

LE NUOVE FORME DI RAPPORTO DI LAVORO: RIFLESSI SULLA TUTELA ANTINFORTUNISTICA*

LUIGI LA PECCERELLA**

Al fine di poter compiutamente esaminare quali effetti sulla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali siano stati determinati dai recenti provvedimenti legislativi che hanno riordinato le tipologie di contratto di lavoro è necessario, innanzi tutto, riepilogare quale sia l'ambito soggettivo di tutela delimitato dal d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, quale sia il fondamento storico e socio-lavorativo di tale delimitazione e quali aspetti critici presenti la predetta delimitazione, anche a prescindere dagli interventi più recenti del legislatore.

Il d.p.r. 30 giugno 1965 definisce l'area soggettiva della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, circoscrivendola, salvo talune eccezioni, entro i confini del rapporto di lavoro subordinato. Ai sensi dell'articolo 4 del citato d.p.r., infatti, i soggetti tutelati sono *“coloro che in modo permanente o avventizio prestano alle dipendenze e sotto la direzione altrui opera manuale retribuita, qualunque sia la forma di retribuzione”*.

Tralasciando la specificazione relativa alla manualità dell'opera, risulta evidente che gli elementi tipizzanti dei soggetti tutelabili sono la dipendenza dal datore di lavoro e il potere di direzione di quest'ultimo.

Gli stessi elementi tipizzanti sono posti a base della netta dicotomia sancita dal Codice civile tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. L'articolo 2094 c.c., infatti, così definisce il lavoratore subordinato: *“È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*.

Le poche eccezioni alla limitazione della tutela all'area del lavoro subordinato riguardano alcune tipologie di lavoro autonomo (artigiani, agricoltori diretti, ecc.) caratterizzate dalla preponderanza della componente di manualità della relativa attività, o attività che, pur non connotate dai caratteri distintivi del lavoro subordinato, sono sostanzialmente assimilabili a quest'ultimo, come nel caso dei detenuti che prestino attività lavorativa.

* Relazione presentata al Seminario nazionale avvocati Inail, tenutosi a Palermo il 24 novembre 2016.

** Già Avvocato generale Inail e Direttore responsabile di questa rivista.

Per quanto riguarda il lavoro subordinato, poi, il legislatore non ha enunciato un principio generale di tutela, ma ha individuato i soggetti tutelati mediante l'elencazione delle attività protette, selezionate sulla base della rischiosità valutata *ex ante*. Le ragioni di questa scelta del legislatore affondano le loro radici nell'origine stessa della tutela antinfortunistica, che pare opportuno riepilogare al fine di meglio verificare la coerenza e l'attuale validità della sopra sintetizzata definizione dell'area soggettiva di tutela.

Fino alla seconda metà del XIX secolo i lavoratori che avessero subito danni alla persona nell'esercizio della loro attività non erano tutelati in modo diverso da chiunque venisse a trovarsi in stato di indigenza, per qualsivoglia ragione.

Il sostegno economico ai lavoratori infortunati era, infatti, fornito esclusivamente dall'assistenza agli infermi e ai poveri, di cui si faceva carico la carità privata. L'unica tutela di una qualche efficacia era quella risarcitoria, prevista, per la generalità dei cittadini che subissero un danno ingiusto, dall'articolo 1151 del codice civile del 1865.

Il progressivo sviluppo delle attività industriali e minerarie nonché dell'edilizia (fenomeno, quest'ultimo, collegato anche all'espansione urbanistica di Roma, divenuta capitale del Regno), la percezione dei rischi propri di talune attività lavorative e del numero di eventi lesivi causati dalle stesse, indussero a ritenere inadeguata la soluzione che, all'epoca, confinava la tutela negli angusti limiti dell'istituto giuridico della responsabilità civile.

Si osservò, quindi, che, se il pericolo era intrinseco all'attività industriale e se erano gli imprenditori a introdurre maggiori rischi nella società, beneficiando delle utilità economiche derivanti dall'attività, allora era giusto che fossero gli imprenditori a farsi carico anche delle conseguenze pregiudizievoli delle attività produttive, anche quando non fossero ravvisabili profili di responsabilità che fossero loro addebitabili nello specifico evento lesivo.

