



La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secondaria**

di Stefania Buoso*

SOMMARIO: 1. La nocività di ritmi e prolungamenti orari. – 2. L'adeguamento del lavoro all'essere umano. – 3. Significati e prospettive della valutazione dei rischi. – 4. Dalla effettività dei limiti orari alla effettività del documento di valutazione dei rischi.

1. *La nocività di ritmi e prolungamenti orari*

Monotonia, ripetitività e disagio organizzativo sono da considerare non solo concause di infortuni¹ ma anche nella dimensione della possibile lesione dei diritti. Nella interrelazione tra organizzazione e persona che lavora il dato centrale è che la tutela della salute deve essere primaria e non secondaria: «senza indulgere a una facile enfasi, si riafferma la necessità di un'organizzazione a misura della persona, congruente e rispettosa dei suoi diritti fondamentali, un'organizzazione che presuppone un uso corretto dei poteri imprenditoriali, funzionalmente rivolti all'obiettivo efficientistico dell'impresa ma senza marginalizzare il lavoratore»².

La seconda indagine sui nuovi ed emergenti rischi elaborata nel 2016 dalla *European Agency for Safety and Health at work*, fa notare come ben due tra i principali fattori di rischio psico-sociale – rilevati mediamente nelle imprese dei 28 Stati considerati – siano riconducibili alla organizzazione dell'orario di lavoro: *time pressure* e *long and irregular working hours*.

I rischi sul lavoro possono, infatti, essere suddivisi in due categorie: fisici e psico-sociali. Questi ultimi definiti con riferimento all'interazione tra, da un lato, contenuto del lavoro, ambiente, organizzazione, gestione e, dall'altra, competenze e bisogni del lavoratore. Per l'Osha (*Occupational Health and Safety Administration*), ai fini di categorizzare i rischi psico-sociali si può, a sua volta, distinguere tra “contesto” e “contenuto” del lavoro; se nel primo caso rilevano questioni relative al ruolo e alla posizione del lavoratore, alla mancanza di coinvolgimento nelle

* Stefania Buoso è assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Ferrara. stefania.buoso@unife.it

** Questo saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ A. AVIO, *Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile*, in “Lavoro e diritto”, 2014, p. 145 ss.

² L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, p. 1199.

procedure decisionali, a una conciliazione difficile tra vita professionale e privata, nel secondo vengono in gioco le caratteristiche dell'attività lavorativa tra cui ripetitività e monotonia, basso valore professionale, mancanza di un *feedback* su mansioni e risultati ottenuti. Il "contenuto" del lavoro secondo certe modalità di svolgimento configura un tratto di incidenza significativo nel benessere lavorativo: intervenire sulle regole che presiedono alla definizione del contenuto del lavoro consente, nondimeno, di delineare strategie prevenzionistiche che su di esso incidono, rendendolo più consono alle esigenze della persona.

Diventano significativi, allora, i problemi connessi al ritmo di lavoro, al grado di controllo sulla prestazione lavorativa oltre che sulla distribuzione dell'orario così come gli strumenti regolativi volti ad affrontarli. Il lavoro a turni, notturno ma anche il prolungamento delle ore di lavoro sono i fattori maggiormente problematici per la salute e sicurezza; il "controllo" del lavoratore su ammontare e durata dello straordinario e dei turni lavorativi può, d'altra parte, porsi come fattore attenuante del rischio psico-sociale.

Perché si realizzi efficacemente la prevenzione primaria – che plasma, almeno, finalisticamente le regole sugli orari – occorre entrare nel merito, occorre passare dalle enunciazioni astratte alle realizzazioni concrete e questo vale non solo in sede di determinazione dell'orario di lavoro ma anche in sede di redazione del documento di valutazione dei rischi. Ciò significa che i sistemi derogatori dei limiti orari devono essere intesi come fattori di accentuazione del rischio; il ricorso a prestazioni eccedenti l'orario normale deve essere contenuto indipendentemente dalla prospettazione di riposi compensativi. D'altra parte, il documento di valutazione dei rischi dovrebbe enucleare soglie di durata oraria in cui il rischio sia individuabile come minimo, medio, massimo a seconda del raggiungimento o del superamento dei limiti orari settimanali. Si tratta di norme che non vanno considerate come «monadi» ma nella stretta connessione degli obiettivi.

Nel nostro ordinamento, l'orario di lavoro non è una entità pre-determinata e immutabile ma le possibilità di deviazione dalle regole sono molteplici: in questo quadro, tuttavia, il legislatore non può abdicare alla funzione essenziale di tutela della salute psico-fisica del lavoratore cui è chiamato dalla Costituzione. I precetti costituzionali relativi alla limitazione della giornata lavorativa, al riposo settimanale, alle ferie costituiscono il cuore della disciplina in parola e ne rafforzano i contenuti. Si pensi, per esempio, al principio enucleato dall'art. 36 Cost., di contenimento della durata massima giornaliera della prestazione, idoneo ad assolvere la duplice funzione di evitare un eccessivo sfruttamento delle energie lavorative e di impedire che, un protratto uso di quelle energie, si traduca in disincentivo alla crescita dei livelli occupazionali³; c'è, tra l'altro, una netta strumentalità di queste disposizioni alla garanzia del bene tutelato dall'art. 32 Cost.

