lett. b). Ogni qual volta il committente non si limiti ad acquistare sul mercato da liberi produttori servizi, semilavorati, componentistica ecc. da utilizzare nella sua attività, ma procede con contratti con i quali impone una produzione specifica e su propria scelta tecnica per la sua impresa si deve applicare l'art. 26. E in questo quadro l'enucleazione dei rischi specifici dell'attività dell'appaltatore o del subappaltatore (questione indicata sopra sub b) segue lo stesso criterio: è specifico tutto quello che è gestito autonomamente, mentre

non è specifico ogni rischio connesso a scelte tecniche e organizzative imposte dal committente. Per tornare agli esempi: l'impresa di catering sarà tenuta agli obblighi di cui all'art. 26 per tutto quanto attiene alla interferenza fra le varie attività e al coordinamento ecc. con l'attività del suo committente (per il quale è l'unico soggetto appaltatore), mentre sarà rischio specifico ad esempio quello inerente alla gestione del deposito della impresa di automezzi, quello della preparazione dei pasti...ma non sarà più rischio specifico quello ad esempio connesso al sistema di confezionamento dei pasti, anche in relazione al trasporto, se il tipo, il materiale ecc. delle confezioni è deciso dall'appaltante. Per la casa di mode il confine fra rischio condiviso e rischio specifico seguirà la linea dell'ingerenza nella scelta dei materiali, nella organizzazione del lavoro ecc. Se invece che a capi in tessuto facciamo riferimento a capi o accessori o calzature in pelle, per i quali sicuramente il committente impone specifiche tecniche di trattamento e lavorazione vediamo subito come si amplia la correlativa responsabilità ad es. per i rischi di malattia professionale.

Una conferma della correttezza di questa impostazione si ricava dal richiamo esplicito fatto dall'art. 26 anche ai contratti di somministrazione, sui quali taceva l'art. 7. E', infatti, con i contratti di somministrazione, che vengono affidate ad altre imprese le attività di produzione, come, nel mio secondo esempio quello della casa di moda. I servizi o la singola opera vengono commissionati attraverso l'appalto, la fornitura continuativa di "cose" (secondo la definizione codicistica) con la somministrazione. E la somministrazione accede

tipicamente ad attività che si svolgono all'esterno della azienda committente e in coordinamento temporale, ma senza contestualità, si tratta di attività che semplicemente si inseriscono nel ciclo produttivo (rispetto a tutti questi contratti l'ambito rispettivo della responsabilità del committente e del rischio specifico si atteggerà diversamente in ogni caso concreto secondo il criterio tecnico organizzativo di cui ho appena detto).

Ma una ulteriore conferma si può trarre verificando le conseguenze della interpretazione opposta. Il ritenere che “nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo” significhi che l'attività affidata ad altre imprese debba essere oltre che da svolgere all'interno dell'azienda anche inerente al ciclo produttivo equivale a dire che il “nonché” introduce una limitazione di responsabilità, con esclusione delle attività che pur in contestualità spaziale con quella del committente non siano proprie del suo ciclo produttivo. Una conseguenza di questo genere collide con tutte le disposizioni specifiche della direttiva e dell'art. 26, che impongono al committente obblighi di sicurezza ogni qual volta vi sia la possibilità di interferenza fra le varie attività delle imprese che si muovono in uno stesso contesto.

Nella delega per il TU si parla solo della disciplina dei contratti di appalto, ci può dunque essere stato un eccesso del legislatore delegato con l'inserimento anche della somministrazione? Il quesito, che è strettamente connesso con la terza questione (indicata sopra sub c) inerente all'ambito di applicazione dell'art. 26, relativa al tipo di contratto di affidamento dei lavori ad altre imprese, ha risposta negativa.

La delega comprende l'attuazione della direttiva 89/391. La direttiva, per sua natura, avendo come destinatari ordinamenti giuridici diversi, non può essere interpretata nel senso di una delimitazione al contratto di appalto. Essendo diretta alla armonizzazione delle legislazioni nazionali deve necessariamente fare riferimento a concetti sostanziali e non a tipologie di contratti individuate per il nomen iuris che hanno in ciascun ordinamento. Il concetto sostanziale della direttiva è quello dell'affidamento di lavori ad altre imprese, che "intervengono nella sua impresa e/o nel suo stabilimento", indipendentemente dal tipo di contratto stipulato. La nozione di base è quella dell'affidamento ad altre imprese di segmenti del ciclo produttivo dell'imprenditore committente.