In ciò si sostanzia il principio del rischio professionale, che costituì il fondamento della legge 17 marzo 1898, n. 80, con la quale fu introdotta in Italia l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, in analogia a quanto già avvenuto nella Germania di Bismarck.

L'obbligo assicurativo riguardava esclusivamente imprese che esercitassero attività connotate da un rischio particolarmente intenso ed era limitato agli operai¹.

1 Legge 17 marzo 1898, n. 80, art. 1: *“La presente legge si applica agli operai addetti 1° all'esercizio delle miniere, cave e torbiere; alle imprese di costruzioni edilizie; alle imprese per la produzione di gas o di forza elettrica e alle imprese telefoniche; alle industrie che trattano od applicano materie esplodenti; agli arsenali o cantieri di costruzioni marittime; 2° alle costruzioni ed imprese seguenti, qualora vi siano impiegati più di cinque operai: costruzione o esercizio di strade ferrate, di mezzi di trasporto per fiumi, canali e laghi, di tramvie a trazione meccanica; lavori di bonificamento idraulico; costruzioni e restauri di porti, canali ed argini; costruzioni e restauri di ponti, gallerie e strade ordinarie, nazionali e provinciali; 3° agli opifici industriali nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati o da animali, qualora vi siano occupati più di cinque operai.”*

In sostanza, quindi, la tutela era garantita soltanto ai lavoratori subordinati, in particolare soltanto agli operai, in quanto parti deboli del rapporto di lavoro ed esposti a rischi etero determinati, limitatamente alle attività connotate da una particolare intensità di tali rischi.

I successivi interventi del legislatore hanno ampliato sia l'area oggettiva che quella soggettiva della tutela e, soprattutto, hanno inciso sulla natura stessa della tutela.

Con il Regio decreto 17 agosto 1935, n. 1765, infatti, si compie l'abbandono dell'impostazione di carattere privatistico e contrattuale della tutela antinfortunistica, che assume, invece, più marcati connotati di tutela sociale di carattere pubblicistico.

L'ampliamento dell'area soggettiva di tutela, che, fatte salve le limitate eccezioni di cui si è già detto, rimase comunque circoscritta nell'ambito del lavoro subordinato, fu, peraltro, la risultante non già della coerente e organica applicazione di un principio generale, ma di un compromesso con il sistema delle corporazioni, organismi professionali di carattere pubblico, istituiti dal regime fascista, ai quali erano per legge iscritti tutti i lavoratori e i datori di lavoro di un determinato settore merceologico.

La logica eleniativa delle attività valutate *ex ante* dal legislatore come particolarmente rischiose, ai fini della individuazione dei soggetti assicurabili, non è stata superata neppure dal d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, anche se il legislatore ha proceduto ad alcuni miglioramenti e razionalizzazioni.

La scelta conservativa si è tradotta in una attuazione soltanto parziale del dettato dell'articolo 38, secondo comma, della Costituzione.

Il precetto costituzionale, infatti, non contiene alcun riferimento alla rischiosità della lavorazione e individua, quali presupposti della specifica tutela privilegiata, esclusivamente il requisito soggettivo della qualità di lavoratore del soggetto leso e quello oggettivo della causa lavorativa dell'evento lesivo che determina lo stato di bisogno del lavoratore.

Il limitato recepimento del dettato dell'articolo 38, secondo comma, della Costituzione è stato giustificato dai giudici delle leggi con la considerazione che il livello di attuazione dei principi costituzionali è rimesso alla scelta del legislatore ordinario, che deve tenere conto anche della sostenibilità finanziaria del sistema di tutela.

La sostenibilità finanziaria, peraltro, ha una valenza dirimente pressoché assoluta con riferimento alla misura delle prestazioni garantite dal sistema, ma non può costituire sufficiente giustificazione di scelte selettive, in ordine ai soggetti tutelati, che non rispondano ai superiori canoni della razionalità e dell'equità².

