

fondata e diretta da

**Gaetano Veneto**

www.**diritto**  
**dei lavori**.it

COORDINATORE SCIENTIFICO  
*Antonio Belsito*

VICEDIRETTORE  
*Tommaso Germano*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Antonio Iannarelli  
Tommaso Germano, Aldo Balducci, Antonio Belsito*

*In collaborazione con i docenti e i cultori della Prima Cattedra di Diritto del Lavoro,  
Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari*

RESPONSABILE DI REDAZIONE

*Daniela Cervellera*

REDAZIONE

*Mariagrazia Acampora, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Roberta Bruno  
Bruno Cantarone, Fabio Cardanobile, Marilena Cortese, Silvia Ardua D'Alesio  
Pietro Difino, Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi  
Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Vincenzo Turco*

Realizzato dal Centro Studi Diritto dei Lavori  
diretto da Gaetano Veneto

Tutti i diritti sono riservati  
Copyright 2009 by Cacucci Editore

www.diritto<sub>dei</sub>lavori.it

Rivista Scientifica Telematica  
Periodico di informazione giuridica

ISSN 1974-4269

**DIRETTORE RESPONSABILE:**

Gaetano Veneto

**VICEDIRETTORE:**

Tommaso Germano

**COORDINATORE SCIENTIFICO:**

Antonio Belsito

**COMITATO SCIENTIFICO:**

Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Antonio Iannarelli, Tommaso Germano, Aldo Balducci, Antonio Belsito.

**RESPONSABILE DI REDAZIONE:**

Daniela Cervellera

**REDAZIONE:**

Mariagrazia Acampora, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Roberta Bruno, Bruno Cantarone, Fabio Cardanobile, Marilena Cortese, Silvia Ardua D'Alesio, Pietro Difino, Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Vincenzo Turco.

Autorizzazione del Tribunale di Bari n. 62/2006

**Sede Comitato Scientifico:** Dipartimento Diritto del Lavoro Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari

**Sede Comitato di Redazione:** Via Sparano n. 149 - 70121 Bari

**Cacucci Editore, Via Nicolai n. 39, 70122 Bari, Proprietà letteraria riservata**



Cacucci Editore



# S O M M A R I O

## EDITORIALE:

Retribuzioni differenziate e contrattazione nazionale e territoriale <i>(Gaetano Veneto)</i>	9
--	---

---

## DOSSIER:

### CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

L'intervento delle parti sindacali nell'ambito degli ammortizzatori sociali <i>(Tommaso Germano)</i>	17
--	----

L'evoluzione del concetto di discriminazione nel diritto italiano <i>(Tommaso Germano)</i>	35
--	----

### SICUREZZA SUL LAVORO

Le nuove semplificazioni per la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro <i>(Antonio Belsito e Clarenza Binetti)</i>	41
--	----

La valutazione dei rischi da interferenze Per la cooperazione ed il coordinamento <i>(Incoronata Marika Di Biase)</i>	59
---	----

### PENALE DEL LAVORO

La revisione degli obblighi in materia di sicurezza dopo il decreto correttivo n. 106/2009 <i>(Daniela Cervellera)</i>	71
--	----

Teoria della sicurezza negli ambienti di lavoro <i>(Arturo Carone)</i>	77
---	----

---

## I LAVORI

### LAVORO IRREGOLARE

Emergenza del rapporto di lavoro irregolare  
nell'ambito domestico e nell'assistenza alla persona 83  
(*Maria Mangiatordi*)

### LAVORO FLESSIBILE

Somministrazione e appalto: tra flessibilità e precarietà 93  
(*Pierluigi De Lillo*)

---

## ATTUALITA'

L'anzianità e le capacità direttive quali criteri  
per la selezione del dirigente dell'ufficio pubblico 107  
(*Fabio Cardanobile*)

Boss-napping: "il sequestro del dirigente" 113  
(*Valerio Belsito*)

---

## RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

### GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Legittimità del licenziamento e obbligo di pubblicità  
del codice disciplinare 123  
(*Pierluigi De Lillo*)

Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori 131  
(*Tiziana Valeriana De Virgilio*)

Fenomeno mobbing:  
continua l'avventura tra interpretazione e realtà 143  
(*Miriana Nacucchi*)

### GIURISPRUDENZA DI MERITO

La responsabilità professionale del medico 153  
(*Tiziana Valeriana De Virgilio*)