³ Sono gli studi provenienti dalla scienza medica a mettere in evidenza che è principalmente nella singola giornata lavorativa che non debbono essere superati determinati tetti, al fine di prevenire il danno – immediato e a lunga scadenza – che può derivare dal superlavoro giornaliero;

L'analisi alla quale ci si appresta è volta a mettere in rapporto le regole che disciplinano l'orario, come principale aspetto normativo del rapporto, e la disciplina generale di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le linee di intersezione sono numerose soprattutto a partire dalla finalità protettiva che plasma, almeno formalmente, le regole che disciplinano l'orario di lavoro a partire dalle direttive europee 93/104/Cee, 2000/34/Ce, in seguito 2003/88/Ce.

In tale quadro, i principi costituzionali non sono stati condannati all'obsolescenza ma è per loro tramite che si gioca la principale sfida dell'innalzamento del livello di protezione *ex ante*: quest'ultima deve, invero, dispiegarsi a partire dal paradigma costituzionale, vero fulcro della prevenzione primaria⁴.

2. L'adeguamento del lavoro all'essere umano

A partire dalla direttiva quadro 89/391/Cee, la logica prevenzionistica è strettamente intrecciata alla valutazione dei rischi idonei a compromettere la salute e sicurezza dei lavoratori; si tratta di un orientamento che è riprodotto in altre direttive tra le quali rientra, appunto, la 2003/88/Ce relativa a taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

La gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro viene proceduralizzata attraverso l'integrazione della valutazione del rischio tra le strategie d'impresa. La prevenzione, in altre parole, non si realizza nell'immobilismo ma configura un percorso di pianificazione e programmazione, una identificazione di rischi e pericoli, anche solo potenziali; infatti «solo un sistema prevenzionale organizzato è un sistema che funziona»⁵.

Si sceglie, così, di considerare il *quantum* di protezione a partire primariamente dalle regole che disciplinano la materia assumendo che, in esse, potrebbero essere rintracciabili i «necessari anticorpi»⁶ che impedirebbero l'elusione della precipua finalità prevenzionistica.

È interessante capire come in quest'area regolativa si sostanzi la protezione e se si collochi, fin dal momento della determinazione dell'orario, sul versante *ex ante* della tutela; al datore di lavoro «non si richiede l'impossibile cioè di eliminare il rischio»⁷ ma di ridurlo al minimo. Occorre, dunque, esplorare la relazione

è, d'altra parte, chiaramente attestato che l'innalzamento della durata giornaliera comporta la crescita più che proporzionale del numero degli infortuni sul lavoro.

⁴ V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, Cacucci, 2001, p. 34.

⁵ A. STOLFA, *Il documento di valutazione dei rischi: dimensione organizzativa e profili civilistici*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2016, 2, II, p. 2.

⁶ V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, cit., p. 227.

⁷ L. MONTUSCHI, *I principi generali del d. lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza: per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino,

sussistente tra finalità di protezione e istituti deputati alla prevenzione del rischio. L'elemento organizzativo mette in rapporto il debitore e il creditore di sicurezza, è l'«oggetto» ma anche il «laboratorio» nel quale prende forma la politica prevenzionale⁸. C'è, come si è detto, la necessità di apprestare un adeguato *standard* protettivo al bene «salute» di rilevanza costituzionale⁹.

La flessibilità, seppur legittima, è foriera di rischio: ci si riferisce, in particolare in queste pagine, alla flessibilità organizzativa, da distinguere da quella tipologica, relativa al tipo contrattuale. Occorre chiedersi se nell'apparato regolativo degli orari ci siano – e in che termini – margini di estensione della tutela. Una volta che si sia fatta chiarezza sul punto occorre cercare le corrispondenti conferme sul piano rimediabile assumendo che la eventuale preminenza di soluzioni di tutela *ex post* denoterebbe il raggiungimento solo parziale del fine della c.d. prevenzione primaria, in quanto tale inglobata nelle stesse scelte imprenditoriali, perché foriera di soluzioni organizzative volte a evitare ed eliminare i rischi¹⁰.

Con riferimento ai profili oggetto della presente indagine, ci sono alcune indicazioni che accomunano testualmente la direttiva quadro alla direttiva «figlia» 2003/88/Ce: il principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano nonché l'attenuazione del lavoro monotono e ripetitivo¹¹. Entrambi configurano principi generali di prevenzione che richiedono la definizione di limiti e procedure idonei a riempirli di senso.

Nella disamina del testo della direttiva 2003/88/Ce, ai capi II e III, sono rintracciabili le principali disposizioni limitative del rischio derivante dal prolungamento della durata del lavoro: si ricorda, in particolare, la definizione del periodo minimo di riposo giornaliero di 11 ore consecutive nelle 24, il riposo settimanale ininterrotto di 24 ore nel periodo di 7 giorni, il limite massimo settimanale – da computare anche in media – di 48 ore. Si ricorda, inoltre, la necessaria limitazione del lavoro notturno, la valutazione gratuita dello stato di salute per i lavoratori notturni, l'individuazione di un sistema di pause. Tali norme offrono un primo livello – minimo – di protezione che, tuttavia, è soggetto ad

Giappichelli, 1997, p. 57; F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁸ L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in C. ZOLI, *La nuova sicurezza sul lavoro. D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche. Principi comuni. Commentario diretto da Luigi Montuschi*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 5.

⁹ Il bene salute, in Costituzione, rileva in forma «triplice»: come bene fondamentale, interesse della collettività, obiettivo della Repubblica, cfr. A. MORRONE, *Art. 1 d. lgs. 81/2008. Commento*, in C. ZOLI, *La nuova sicurezza sul lavoro. D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche. Principi comuni. Commentario diretto da Luigi Montuschi*, Bologna, Zanichelli, 2011.