Proprio ispirandosi ai predetti canoni, la Corte Costituzionale è più volte intervenuta sugli articoli 1 e 4 del d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, dichiarando la non

2 Corte Cost., 25 luglio 1985, n. 221, in *Foro it.*, 1986, I, 341; Corte Cost., 13 maggio 1987, n. 158, id., 1988, I, 1764; nonché, più di recente, Corte Cost., 4 febbraio 2000, n. 26, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 551.

conformità a Costituzione dell'esclusione dalla tutela di alcune categorie di lavoratori, in applicazione del principio secondo il quale a parità di rischio deve corrispondere parità di tutela. La tutela è stata così estesa, ad esempio, agli addetti al servizio di cassa³, ai familiari partecipanti all'impresa familiare⁴, ai ballerini e ai tersicorei⁵, agli "assistenti contrari"⁶, alle guardie venatorie⁷, agli associati in partecipazione⁸ e ad altri ancora fino, da ultimo, ai lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali⁹.

In forza degli interventi sopra citati è stata salvaguardata la razionalità interna del sistema selettivo fino a quando è stato rigorosamente applicato il seguente sillogismo: sul piano soggettivo la tutela è riservata ai lavoratori esposti a determinati rischi, preventivamente individuati dal legislatore, e sul piano oggettivo sono indennizzati soltanto gli eventi lesivi causati dal rischio specifico in ragione del quale ciascun lavoratore è tutelato.

Questo sillogismo, però, oggi non è più un elemento caratterizzante della tutela infortunistica, perché sul piano oggettivo non ha più valore discrezionale il rischio specifico in ragione del quale il soggetto è tutelato.

La prima frattura si è verificata a seguito della sentenza n. 179/1988 della Corte Costituzionale che, dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 3 T.U., nella parte in cui non consentiva la tutela di malattie professionali diverse da quelle elencate nell'apposita tabella, ha segnato l'inizio dello scollamento tra criteri selettivi della platea dei soggetti assicurati e eventi lesivi tutelati.

Il processo si è compiuto anche per quanto riguarda gli infortuni sul lavoro con la giurisprudenza evolutiva della Corte di Cassazione in materia di occasione di lavoro.

L'occasione di lavoro non è più, come alle origini, l'espressione del rischio specifico in ragione del quale il soggetto è tutelato, ma è l'espressione di qualsiasi rischio del lavoro, inteso nella sua più ampia accezione, comprensiva delle attività ad esso prodromiche e strumentali¹⁰.

Pur ribadendo l'imprevedibilità della natura professionale del rischio, la Corte ha affermato che tale natura non è subordinata ai concetti di normalità e tipicità del rischio stesso rispetto alla specifica attività del lavoratore (Cass.14664/2000, 13447/2000, 4433/2000, 10542/1999, 5419/99 e 5047/98).

Se il rischio protetto, in termini di eventi tutelati, non è più il rischio specifico delle attività elencate dagli articoli 1 e 4 del d.p.r. n. 1124/1965, ma è il rischio

³ Corte Cost., 7 aprile 1981, n. 55, in *Foro it.*, 1981, I, 1499.

⁴ Corte Cost., 10 dicembre 1987, n. 476, in *Dir. lav.*, 1988, II, p. 87.

⁵ Corte Cost., 21 marzo 1989, n. 137, in *Foro it.*, 1989, I, 949.

⁶ Corte Cost., 2 marzo 1990, n. 98, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 139.

⁷ Corte Cost., 4 aprile 1990, n. 160, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1990, II, p. 1.

⁸ Corte Cost., 15 luglio 1992, n. 332, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 451.

⁹ Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 171, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, II, p. 129.

¹⁰ In tal senso, fra le tante, Cassazione civile, sez. lav., 14 ottobre 2015, n. 20718 e Cassazione civile, sez. lav., 5 gennaio 2015, n. 6.

del lavoro, l'applicazione del principio cardine che garantisce l'osservanza dei canoni della ragionevolezza e dell'equità, e secondo il quale a parità di rischio deve corrispondere parità di tutela, imporrebbe di superare la logica elencativa e di enunciare un generale principio di tutela di tutti i lavoratori subordinati, in quanto tutti esposti a rischio di eventi lesivi causati dal lavoro.

L'adozione di un siffatto principio di generale assicurabilità dei lavoratori subordinati, peraltro, non sarebbe sufficiente a garantire l'efficace attuazione dei principi costituzionali in materia di tutela contro gli infortuni sul lavoro, tenuto conto dei radicali mutamenti che sono intervenuti nel mondo del lavoro.