# EDITORIALE



## RETRIBUZIONI DIFFERENZIATE E CONTRATTAZIONE NAZIONALE E TERRITORIALE

*Questa lunga e calda estate ha visto tutti i nostri politici, al Governo e all'opposizione, impegnati in un grande dibattito, soprattutto mediatico, riguardante una "teoria" (nel senso greco del termine, una prolungata, e nel nostro caso sgradevole, serie reiterata) di parole d'ordine, sparate a raffica, soprattutto dai "condottieri padani", parole spesso frutto di incultura e comunque di approssimazione. Per i toni e i contenuti invero modesti del dibattito, appare preoccupante che su organi di stampa e reti televisive, pubbliche e private, nazionali e locali, si prendano sul serio proposte e opinioni sulla bandiera nazionale e su quelle regionali, su inni o canzoni statali o territoriali, su tg regionali in vernacolo (ma quali vernacoli, regionali, provinciali, comunali? Il tg pugliese parlerà bitontino, neretino o foggiano?). In questo clima, incautamente quanto incoltamente, si è riproposta anche l'antica, e da decenni chiusa, tematica delle differenziazioni delle retribuzioni, d'imperio predeterminata a livello territoriale, le "gabbie salariali", tematica propria dell'immediato secondo dopoguerra.*

*Il meccanismo, volto a creare differenziazioni retributive sostanzialmente basate su articolazioni della paga base connesse a diverse realtà socio-economiche territoriali, predeterminate attraverso il generale consenso delle parti sociali espresso negli accordi interconfederali, trovava una sua, forse opinabile ma comunque condivisa, giustificazione nell'esigenza di contribuire alla ripresa di un Paese reduce da una disastrosa esperienza del ventennio corporativo, da*

*una dura guerra e da una lacerante fase di contrasti politici e sociali, frutto ed insieme base per una "liberazione" da un passato che aveva messo in ginocchio economia e società italiana. Questa esperienza di retribuzioni (quasi del tutto) "ingabbiate" non poteva che concludersi quando l'Italia, dopo poco più di 20 anni, veniva ormai a collocarsi fra le più sviluppate economie produttive internazionali, affinando insieme, con notevole creatività, strumenti contrattuali e di relazioni industriali, all'avanguardia nell'Europa continentale e fuori, come nel caso della contrattazione articolata su vari livelli.*

*Se può far sorridere che vengano resuscitati modelli postbellici assolutamente fuori dalla storia, dopo decenni di sviluppo di sistemi ormai sperimentati da più di 30 anni, è pur vero che colui che per primo aveva accennato alle gabbie salariali, il Ministro leghista Calderoli, seguendo la moda diffusa in questi ultimi mesi, anche ad alto livello, delle smentite, ha dichiarato dopo pochi giorni che, in linea con il federalismo fiscale, andrebbe invece stimolata la contrattazione sindacale a livello territoriale, testualmente affermando che la sua proposta "è che la contrattazione nazionale sia relativa solo al minimo garantito e che poi abbia un forte peso la contrattazione regionale basata sul potere reale d'acquisto e nel contempo su quella flessibilità indispensabile al mondo delle imprese".*

*Un senatore dell'opposizione (Ichino) ha ripreso al balzo la tematica, sostenendo che "un sindacato...non possa prescindere nella negoziazione dei livelli retributivi, da due fattori: la produttività del lavoro da una parte, il potere d'acquisto dall'altra; per questo in riferimento al primo fattore è fondamentale la contrattazione a livello nazionale e in riferimento al secondo può assumere un valore rilevante quella regionale*

*o macro-regionale. Se è questo ciò che intende Calderoli non posso che concordare con lui". Questa lettura riduce però la problematica e le soluzioni ad una visione meramente territoriale della contrattazione dei salari.*

*Le parole del Ministro leghista e del parlamentare di opposizione, infatti, confermano, inconsciamente forse e comunque semplicisticamente e parzialmente, i due grandi principi contenuti nell'art. 36 della Costituzione che, non lo si dimentichi, ha un valore precettivo, e pertanto vincolante immediatamente per tutti, e non meramente programmatico. Il primo concerne l'adeguatezza del salario alla qualità e quantità del lavoro prestato, nel rispetto della regola liberistica di mercato che determina il valore di scambio, anche differenziato per aree geo-economiche, tra prestazione di lavoro offerta dal lavoratore (e dai lavoratori) e, di contro, di somma monetaria controfferta dal datore di lavoro (e dai datori di lavoro). Questo principio di scambio si concretizza sempre di più man mano che si passa da una determinazione generale (il sistema economico, il settore, il territorio) ad uno più specifico, l'azienda o, addirittura, al suo interno il reparto o l'area omogenea di lavoro. Il secondo principio contenuto nell'art. 36 della Costituzione concerne il dato della "sufficienza": per questo il Costituente sancisce che la retribuzione deve comunque "garantire al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa".*

*Si tratta, allora, di rendere attuali questi principi, con tutti gli strumenti già previsti dalla Costituzione e, attraverso l'autonomia collettiva (contrattazione, concertazione o altro), rendere virtuoso il connubio tra iniziativa economica privata libera e poteri di controllo,*