¹⁰ P. PASCUCCI, *Le finalità e le tecniche di regolazione della flessibilità degli orari di lavoro*, manoscritto, intervento presentato nel ruolo di *discussant* nell'ambito della sessione pomeridiana della prima giornata della terza edizione del seminario «I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro in memoria del Prof. Mario Giovanni Garofalo», 2016, p. 6.

¹¹ Si veda l'art. 13 della direttiva 2003/88/Ce: «l'organizzazione del lavoro secondo un certo ritmo» occorre che «tenga conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano, segnatamente per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute».

essere abbassato in determinate circostanze: quelle di cui al capo V della direttiva, integranti il multiforme sistema di deroghe idonee a superare l'assetto limitativo.

Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle regole europee, riproduce analoghe linee di protezione, per un recepimento – a tratti testuale – del contenuto della direttiva.

I problemi emergenti sono i seguenti: ad una protezione *ex ante* di carattere minimalista si affiancano più linee di derogabilità di quelle stesse regole che, di fatto, attenuano la protezione; d'altro canto, la flessibilità favorevole al lavoratore non è pressoché contemplata, con ciò riducendo l'impatto prevenzionistico potenziale. Nell'ambito delle regole sull'orario di lavoro si può cogliere un sostanziale disequilibrio: la flessibilità organizzativa, in favore del datore di lavoro, ha molto più spazio rispetto a quella favorevole al lavoratore. Quest'ultima resta relegata a mera potenzialità inespressa¹² mentre un suo eventuale e positivo riconoscimento non potrebbe che avere risvolti significativi per il benessere psico-fisico della persona che lavora, così come peraltro attestano le ricerche Osha.

La fuga in avanti della flessibilità organizzativa è sufficientemente compensata da un sistema di analisi del rischio la cui attualità tenga conto del grado di incidenza delle deroghe sulla finalità protettiva?

La sicurezza è «l'arte del possibile» da realizzare in rapporto alla tecnologia praticata e ai costi economici: il suo innalzamento passa non solo, dunque, da una chiara mappatura delle regole e delle deroghe ma anche dal ridimensionamento della centralità dell'interesse dell'impresa sulla gestione dei tempi di lavoro. E', infatti, muovendo dal piano teleologico all'attualità del fare che il principio di massima sicurezza tecnologicamente fattibile (mstf) si varrà di strumenti attuativi che rifletteranno il principio di massima sicurezza ragionevolmente praticabile (msrp) al quale si richiamano le numerose norme, non di principio, ma di concreto intervento di tutela¹³.

Il rilievo del tempo è strettamente intrecciato alla reazione soggettiva dell'essere umano al di là e prima dei dati materiali di pericolo: è per questo che, una strumentazione adeguata di tutela – che sia incentrata sulla persona umana – non può ignorarlo.

Ci si chiede, d'altra parte, se l'approccio ergonomico sia, da solo, in grado di anticipare ed esaurire la protezione con riferimento agli aspetti organizzativo-temporali della prestazione.

Si pensi, in ambito metalmeccanico, al sistema denominato Ergo-uas che considera l'insieme delle operazioni assegnate nell'arco del turno di lavoro e il relativo tempo impiegato: l'esposizione del lavoratore è valutata in rapporto sia al carico biomeccanico statico che dinamico. Il documento di valutazione dei rischi è, in tali casi, integrato di schede di valutazione ergonomica riguardanti la

¹² S. BUOSO, *Orario di lavoro: potenzialità espresse e inesprese*, in "Lavoro e diritto", 2017, p. 111.

¹³ G.G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in "Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 1993, p. 79.

movimentazione manuale dei carichi per le azioni del sollevare, deporre, spingere, tirare, trasportare o dei movimenti ripetuti ad alta frequenza per bassi carichi¹⁴.

L'ergonomia, pur essendo la disciplina scientifica che si occupa dei problemi relativi al lavoro umano, assommando ed elaborando le ricerche e le soluzioni offerte da varie discipline tra cui la medicina generale, la medicina del lavoro, la fisiologia, la psicologia ecc., non basta per promuovere un adattamento ottimale del sistema uomo-macchina-ambiente di lavoro alle capacità e ai limiti psicofisiologici di ciascuno. La capacità regolativa umanizzante del diritto del lavoro non può, in altre parole, retrocedere ma può e deve essere veicolo e incentivo dell'innalzamento regolativo del livello di protezione: non basta la revisione e l'aggiornamento dei sistemi di misurazione attraverso metodologie che correlino metrica del lavoro ed ergonomia; il rischio lavorativo, in altre parole, sfida le regole e le istituzioni che sono chiamate a governare i rapporti sociali ed economici¹⁵. L'adeguamento del lavoro all'essere umano costituisce una «insopprimibile» esigenza e, al contempo, un chiaro interesse dell'impresa ad adottare modelli organizzativi orientati al profilo prevenzionale, anche praticando *standard* di sicurezza superiori alla soglia minima legale. La sfida, difatti, sta proprio nel muoversi oltre le concezioni e le prassi minimaliste, orientando la protezione verso il benessere organizzativo e la valorizzazione del capitale umano.

La prospettiva monista della mera riparazione del danno configura un modello recessivo e asfittico¹⁶ mentre, per chi scrive, l'esaltazione della prevenzione *ex ante* deve vivere nella immediata dinamica interna del rapporto di lavoro, così per quanto attiene le varie linee di protezione proprie della disciplina dell'orario di lavoro.

Nell'ambito della disciplina del d.lgs. n. 66/2003, si possono individuare due linee di protezione: una che riguarda la effettività della nozione di orario, l'altra che attiene ai limiti quantitativi di durata della prestazione. Due prospettive di regolamentazione che attengono rispettivamente alla dimensione qualitativa e quantitativa del tempo.