La disciplina codicistica dei rapporti di lavoro è rimasta inalterata ed è tuttora fondata sulla dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, come pure non sono state modificate le caratteristiche tipizzanti e discretive ai fini dell'inquadramento del rapporto di lavoro in una delle due categorie.

Negli ultimi decenni, però, è accaduto che molti rapporti di lavoro, pur formalmente inquadrabili, ai sensi del Codice civile, come lavoro autonomo, nelle loro modalità di concreto svolgimento presentano caratteristiche fattuali che sono simili a quelle del lavoro subordinato.

Partendo dal presupposto che, ai fini della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, più che l'inquadramento formale, rilevano le caratteristiche sostanziali dell'attività di lavoro, il legislatore ha provveduto, con il d.lgs. n. 38/2000, ad un ampliamento dell'ambito soggettivo della tutela.

Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 5 del citato d.lgs., con il quale la tutela è stata estesa ai c.d. lavoratori parasubordinati, individuandoli mediante riferimento all'articolo 49, comma 1, lettera *a*), del testo unico delle imposte sul reddito, ora articolo 50, primo comma, lettera *c-bis*), che dispone l'assimilazione, ai fini fiscali, del reddito prodotto dalle attività di collaborazione coordinata e continuativa ivi elencate a quello da lavoro subordinato.

La disposizione sopra richiamata, peraltro, esclude la predetta assimilazione quando la collaborazione coordinata e continuativa abbia ad oggetto l'esercizio dell'arte o professione di cui all'art. 49, primo comma, concernente redditi di lavoro autonomo, esercitate dal contribuente.

Non rientrano, pertanto, nell'ambito soggettivo della tutela, ad esempio, gli infermieri professionali che prestano la loro attività presso una casa di cura, con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Il riferimento ad un dato normativo dettato per finalità diverse dalla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ha determinato, nell'esempio in esame, una patente violazione del principio "a parità di rischio parità di tutela", non potendo evidenziarsi alcuna differenza, dal punto di vista del rischio, tra un infermiere con rapporto di lavoro subordinato ed uno con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, quando ambedue prestino la medesima attività nello stesso ambiente lavorativo.

In assenza di interventi del legislatore specificamente diretti a ridefinire l'area

soggettiva della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, occorre chiedersi se il complesso di decreti legislativi noti sotto il nome di *jobs act*, e in particolare il d.lgs. n. 81/2015, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro, contenga disposizioni che consentano, in chiave interpretativa, di individuare effetti indiretti sul tema che ne occupa.

Si parla di effetti indiretti perché le disposizioni del citato d.lgs. che affrontano direttamente il tema della tutela antinfortunistica sono poche e relative ad aspetti contributivi, come ad esempio l'articolo 11, che detta disposizioni in ordine alla retribuzione dei lavoratori a tempo parziale rilevante ai fini previdenziali, o l'articolo 42, che, con funzione meramente ricognitiva, conferma che per gli apprendisti l'applicazione delle norme sulla previdenza e assistenza sociale obbligatoria si estende alla assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Un primo effetto indiretto potrebbe derivare, sul piano fattuale, dagli articoli 52 e 53 del d.lgs. n. 81/2015, che dispongono il superamento, rispettivamente, del contratto a progetto e dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Il superamento di tali forme contrattuali riguarda lavoratori tutelabili ai sensi delle vigenti disposizioni sull'assicurazione obbligatoria e che, peraltro, rischiano di non esserlo più in conseguenza della qualificazione giuridica che verrà data alla loro attività, pur rimanendo invariate le condizioni di fatto in cui detta attività è esercitata.

Vero è che il successivo articolo 54 promuove la stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partita iva mediante il ricorso a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ma ciò non esclude che possano verificarsi casi in cui gli incentivi previsti non siano sufficienti ad indurre alla trasformazione del rapporto di lavoro e che, quindi, si possa determinare un vuoto di tutela per coloro che saranno inquadrati come semplici lavoratori autonomi a partita iva.

Effetti più immediati e diretti sono riconducibili all'articolo 2 del d.lgs. in esame. Il primo comma dell'articolo sopra citato dispone che *“A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”*.