*condizionamento e stimolo offerti dal confronto e dall'incontro con le parti sociali (art. 41 Cost.). Allo Stato si deve lasciare un intervento sussidiario, "di sostegno" o "cornice", per esempio, con iniziative che introducano sperimentalmente lo SMIG, quel salario, interprofessionale o intercategoriale, minimo garantito così come già sperimentato, con buoni risultati, da decenni in Francia. Così ancora, si potrebbe concretizzare la discussione, già aperta fra Governo e forze sociali, coinvolgendo però necessariamente la più grande Confederazione oggi emarginata (o autoemarginata?), sui benefici fiscali intrecciati con una contrattazione premiale sui salari, estendendo il discorso, hic et nunc, ad una debole, gracile ed inefficiente P.A.. Il tutto anche attraverso un ulteriore intreccio, quello tra federalismo fiscale e alleggerimento, in prospettiva, del peso, oggi insostenibile specie per le piccole medie imprese e i lavoratori subordinati, del prelievo fiscale nel nostro Paese.*

*Con una retribuzione minima garantita a livello centrale ed uno sviluppo dei meccanismi contrattuali decentrati, virtuosamente capaci di coniugare efficienza e produttività di settore e di azienda con merito e professionalità dei lavoratori, con la riduzione del peso fiscale, può essere possibile rilanciare l'economia e l'occupazione, specialmente al Sud dove più deboli sono oggi sistema produttivo e occasioni di lavoro.*

*Ci aspettiamo ora a settembre, magari a Bari, alla Fiera del Levante, nei tradizionali ed istituzionali discorsi, proposte chiare e condivise: ne abbiamo bisogno tutti, nel Mezzogiorno ma anche in tutte le...Padanie, se siamo ancora, e vogliamo restare, uno...Stivale solido ed unito.*

**Gaetano Veneto**

# DOSSIER



# CONTRATTAZIONE COLLETTIVA



## L'INTERVENTO DELLE PARTI SOCIALI NELL'AMBITO DEGLI AMMORTIZZATORI SOCIALI

di Tommaso Germano

Fuoriesce dall'economia del presente scritto l'indagine di quale ampiezza abbia assunto - allo stato attuale - la espressione "*ammortizzatori sociali*", considerato che la dimensione odierna ha completamente travalicato i confini, per anni, tracciati dalla dottrina e consistenti nelle misure, indirizzate a gestire in modo non traumatico la eccedenza di personale.

Ad avviso di alcuni Autori la funzione prevalente di "*ammortizzatori del conflitto sociale*", può essere collocata (e desunta) già dai lavori preparatori che condussero alla stessa legge n. 223/1991 e che, negli anni successivi, ha visto lievitare a dismisura il numero dei "*soggetti protetti*" e dei settori produttivi, meritevoli di protezione, fino al punto di prevedere una "*...disciplina per la concessione degli ammortizzatori in deroga*" (cfr. art. 19 L. 28/01/2009 n. 2).

E' di tutta evidenza che in una realtà molto complessa, il sindacato è stato chiamato a svolgere un ruolo che, partendo dagli elementari effetti negativi della privazione del lavoro del singolo prestatore, si è spinto fino al contenimento di potenziali tensioni sociali, strumentale all'obiettivo del sistema delle imprese di compiere operazioni di riassetto finanziario ed organizzativo in condizioni di assenza di conflittualità.

In data 4 giugno 1997, tra le OO.SS. e il Governo è stato stipulato un Protocollo sul settore bancario. In

quella sede veniva prevista la costituzione, mediante contrattazione collettiva di Fondi nazionali (ex art. 2, comma 28, della L. n. 662/1996) per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e della occupazione nell'ambito di processi di ristrutturazione aziendale e per fronteggiare situazioni di crisi.

Il Decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale n. 477/1997 affidava ai contratti collettivi nazionali la definizione dei principi e dei criteri direttivi validi ai fini dell'adozione dei Regolamenti dei Fondi.

A completamento, l'art. 59, comma 3, ha previsto una specifica disciplina transitoria per i casi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale che determinino esuberanti di personale.

In data 28 febbraio 1998, è stato sottoscritto l'Accordo che ha istituito - presso l'INPS - il Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito.

Il Fondo aveva lo scopo di attuare interventi in favore di lavoratori delle Aziende, ivi comprese quelle facenti parte di gruppi creditizi e di Associazioni di Banche, ai quali si applicano i contratti collettivi del credito (Assicredito o Acric) che, nell'ambito ed in connessione con processi di ristrutturazione e/o di situazioni di crisi e/o di riorganizzazione aziendale o di

riduzione o trasformazione di attività o di lavoro favoriscano il mutamento e il rinnovamento delle professionalità e realizzino politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione.