Conseguentemente il riferimento all'appalto, al contratto d'opera e alla somministrazione, con indicazione al comma 5 per il primo e per il terzo delle norme del cod. civ. non può essere inteso come indicazione tassativa L'art. 26 si applica a qualsiasi tipo di contratto eventualmente anche atipico che realizzi lo stesso scopo di quelli nominati. Nel caso del produttore di salumi di cui sopra, per esempio, dal 2006 è stato stipulato con le cooperative consorziate un affitto di ramo di azienda, ma questo è irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 26, atteso che si tratta sul piano tecnico, economico e della organizzazione aziendale esattamente della stessa attività prima oggetto di contratti d'appalto.

Con il comma 4 dell'art. 26 è stata riprodotta la norma introdotta alla fine del 2006 cod. civ. relativa alla responsabilità solidale del committente per i danni da infortunio subiti dai lavoratori

dell'appaltatore non coperti dagli istituti assicuratori. Diversamente dall'art. 7 l'art. 26 specifica che sono esclusi i danni conseguenti alla realizzazione dei rischi specifici. Si tratta di una responsabilità extracontrattuale e oggettiva, che prescinde dall'accertamento della imputabilità dell'inadempimento agli obblighi chiamiamoli di tutela congiunta che ha dato luogo all'infortunio (che sarà rilevante nei rapporti interni fra appaltante e appaltatore per l'eventuale regresso). Diversamente opinando si arriverebbe alla conclusione che si tratta di una norma inutile. Infatti, se il presupposto della responsabilità solidale fosse l'accertamento della colpa dell'imprenditore committente per violazione, in concorso con l'appaltatore, di uno degli obblighi imposti dalla norma stessa, nessun dubbio vi potrebbe essere sulla sua responsabilità solidale a prescindere dalla norma specifica.

Lo schema è sostanzialmente quello dell'art. 2049 cod. civ., di cui condivide la struttura e con cui condivide, unitamente a tutte le altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale oggettiva, il criterio di imputazione del rischio al soggetto che si avvantaggia della situazione di fatto oggetto della fattispecie (coerentemente alla definizione di cui all'art. 2 lett. b) quale soggetto cui fa capo il potere decisionale e di spesa). E la responsabilità oggettiva del datore di lavoro è contemplata e consentita proprio dalla direttiva che all'art. 5 punti 3 e 4 dispone "Gli obblighi dei lavoratori nel settore della sicurezza e della salute durante il lavoro non intaccano il principio della responsabilità del datore di lavoro. La presente direttiva non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità

dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata”. Nel nostro ordinamento si è inglobata la 626 nell’art. 2087 cod. civ. (forse in via solo giurisprudenziale), ma la direttiva avrebbe consentito anche altre scelte.

Il comma 4 dell’art. 26 non menziona i contratti i somministrazione (e gli altri possibili contratti “ad effetto equivalente”), ma per quanto detto si deve ritenere che la norma sia applicabile anche a queste ipotesi. Da notare che anche l’esordio del comma 1 non li menziona, ma poi alla lett. a) e per richiamo alla lett. b) li cita nel momento in cui descrive il contenuto degli obblighi del committente. Si tratta solo di una cattiva formulazione della norma o di un uso atecnico della nozione di appalto, come sicuramente è nella formulazione del comma 5 (che nella prima parte li menziona e nella seconda parte, nel contesto di una disciplina unitaria, fa riferimento solo ai costi per la sicurezza dell’appalto), essendo invece indicativo solo il concetto di affidamento del lavoro ad altre imprese.