La disposizione si applica a lavoratori tutelati contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali in quanto parasubordinati, ai sensi dell'articolo 5 del d.lgs. n. 38 del 2000, sicché, a tali fini, non determina rilevanti effetti sostanziali.

L'applicazione del sopra riportato primo comma dell'articolo 2 potrebbe incidere sull'aspetto contributivo, laddove si ritenesse che la norma dispone la trasformazione del rapporto di lavoro da autonomo a subordinato.

In questo caso, infatti, non sarebbe più applicabile l'articolo 5 del d.lgs. n. 38/2000, laddove dispone che l'obbligo contributivo è ripartito nella misura

di un terzo a carico del lavoratore e di due terzi a carico del committente, e il predetto obbligo graverebbe esclusivamente su quest'ultimo.

Non sembra, peraltro, che possa affermarsi che l'articolo 2 del d.lgs. n. 81/2015 disponga la trasformazione del rapporto di lavoro da autonomo a subordinato, tant'è che nel testo di legge continua ad essere utilizzato il termine "committente", in luogo di "datore di lavoro". D'altro canto, la etero-determinazione dell'organizzazione del lavoro, quanto ai tempi e al luogo, non costituisce elemento tipizzante del lavoro subordinato, ai sensi dell'articolo 2094 c.c., che utilizza l'espressione "*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*".

Limitandosi il citato articolo 2 a disporre una assimilazione del rapporto a quello subordinato, ai fini delle tutele lavoristiche, senza mutarne la natura, si potrebbe dubitare della legittimità di una operazione interpretativa di estensione degli effetti dell'assimilazione anche ai fini degli obblighi contributivi.

Il citato articolo 2 del d.lgs. n. 81/2015 potrebbe avere effetti espansivi, seppur marginali, dell'area soggettiva di tutela, quanto meno con riguardo a talune categorie escluse dall'area di applicabilità dell'articolo 5 del d.lgs. n. 38 del 2000.

Ai fini fiscali, le disposizioni richiamate dal sopra citato articolo 5 escludono, infatti, l'assimilazione al reddito da lavoro dipendente di quello riveniente da collaborazioni coordinate e continuative aventi ad oggetto l'esercizio dell'arte o professione del contribuente

Il secondo comma dell'articolo 2 del d.lgs. n. 81/2015, nell'elencare i casi in cui non si applica il primo comma dello stesso articolo, alla lettera *b*), fa esclusivo riferimento alle collaborazioni "*prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali*".

Ne consegue che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applica anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, aventi ad oggetto l'esercizio dell'arte del prestatore d'opera o della sua professione non intellettuale.

Ben potrebbe affermarsi che, in questo caso, stante la sostanziale assimilazione al rapporto di lavoro subordinato e l'estensione delle tutele per questo previsto, il prestatore d'opera, ricorrendo le altre condizioni previste dalla normativa vigente, debba essere considerato soggetto tutelato contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, essendo detta tutela uno dei diritti fondamentali che caratterizzano il lavoro subordinato.

Più complessa si presenta la soluzione della problematica relativa al caso, prima prospettato, dell'infermiere professionale che presti la propria attività presso una casa di cura, con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa organizzata dal committente.

L'espressa esclusione dell'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato all'esercizio di professioni intellettuali per le quali è richiesta l'iscri-

zione in appositi albi professionali porterebbe ad escludere che l'infermiere professionale possa essere considerato soggetto tutelabile.

In tal senso potrebbe assumere decisiva rilevanza l'articolo 2229 c.c., il cui primo comma così recita: *“La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi”*. Poiché presupposto indispensabile per l'esercizio dell'attività di infermiere professionale è l'iscrizione nell'apposito albo, si dovrebbe necessariamente concludere che, nel caso in esame, sia ravvisabile l'esercizio di una professione intellettuale e che, pertanto, ricorra la clausola di esclusione espressamente prevista dall'articolo 2, secondo comma, sopra citato.

Ad una diversa conclusione si potrebbe pervenire soltanto con una interpretazione ardita e, per il vero, di molto dubbio fondamento, ipotizzando che la disposizione *de qua* vada letta travalicando il dato letterale e valorizzando quello teleologico.