Orbene, il grado di protezione che ruota intorno alla nozione di orario di lavoro si può considerare soddisfacente grazie all'operazione interpretativa della Corte di Giustizia che vi fa rientrare i periodi di tempo in cui si assommano due degli elementi della nozione¹⁷; si pensi – in modo emblematico – al servizio di guardia attivo o inattivo svolto sul luogo di lavoro. Qualche dubbio in più si

¹⁴ Il sistema Ergo-uas comporta la valutazione ergonomica del sovraccarico biomeccanico relativo a tutto il corpo, delle condizioni di lavoro in relazione alle operazioni/cicli di lavoro e alle posture degli addetti. Si veda il testo del contratto collettivo specifico “di primo livello” applicato ai lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano del 29 dicembre 2010.

¹⁵ G. PROVASI, *Come cambia l'ambiente di lavoro*, in L. GIAGLIANONE, F. MALZANI, *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 12.

¹⁶ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 273 ss.; P. TULLINI, *Persona e danni risarcibili (...piccole provocazioni)*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2006, p. 1047.

¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 3 ottobre 2000, causa C-303/98, caso SIMAP; Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, causa C- 151/02, caso JAEGGER.

presenta, invece, per quanto attiene alla capacità protettiva delle regole limitative e dei tetti di durata massima della prestazione lavorativa, anche con riferimento alla estrema variabilità della durata temporale nell'arco di tempo di riferimento. Si pensi, emblematicamente, al caso di formale rispetto delle regole qualora il lavoratore sia chiamato a lavorare per 13 ore per 6 giorni ovvero alla modalità di calcolo multiperiodale dell'orario che consta di un mero calcolo "in media" della prestazione lavorativa, in cui diventa "fisiologico" che periodi di superlavoro si alternino a periodi di riduzione oraria. L'opzione per l'orario multiperiodale comporta, tra l'altro, che «il lavoro straordinario attenga più alla sfera delle valutazioni contabili da effettuarsi *ex post* che non a quella delle valutazioni giuridiche da effettuarsi *ex ante*»¹⁸.

Alla scarsa incisività delle regole limitative sul piano quantitativo si affianca – seguendo il filo conduttore della ricostruzione *de iure condito* – la protezione secondaria o anche definibile, per compensazione. Quest'ultima vede nel riposo compensativo la principale risposta alla estrema flessibilità organizzativa, nel senso che *ex post* – a prestazione già effettuata – è possibile godere di riposi (ora definiti genericamente) "successivi", all'esercizio della prestazione lavorativa.

Partendo dal testo della direttiva 2003/88/Ce la categoria del «riposo compensativo» è rintracciabile al *considerando* 16 laddove si legge che «di norma in caso di deroga devono essere concessi ai lavoratori interessati equivalenti periodi di riposo compensativo»; all'art. 17, par. 2, più specificamente, come "risposta" alle deroghe menzionate all'articolo stesso¹⁹ e con la precisazione che «in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per ragioni oggettive» venga concessa «protezione appropriata»; all'art. 18 con riferimento alle deroghe operate mediante contratto collettivo, consentite a condizione che «ai lavoratori interessati siano accordati equivalenti periodi di riposo compensativo», in mancanza accordando «una protezione appropriata»²⁰. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, quindi, precisato che nelle ipotesi derogatorie, per rispondere alla *ratio* delle norme, i riposi compensativi «devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica e di sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodi di lavoro consecutivi». Il lavoratore deve, in altre parole, beneficiarne prima del periodo lavorativo successivo; la concessione di riposi senza una diretta connessione con il periodo prolungato dalle ore straordinarie «non tiene adeguatamente in considerazione la necessità di rispettare

¹⁸ E. BARRACO, *Art. 5. Commento*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 230.

¹⁹ Di cui ai paragrafi 3, 4 e 5 dell'art. 17, le deroghe possono vertere su riposo giornaliero, pause, riposo settimanale, durata del lavoro notturno e periodi di riferimento.

²⁰ Le deroghe, anche in tal caso, possono vertere su riposo giornaliero, pause, riposo settimanale, durata del lavoro notturno e periodi di riferimento.

i principi generali di tutela della salute e sicurezza»²¹. La «protezione appropriata» da fornire in alternativa si caratterizza, d'altronde, per la eccezionalità delle ragioni che la fondano.

Nel d.lgs. n. 66 del 2003, l'art. 5, comma 5 prevede che il lavoro straordinario sia computato a parte e compensato con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi, questi ultimi «possono in ogni caso consentire che, in alternativa o in aggiunta, alle maggiorazioni retributive, i lavoratori usufruiscano di riposi compensativi». Al comma 2 dell'art. 6 è altresì precisato che «nel caso di lavoro straordinario, se il riposo compensativo (...) è previsto in alternativa o in aggiunta alla maggiorazione retributiva di cui al comma 5 dell'art. 5, le ore di lavoro straordinario prestate non si computano ai fini della media di cui all'art. 4». Le norme citate vanno lette congiuntamente e sono riconducibili all'istituto della c.d. banca ore, di fonte contrattuale che consiste nell'accantonamento di ore prestate oltre l'orario normale di lavoro su un conto individuale, al quale il lavoratore può fare riferimento per godere di riposi compensativi. Il nesso tra lavoro straordinario e riposo compensativo è, nel testo del d.lgs., molto stretto. L'istituto del riposo compensativo compare comunque, analogamente a quanto stabilito nella direttiva, come contropartita per l'applicazione delle deroghe di cui all'art. 17.