Del resto, la responsabilità solidale del committente, una volta imposti gli obblighi di cui all’art. in questione anche per la somministrazione (o altri contratti) deriva dai principi generali appena richiamati. Ritenere che il comma 4 si applichi solo all’appalto vorrebbe dire gravare il lavoratore, per tutti gli altri contratti con lo stesso scopo e risultato, della ripartizione del rischio fra committente e impresa che ha in affidamento i lavori, sottoporre a un diverso regime probatorio (prova della colpa) questi contratti ed escludere solo per

questi contratti la responsabilità del committente quando non vi sia o non si raggiunga la prova di una sua responsabilità rispetto all'adempimento degli obblighi congiunti, ma non si vede per quale ragione. E tanto meno se ne vede la ragione se si considera che nella pratica negoziale molto spesso è difficile distinguere un appalto o una serie di appalti da una somministrazione, potendo essere usato indifferentemente l'uno o l'altro schema negoziale per raggiungere lo stesso scopo o dipendendo la scelta da questioni che non attengono a una maggiore o minore autonomia dei lavori affidati.

Sulla competenza del giudice del lavoro a conoscere delle controversie in cui venga in considerazione la responsabilità oggettiva del committente non avrei dubbi, atteso che il titolo della domanda è sempre il rapporto di lavoro con l'appaltatore, come è per l'art. 3 della legge 1369/60 o per l'art. 1676 cod. civ.

Per quanto riguarda il contenuto degli obblighi del committente l'art. 26 procede a una disciplina articolata, rispetto alla quale si possono individuare due categorie: quella della scelta secondo idoneità e capacità professionale, quella della formazione/informazione, prevenzione e protezione rispetto ai rischi, con gestione congiunta del rischio non specifico alla attività dell'impresa che ha avuto in affidamento i lavori. Il contenuto concreto di questi obblighi non può che essere individuato caso per caso secondo la specificità di attività di impresa e contratto.

Di particolare interesse è la disciplina di cui al comma 5. A prescindere dall'autocertificazione e dal futuro, se mai vi sarà, sistema di qualificazione di cui agli artt. 6 e 27 TU, il comma 5 dell'art. 26

impone un obbligo con un preciso contenuto, quello della indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro con particolare riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto (contratto di affidamento di lavori). Questa disposizione, per gli oneri e la possibile responsabilità che implica, potrebbe innanzi tutto avere un effetto dissuasivo, ma consente anche un penetrante controllo in sede giudiziaria dell'adempimento dell'obbligo generale di cui al comma 1 lett. a), perché non si tratta solo di formare un piano di sicurezza e di valutazione del rischio, bensì della specifica indicazione di tutti i rischi connessi all'esecuzione del singolo contratto e dei costi per l'adozione delle misure di sicurezza. L'assenza o la genericità di questo documento dovrebbe essere già di per se stessa considerata inadempimento nell'obbligo della buona scelta dell'appaltatore con l'eventuale conseguenza di non poter più invocare quale esimente la specificità del rischio rispetto alla attività dell'appaltatore al fine di sottrarsi dalla responsabilità solidale. L'idoneità dell'imprenditore cui vengono affidati i lavori, nel contesto dell'art. 26, è infatti l'idoneità a gestire il sistema di sicurezza e non certo l'idoneità a fornire il servizio o l'opera richiesta.

E' poi interessante il potere di controllo del sindacato. Questo potere di controllo, se è un diritto delle organizzazioni sindacali, deve avere anche una tutela in sede giudiziale, con quali forme e contenuti è tutto da discutere. E' in particolare interessante l'affinità di questo potere di controllo con la possibilità proposta da MD di introdurre un procedimento ex art. 28 L n. 300/70, chiedendo in via d'urgenza l'adempimento degli obblighi di sicurezza. La sanzione della nullità

dei contratti privi della indicazione dei costi relativi alla sicurezza lascia invece perplessi perché nei contratti ad esecuzione continuata non è molto efficace (salvo che venga riconosciuto alle organizzazioni sindacali il potere di fare valere la nullità, non si vede però con quali effetti pratici).

Rimane il problema della responsabilità del committente nei confronti del lavoratore autonomo, che è responsabilità contrattuale, che si atteggia diversamente in relazione alla nozione di rischio specifico e quindi in relazione alla specializzazione e grado di professionalità richiesto dalla prestazione oggetto del contratto: più la prestazione richiede un alto grado di professionalità e specializzazione più ampia è l'area del rischio specifico e viceversa (quesito può il committente essere ritenuto responsabile per l'infortunio del lavoratore autonomo per non avere verificato la sua "idoneità tecnico professionale ...in relazione ai lavori"?).

Torino, giugno 2008