Occorrerebbe, cioè, sostenere che l'articolo 2 debba essere interpretato ed applicato non già con riferimento all'articolo 2229 c.c., ma con riferimento alle caratteristiche sostanziali della attività, facendo assumere decisiva rilevanza a taluni elementi caratterizzanti il contratto d'opera intellettuale, con particolare riguardo al carattere intellettuale della prestazione, che deve essere prevalente rispetto al lavoro materiale, e alla discrezionalità del prestatore d'opera nell'eseguire il suo incarico; discrezionalità che è compromessa quando l'organizzazione del lavoro, quanto a tempi e a luogo, è rimessa al committente.

Effetti riflessi sulla tutela antinfortunistica potrebbero essere ipotizzati anche con riguardo alla lettera *a)* del citato articolo 2, secondo comma, che esclude l'applicabilità della disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle *“collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”*.

Ci si potrebbe, cioè, chiedere se le discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo definite con gli accordi collettivi nazionali di cui sopra, possano determinare l'esclusione dalla tutela antinfortunistica di soggetti attualmente inclusi, in quanto rientranti nella categoria dei lavoratori parasubordinati, così come definita dall'articolo 5 del d.lgs. n. 38/2000.

La risposta al quesito sembra dover essere negativa. Se è legittimo, infatti, ipotizzare che l'articolo 2, secondo comma, del d.lgs. n. 81/2015 possa produrre, in via interpretativa e in ragione della disposta assimilazione al rapporto di lavoro dipendente, gli ipotizzati effetti espansivi, non altrettanto si può dire con riguardo alla possibilità che accordi collettivi nazionali producano effetti di esclusione, in deroga ad una specifica disposizione di legge che espressamente riconosce ad una categoria di lavoratori un diritto costituzionalmente protetto.

Su un diverso piano, per così dire speculare, si pongono le problematiche relati-

ve al lavoro agile. In questo caso, infatti, pur essendo indubitabile che trattasi di peculiare modalità di svolgimento di lavoro subordinato, così espressamente definita dal provvedimento legislativo in corso di esame, tuttavia non può non osservarsi che con la predetta modalità i poteri di organizzazione spazio-temporale del datore di lavoro risultano quanto meno attenuati.

Quanto sopra evidenziato, come già detto, non può indurre dubbi sulla natura subordinata dell'attività lavorativa, anche perché la etero organizzazione può essere sintomatica, ma non è tipizzante, ai sensi dell'articolo 2094 c.c., al fine della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato.

Problemi interpretativi ed applicativi, però, potrebbero porsi con riguardo alla tutelabilità di eventi lesivi causalmente connessi a modalità della prestazione riconducibili a scelte del lavoratore, che potrà liberamente scegliere il luogo e l'orario della propria prestazione entro determinati segmenti della settimana, del mese o dell'anno.

Vero è che, in proposito, potrebbe soccorrere il principio secondo il quale l'indennizzabilità dell'infortunio sul lavoro è esclusa soltanto in caso di rischio elettivo, inteso come quello che, estraneo e non attinente all'attività lavorativa, sia dovuto ad una scelta arbitraria del dipendente, che crei ed affronti volutamente, in base a ragioni o ad impulsi personali, una situazione diversa da quella ad essa inerente.

Altrettanto vero, però, è che affidare esclusivamente all'applicazione di un principio interpretativo generale la soluzione delle variegate problematiche che potrebbero prospettarsi in relazione ad una modalità di prestazione dell'attività lavorativa così elastica, senza che il legislatore definisca più nettamente i criteri discretivi, potrebbe portare a soluzioni antinomiche.

Il provvedimento legislativo in corso di approvazione contiene, per il vero, disposizioni specifiche in punto di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, ma tali disposizioni sono formulate, e altrimenti non poteva essere, in termini di enunciazione di principi generali.

Per una corretta e più puntuale applicazione di tali principi, oltre che per ragioni generali di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, sarebbe auspicabile che il provvedimento legislativo contenesse più dettagliati riferimenti al d.lgs. n.81/2008, utili per rendere chiari gli obblighi e le responsabilità gravanti sul datore di lavoro e quelli, invece, riconducibili alle scelte del lavoratore.