È ben chiaro che affidare al riposo compensativo, a mo' di norma di chiusura, il compito di proteggere salute e sicurezza del lavoratore – specialmente una volta che siano attuati i meccanismi derogatori – costituisce un netto spostamento dell'asse degli interessi dalla protezione primaria a quella secondaria, mettendo in discussione la principale finalità protettiva. Certo, il problema *de iure condito* della insufficienza delle regole limitative sull'orario a garantire un livello adeguato di protezione sussiste in generale²²: resta che l'istituto del riposo compensativo è, qui, preso in considerazione come emblema del transito della protezione da *ex ante* a *ex post*.

Si rivela, allora, utile verificare nell'ordinamento positivo quali ulteriori strumenti – al di là e oltre la disciplina europea e interna che regola «taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro» – siano idonei ad agire nell'ottica della protezione primaria della salute e sicurezza.

La tutela risarcitoria non va sminuita ma occorre chiedersi quali siano i rimedi esperibili prima della tutela risarcitoria e volti a rendere effettiva laintangibilità del diritto alla salute e sicurezza. Vita, salute e dignità umana costituiscono beni non negoziabili: «il tema della risarcibilità del danno non deve in alcun modo essere

²¹ Cfr. p. 97 sentenza Jaeger. Nella ipotesi al vaglio della Corte del Lussemburgo una riduzione del periodo di riposo giornaliero di 11 ore consecutive mediante effettuazione di un servizio di guardia che si somma all'orario normale di lavoro deve essere «subordinata alla condizione che ai lavoratori interessati vengano concessi equivalenti periodi di riposo compensativo immediatamente dopo i periodi di lavoro corrispondenti».

²² Il prolungamento orario, secondo le regole menzionate, potrebbe sussistere anche restando nei limiti dell'orario normale, si pensi all'ipotesi in cui il lavoratore sia tenuto a svolgere 13+13+13+1 ore nell'arco di una settimana. Un'intensificazione che, nel ripetersi per più settimane, potrebbe comunque porre problemi di nocività per la salute e sicurezza.

confuso e sovrapposto con l'inviolabilità dei diritti della persona, essendo inaccettabile una conversione della inviolabilità dei diritti in risarcibilità»²³. Si verificherebbe, invero, una deviazione funzionale del risarcimento del danno sia per quanto attiene la compensazione mediante riposi che la monetizzazione.

Il danno c.d. “da superlavoro o da mancato riposo” assieme al danno da *mobbing*, demansionamento, molestie sessuali etc. denota che dimensione civilistica e lavoristica costituiscono vasi comunicanti, con una dilatazione quantitativa della tutela risarcitoria²⁴.

Il “terzo” segmento di prestazione lavorativa (oltre a lavoro normale e straordinario che si pone al di là dell'orario massimo assoluto) è qualificabile, secondo alcune sentenze, come “superlavoro” e attiene alla prestazione nel suo momento patologico: si è parlato, infatti, di danno biologico da superlavoro²⁵, idoneo a svolgere non solo una funzione riparatoria ma anche in senso lato sanzionatoria²⁶.

In dottrina la violazione delle regole normative in materia di orario, riposi, ferie può comportare l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza secondo un rapporto di «concorrenza/alternatività»; tali istituti assicurano al lavoratore non solo il reintegro delle energie psico-fisiche ma anche la libera esplicazione della personalità ed è su queste basi che il lavoratore ha diritto ad ottenere oltre alla retribuzione anche il risarcimento del danno, quest'ultimo ascritto alla categoria del danno biologico o a quella del danno esistenziale²⁷. Nell'ambito di una giurisprudenza non univoca, la mancata concessione del riposo compensativo è idonea a integrare una ipotesi di danno non patrimoniale per usura psico-fisica, risarcibile in caso di pregiudizio concreto patito dal titolare dell'interesse leso, sul quale grava l'onere della specifica deduzione della prova²⁸.

È statuito, altresì, che «in tema di lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, bisogna tenere distinto il danno da usura psico-fisica, conseguente alla

²³ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, cit, p. 9 nonché E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, p. 77.

²⁴ Si veda P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, cit, p. 274 ss., il quale rileva «una sorta di impropria funzione di riempimento» svolta dalla tutela risarcitoria, diretta a colmare il *deficit* di effettività della disciplina inderogabile che ha caratterizzato il rapporto di lavoro nel corso della sua attuazione.

²⁵ E. BARRACO, *Art. 5. Commento*, in *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, cit., p. 230; A. TOPO, *Art. 6. Criteri di computo*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁶ G. BOLEGO, *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Padova, Cedam, 2004, p. 241.

²⁷ Le citazioni sono tratte da P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, cit. Si veda, anche, L. NOGLER, *Sul danno alla salute per soppressione o differimento del riposo settimanale*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 1997, p. 113.

²⁸ Cfr. Cass. civ. sez. Lavoro, 18 dicembre 2014, n. 26724. La giurisprudenza, d'altra parte conferma che la mera reperibilità passiva, consistente nell'obbligo di mera disponibilità a un'eventuale prestazione lavorativa, non seguita dal godimento di riposo compensativo, non è idonea, di per sé sola a incidere sul tessuto psico-fisico del lavoratore in modo da configurare un danno *in re ipsa* risarcibile.

mancata fruizione del riposo dopo sei giorni di lavoro, dall'eventuale ulteriore danno biologico, che invece si concretizza in un'infermità determinata da una continua attività lavorativa non seguita da riposi settimanali»²⁹. Il lavoratore che, in proposito, agisca facendo valere la responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.* ha l'obbligo di provare la nocività delle condizioni di lavoro e il nesso tra queste e il danno subito³⁰. Nel rapporto tra riposi da godersi in via originaria – giornaliero, settimanale e annuale – e riposi compensativi si configura l'assolvimento del reintegro delle energie psico-fisiche di ciascun lavoratore e la progressiva attenuazione del rischio per la salute e sicurezza; il loro venire meno innalza, d'altra parte, il livello del pericolo lavorativo.

Resta, dunque, che il pregiudizio sofferto dal titolare dell'interesse leso deve essere concreto, anche se provato con presunzioni semplici³¹.

Saremmo, in questi casi, di fronte a ipotesi di protezione secondaria, da collocarsi – ancora una volta – nella dimensione risarcitoria dell'obbligo di sicurezza, una dimensione inappagante proprio a partire dalla inadeguatezza della mera corresponsione di somme di denaro a tutelare i diritti fondamentali della persona³².

3. Significati e prospettive della valutazione dei rischi

A fronte delle carenze indiscutibilmente rintracciabili nel d.lgs. n. 66/2003, sarebbe *de iure condendo* auspicabile promuovere una più stretta interrelazione tra la disciplina in parola e quanto dispone il d.lgs. n. 81/2008, in particolare sulla valutazione dei rischi.

Si tratta di interpretare le due fonti regolative nella loro complementarietà: l'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 può essere, in altre parole, foriero del recupero della dose di protezione primaria mancante nel d.lgs. n. 66/2003 attraverso una tanto scrupolosa quanto attuale valutazione dei rischi derivanti dalla dimensione temporale della prestazione.

Ascrivere la dimensione temporale del rischio alla più ampia categoria del rischio-psico sociale e della valutazione stress lavoro-correlato potrebbe essere riduttivo. Riflettendo sul tempo del lavoro come fattore di rischio per la salute e sicurezza, si tratta di chiedersi se quest'ultimo sia catalogabile e valutabile autonomamente ovvero se rientri, meramente, tra i fattori comportanti stress. Sono, così, descritte due opzioni valoriali: l'una che attribuisce rilievo all'orario, in sé, come fattore causale del rischio per la salute e sicurezza del lavoratore, l'altra

²⁹ Cass. civ., sez. Lavoro, 13 settembre 2016, n. 17966.

³⁰ Cfr. Cass. civ., sez. Lavoro, 7 giugno 2007 n. 13309.

³¹ Cass. civ., sez. Lavoro, 14 luglio 2015, n. 14710.

³² P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, cit.; P. ALBI, *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2016, 1, I, p. 83.

che lo considera concausa, *inter pares*, della vasta e, per alcuni indistinta, categoria dello stress lavoro-correlato. Per chi scrive, la distinzione non è banale soprattutto perché da essa si colgono differenti approcci: quello che isola il fattore causale e lo descrive come autonomo elemento di pericolo oppure quello che lo affianca ad altri elementi che possano concorrere a produrre l'effetto individuato nello stress³³.

Nella valutazione del rischio da stress lavoro-correlato, parlare genericamente di inadeguatezza della organizzazione e dei processi da lavoro, al cui interno rientra anche l'orario, potrebbe spostare in secondo piano l'apporto prevenzionistico che, di per sé, la determinazione di limiti orari e riposi può avere fin dalla costituzione del rapporto di lavoro.

È cosa diversa, in altre parole, descrivere dettagliatamente e per ciascun lavoratore, nel testo del documento di valutazione dei rischi, l'andamento della durata oraria così come, in corrispondenza, del riposo; è importante porre attenzione anche alle ipotesi di articolazione temporale formalmente conformi al dato regolativo ma ai margini di un'autentica protezione psico-fisica di ciascuno. Il supporto di grafici che rappresentino le curve di variazione incrementale potrebbe essere opportuno, così come la considerazione congiunta del grado di incidenza di infortuni e malattie professionali.

Se l'ottica del legislatore è quella binaria del tempo, affermando che tutto ciò che non è orario di lavoro costituisce riposo, occorrerebbe che la ricostruzione grafica fosse delineata conformemente a questo andamento duplice, descrivendo e dettagliando simmetricamente – in stretta corrispondenza ai periodi di superamento dei limiti massimi settimanali di durata oraria – l'ammontare del riposo. Occorre rilevare, difatti, che come spesso succede per i lavoratori del comparto sanitario³⁴, le esigenze del servizio comportano che, talvolta, il riposo compensativo non sia goduto immediatamente dopo l'orario che è inteso a compensare, con ciò confermando lo stato di fatica e sovraccarico. La riduzione del benessere lavorativo, determinata proprio dal permanere della stanchezza, si trascina fino al cominciare del periodo lavorativo seguente, con ciò riducendo il grado e l'appropriatezza della protezione³⁵.

³³ M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in "I Working papers di Olympus", n. 2/2011. Irregolarità e flessibilità del lavoro sono annoverate tra i rischi psico-sociali così come dalle ricerche elaborate a livello europeo; l'Autore segnala la mancanza di "tecnicità" di tali nozioni che includerebbero una varietà di modelli, cfr. p. 6. Si tratta di una delle ragioni per cui l'assimilazione della flessibilità oraria allo stress lavoro-correlato rileva ai fini descrittivi ma non per fondare solide basi di prevenzione primaria.

³⁴ Settore rispetto al quale occorrerebbe una specifica riflessione. Soprattutto a partire dalla prolungata inadempienza del nostro ordinamento sui profili orari, di recente sanata con la legge n. 161/2014.