Allo stato attuale, dal testo all'esame del Parlamento si possono evincere alcune certezze, di carattere molto generale, e non pochi dubbi.

È certo che, trattandosi di una peculiare modalità di lavoro subordinato, anche il lavoro agile ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 2087c.c., che, peraltro detta un principio di carattere generale con funzione di riempimento degli eventuali vuoti della specifica legislazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Rimane dubbio se gli obblighi di garantire la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento

dell'attività lavorativa e di consegna, con cadenza annuale, di un'informativa scritta, nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, esauriscano gli obblighi del datore di lavoro o siano semplicemente aggiuntivi rispetto a quelli di cui al d.lgs. n. 81/2008.

Di sicuro non è ben chiaro entro quali limiti il datore di lavoro possa e debba acquisire contezza ed effettuare la relativa informativa con riguardo ai rischi specifici connessi a luoghi particolari nei quali il lavoratore decida di svolgere la prestazione.

In conclusione, la disamina fin qui sviluppata induce a ritenere che la soluzione delle problematiche, citate a solo titolo esemplificativo, non possa essere affidata esclusivamente all'interprete.

Le disposizioni vigenti sono state concepite ed adottate per disciplinare e governare una realtà sociale e lavorativa presente in una determinata epoca storica.

La pregevole tecnica adottata dal legislatore nel formulare il testo, soprattutto in termini di principi generali, ha consentito, per molti decenni, di adattarne il significato per renderlo funzionale ai cambiamenti della realtà nel frattempo intervenuti.

Questi cambiamenti, però, sono divenuti tali e tanti da creare una rilevante frattura tra la realtà in funzione della quale l'ordinamento della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali è stato concepito e quella alla quale attualmente deve essere applicato.

Il limite di tensione dell'interpretazione delle norme rischia, perciò, di sconfinare in non auspicabili forzature, con conseguente rarefazione della certezza del diritto.

Appare, perciò, necessario un intervento del legislatore che, senza intaccare i principi fondanti, razionalizzi ed attualizzi il sistema, anche attenuando, se non superando, ai fini della tutela antinfortunistica, la dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

In tal senso, d'altro canto, orienta anche la Costituzione, dal momento che, ai sensi dell'articolo 35, primo comma, la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni e l'articolo 38, secondo comma, nell'affermare il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati di vita, in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale, non fa alcuna distinzione tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati.

In questa ottica, ferma rimanendo l'esclusione dell'indennizzabilità degli eventi lesivi causati dal c.d. rischio elettivo, la etero o auto determinazione delle condizioni in cui si svolge l'attività lavorativa non dovrebbe avere valore discrezionale ai fini dell'accesso alla tutela, ma sarebbe rilevante soltanto ai fini della ripartizione dell'onere contributivo.

RIASSUNTO

L'Autore affronta la tematica delle nuove forme di rapporto di lavoro con lo specifico intento di evidenziarne i riflessi sulla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, sottolineando marginali effetti inclusivi e ponendo l'accento sulla permanenza di aree di esclusione che non risultano giustificabili alla luce dei precetti costituzionali e dei radicali mutamenti intervenuti nel mondo del lavoro.

In particolare, è posta attenzione sulla condizione dei soggetti che, pur qualificabili, ai sensi del codice civile, come lavoratori autonomi, prestano un'attività che, per le condizioni organizzative e di rischio, è sostanzialmente assimilabile a quella dei lavoratori subordinati.

Un ultimo punto di attenzione è dedicato al provvedimento legislativo in corso di approvazione avente ad oggetto il lavoro agile.

SUMMARY

The Author deals with the subject of the new forms of employment, with the specific intent of highlighting reflections on the protection against accidents in the workplace and occupational disease, underlining inclusive marginal effects and focusing on the persisting presence of areas exclusion that are deemed unjustifiable in the light of the constitutional laws and radical changes applied to the world of work.

In particular, focus is placed on the situation of individuals who, despite qualifying as self-employed according to the Civil Code, undertake work that, in terms of organisation and risk, is essentially similar to that of an employed worker.

A final focus point is the legislative provision on Smart Working, currently under approval.