³⁵ «L'istituto del riposo compensativo attiene al trattamento non economico del lavoro straordinario, costituendo un'espressa alternativa alla monetizzazione della prestazione svolta, da un lato, al lavoro eccedente l'orario di lavoro e, dall'altro, al servizio prestato nel giorno destinato al riposo settimanale o in quello festivo infra-settimanale, per sopravvenute inderogabili esigenze», cfr. Tar Brescia, 7 luglio 2015, n. 922.

Il contenuto del documento di valutazione dei rischi veicola, dunque, un significato peculiare proprio perché non si limita ad esigere l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate ma richiede anche che «siano individuate le procedure per l'attuazione delle misure da realizzare nonché i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere»; la portata di tali affermazioni non è di scarso conto proprio perché le decisioni connesse alla valutazione dei rischi e la individuazione delle misure per eliminarli o ridurli «incidono con carattere precettivo nell'organizzazione aziendale». Se la mancata o incompleta valutazione dei rischi porta a conseguenze sanzionatorie non di poco conto, si tratta di un'area regolativa strettamente connessa – in via funzionale – alla formazione: la coerenza tra i bisogni emersi dalla valutazione dei rischi e la programmazione della formazione costituisce un aspetto tutt'altro che trascurabile³⁶. D'altro canto, il fatto che la valutazione dei rischi non sia delegabile pone l'accento sulla responsabilizzazione e valorizzazione del datore di lavoro che è chiamato a una valutazione attenta e dettagliata effettuata coordinandosi con gli altri attori in gioco; promuovendo una sempre maggiore partecipazione all'attività prevenzionale. Questo implica un esame del processo lavorativo in termini “analitici”, idoneo a individuare le scelte rischiose tra le quali sono senz'altro annoverabili quelle attinenti al contenuto del lavoro; solo, infatti, riconoscendo che l'origine di ogni fattore di rischio può essere ricondotta a una precisa determinazione organizzativa «si ammette la possibilità di agire sul processo decisionale per modificarlo». La dimensione primaria della prevenzione è sempre stata oggetto di resistenze, manifestatesi nei confronti di un obbligo che costringe il datore di lavoro a misurarsi con i bisogni di tutela del prestatore, fin dal momento in cui sono strutturati i processi produttivi: non sono solo le ragioni della convenienza economica che precludono alla prevenzione di «penetrare nella sfera organizzativa datoriale»³⁷. La valutazione dei rischi salda, dunque, il piano dei valori costituzionali a quello della organizzazione, mirando a darvi attuazione, anche postulando la rielaborazione del documento qualora le modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro lo richiedano.

La flessibilità oraria non può che essere uno degli oggetti principali di questa azione «preventiva e ricorrente» dell'impresa³⁸: tra le funzioni degli organi di controllo si potrebbe ascrivere anche quella di mappare e ricostruire la trama della effettività dei profili orari nei documenti di valutazione del rischio.

³⁶ P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in “Diritto della sicurezza sul lavoro”, 1, I, 2016, p. 66.

³⁷ P. PASCUCCI, L. ANGELINI, C. LAZZARI, *I sistemi di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in “Lavoro e diritto”, 2015, p. 623.

³⁸ A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, in “I Working papers di Olympus”, n. 36/2014.

4. Dalla effettività dei limiti orari alla effettività del documento di valutazione dei rischi

Se, in materia di regole sull'orario, l'estensione della protezione è auspicabile, soprattutto nel conseguimento degli obiettivi di protezione primaria astrattamente configurati ma di debole attuazione, la strada della valorizzazione del documento di valutazione dei rischi rivela, dunque, la propria stretta complementarietà di significato.

La sua elaborazione, effettuata a priori e non sulla base di esperienze negative passate, comprende tutti i rischi direttamente o indirettamente connessi all'attività lavorativa, a partire dalla nozione di rischio come «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione a un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione»³⁹.

Qualora il documento di valutazione dei rischi presenti lacune e, nello specifico, ometta di indicare le curve orarie di intensificazione del lavoro per i lavoratori coinvolti da sistemi flessibili di calcolo della durata oraria, le conseguenze sanzionatorie a cui l'impresa va incontro sono quelle descritte dall'art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008. La valutazione dei rischi "in astratto", effettuata attraverso mere enunciazioni teoriche, non assolve alla propria funzione prevenzionale; occorre, invece, un approccio esemplificativo e non esaustivo sulle condizioni e i carichi di lavoro, giungendo fino a considerare il carico di lavoro di ciascun lavoratore. La differenziazione oraria deve, infatti, trovare riscontro nel documento così come il programma di miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza: un risultato «meditato e critico» della valutazione effettuata in precedenza⁴⁰.

Anche la necessaria indicazione della data del documento costituisce un elemento utile al fine di fotografare i profili orari attuali, in quanto espressione di un approccio funzionalista idoneo a dare conto della dinamicità e adeguatezza della valutazione, mantenendo il documento al passo con la flessibilità oraria. La sua apertura e aggiornabilità è funzionale a renderlo il più possibile rappresentativo delle concrete condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa. Tale "dinamismo" è stato espresso anche dalla Corte di giustizia europea che ha specificato che «i rischi professionali (...) oggetto di valutazione da parte dei datori di lavoro non sono stabiliti una volta per tutte ma si evolvono costantemente in funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi professionali»⁴¹.

È, altresì, importante porre l'attenzione sulla ulteriore capacità del documento di valutazione dei rischi di coniugare esigenze datoriali e individuali diverse come quelle orarie, frequentemente destinate a collidere o a coniugarsi con estrema difficoltà. Esso si pone al centro tra due esigenze divergenti: la tempestività della flessibilità nell'interesse del datore di lavoro e la prevedibilità per il lavoratore dei mutamenti della collocazione e/o della durata della prestazione; la valutazione

³⁹ Così l'art. 2, comma 1, lett. s, del d.lgs. n. 81 del 2008.

⁴⁰ A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, cit.

⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia 15 novembre 2001, C-49/00.

del rischio è, in sé, eterogenea e inconciliabile con formule di totale imprevedibilità del tempo. Infatti, sebbene il potere di modifica della distribuzione dell'orario sia prerogativa datoriale, deve essere esercitato in modo tempestivo, non arbitrario e sulla base di effettive esigenze tecniche, organizzative e produttive.

La riduzione degli spazi di imprevedibilità oraria oltre che strumentale a garantire il più completo benessere fisico, mentale e sociale consente anche, sul piano della più stretta disciplina protezionistica, di delineare contenuti realistici all'interno del documento di valutazione dei rischi. Programmazione preventiva della flessibilità e limitazione della modificabilità vanno nella direzione di ridurre, corrispondentemente, i rischi di usura delle energie psico-fisiche; la c.d. «flessibilizzazione a tutto campo» si rivela, per contro, sfuggente alle esigenze di valutazione del rischio che richiedono una prognosi preventiva adeguata⁴².

L'attività svolta dal Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (Rls) – come *trait d'union* di partecipazione non solo alle scelte aziendali ma anche nella redazione e nel mantenimento dell'attualità del Dvr – è portatrice di un confronto necessariamente preventivo con gli altri lavoratori sulle scelte organizzative e sulla autenticità del Dvr. Allo stesso modo, un ruolo importante dovrebbe essere svolto dalle parti collettive attraverso clausole che procedimentalizzino il ricorso agli istituti della flessibilità oraria, anche limitando le fasce di disponibilità datoriale del tempo individuale del lavoro.

La responsabilità penale discendente dalla omessa o insufficiente valutazione dei rischi denota, una volta di più, l'importanza della attenta valutazione del rischio, mettendo in guardia il datore di lavoro e inducendolo a porre in essere scelte organizzative che non ne disattendano i contenuti.

È importante segnalare, pertanto, che tanto più si amplia la possibilità di dilatare la durata della prestazione lavorativa nella giornata e/o nella settimana, tanto più cresce il rischio di danni alla salute del prestatore, a poco giovando che siano ammessi, in seguito, dei recuperi in altri giorni o settimane; vale, altresì, la considerazione che l'incremento della durata della prestazione determina una crescita più che proporzionale del rischio di infortuni sul lavoro o *fuori* dal lavoro⁴³.

Tale imprescindibile legame deve risultare dalla valutazione del rischio e qualora quest'ultima, sotto i profili temporali, sia lacunosa e mancante si verificano gli estremi di responsabilità penale sopra richiamati, a tutela del bene fondamentale salute.

La estensione della protezione primaria che, attualmente, appare lacunosa sul punto di assicurare tetti ben definiti di durata della prestazione si può, dunque, recuperare in sede di valutazione del rischio, a patto che tale attività sia svolta come espressione di un'autentica cultura della sicurezza, «senza la quale è impensabile

⁴² Si veda quanto a flessibilità e prevedibilità V. LECCESE, *Flessibilità e imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, in *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, a cura di L. GUAGLIANONE, F. MALZANI, 2007, p. 240.

⁴³ V. LECCESE, *Flessibilità e imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, cit., p. 227 ss.

realizzare un adeguato sistema di prevenzione»⁴⁴. A fronte della “prepotenza” delle formule di flessibilità organizzativa che descrivono regole poco inclini alla tutela, il documento di valutazione dei rischi può, nell’impostazione che si propone, porre di nuovo l’accento sulle regole piuttosto che sulle deroghe. Quanto richiede l’art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 è chiaro, ben definito e si colloca sul versante della prevenzione *ex ante*: «pur non ponendo in discussione la possibilità/liceità di adottare tali articolazioni, nondimeno induce a ponderare adeguatamente le relative decisioni»⁴⁵.

Abstract

L’Autrice si interroga sulla necessità di rintracciare nell’ordinamento – con riferimento alla dimensione temporale del lavoro – solide basi di protezione di beni primari come la salute e sicurezza dei lavoratori. L’operazione conoscitiva è svolta a partire dalle regole di matrice legale che disciplinano l’organizzazione dell’orario di lavoro, il focus sulla caratterizzazione ex ante o ex post della tutela è centrale soprattutto alla luce del fatto che le soluzioni di protezione “secondaria” si dimostrano inadeguate a garantire l’effettività. L’ausilio della disciplina prevenzionistica – in particolare in sede di predisposizione del documento di valutazione dei rischi – può fornire interessanti risposte, come strumento di controllo e contenimento della flessibilità oraria.

The Author questions possible legal basis of protection of fundamental rights to health and safety, with reference to working time. The focus on ex ante or ex post protection is central, specially starting from the assumption that “secondary protection” is not suitable to guarantee effectivity to a given measure. Interesting answers may be supplied by preventive rules: the “risk assessment document” could be an instrument to control and restraint working time flexibility.

Parole chiave

organizzazione, salute e sicurezza, orario di lavoro, valutazione dei rischi

Keywords

organization, health and safety, working time, risk assesment

⁴⁴ P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, cit.

⁴⁵ P. PASCUCCI, *Le finalità e le tecniche di regolazione della flessibilità degli orari di lavoro*, cit., p. 8.