Ai sensi dell'art. 6 dell'Accordo, il Fondo avrebbe provveduto *in via ordinaria*: a contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione e/o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi Fondi nazionali e/o comunitari ed al finanziamento di specifici trattamenti a favore dei lavoratori interessati da riduzioni dell'orario di lavoro o da sospensione temporanea dell'attività lavorativa anche in concorso con gli appositi strumenti di sostegno previsti dalla legislazione vigente; *in via straordinaria*: all'erogazione di assegni straordinari per il sostegno al reddito, in forma rateale, ed al versamento della contribuzione figurativa di cui alla L. n. 662/1996, art. 2, comma 28, riconosciuti ai lavoratori ammessi a fruirne nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo.

Qualora l'erogazione avvenga - su richiesta del lavoratore - in unica soluzione, l'assegno straordinario sarà pari ad un importo corrispondente al 60% del valore attuale, calcolato secondo il tasso ufficiale di sconto vigente alla data di stipulazione del presente accordo, di quanto sarebbe spettato, dedotta la contribuzione figurativa, che pertanto non verrà versata, se detta erogazione fosse avvenuta in forma rateale.

A detti interventi verranno ammessi, nell'ambito di un periodo di 10 anni dalla data di entrata in vigore del Regolamento, i soggetti di cui all'art. 3. Gli assegni straordinari per il sostegno del reddito sono erogati dal Fondo, per un massimo di 60 mesi nell'ambito del periodo di cui al comma

che precede, su richiesta del datore di lavoro e fino alla maturazione del diritto a pensione di anzianità o vecchiaia a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, a favore dei lavoratori che maturino i predetti requisiti entro un periodo massimo di 60 mesi o inferiore a 60 mesi, dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Ai fini dell'applicazione dei criteri di cui al comma che precede, si dovrà tener conto della complessiva anzianità contributiva rilevabile da apposita certificazione prodotta dai lavoratori.

Il Fondo versa, altresì, la contribuzione figurativa dovuta alla competente gestione assicurativa obbligatoria.

Ai sensi del successivo art. 7, il finanziamento del Fondo veniva disciplinato nella dimensione di un contributo ordinario dello 0,50% (di cui lo 0,375% a carico del datore di lavoro e lo 0,125% a carico dei lavoratori) calcolato sulla retribuzione imponibile ai fini previdenziali di tutti i lavoratori dipendenti con contratto a tempo indeterminato e di un contributo addizionale - a carico del datore di lavoro - in caso di fruizione delle prestazioni di cui all'art. 6, comma 1, punto 1, lett. b), nella misura non superiore all'1,50%, calcolato sulla retribuzione imponibile di cui alla precedente lett. a) con l'applicazione di un coefficiente correttivo pari al rapporto tra le retribuzioni parzialmente o totalmente perdute dai dipendenti che fruiscono delle prestazioni, e le retribuzioni che restano in carico al datore di lavoro.

Eventuali incrementi o diminuzioni della misura del contributo ordinario (0,50%) saranno ripartiti tra datore di lavoro e lavoratori in ragione degli stessi criteri di ripartizione di cui al comma 1, lett. a).

Per la prestazione straordinaria, di cui all'art. 6, comma 1, punto 2, è dovuto, da parte del datore di lavoro, un contributo straordinario, determinato in termini percentuali dal Comitato amministratore ai sensi dell'art. 5, lett. c), relativo ai soli lavoratori interessati alla corresponsione degli assegni medesimi, in misura corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni straordinari erogabili e dalla contribuzione figurativa.

Ai sensi dell'art. 9, avviene l'individuazione dei lavoratori in esubero (ex art. 5, comma 1, legge n. 223/91) che *"...concernerà in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, anzitutto il personale che, alla data stabilita per la risoluzione del rapporto di lavoro, sia in possesso dei requisiti di legge previsti per aver diritto alla pensione di anzianità o vecchiaia, anche se abbia diritto al mantenimento in servizio"*.

L'individuazione degli altri lavoratori in esubero ai fini dell'accesso alla prestazione straordinaria di cui all'art. 6, comma 1, punto 2, del presente accordo, avviene adottando in via prioritaria il criterio della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria ovvero della maggiore età.

Per ciascuno dei casi di cui ai comma che precedono, ove il numero dei lavoratori in possesso dei suddetti requisiti risulti superiore al numero degli esuberanti, si favorirà - in via preliminare - la volontarietà, che andrà esercitata dagli interessati nei termini e alle condizioni aziendali concordate, e - ove ancora risultasse superiore il numero dei lavoratori in possesso dei requisiti di cui sopra

rispetto al numero degli esuberanti - si terrà conto dei carichi di famiglia.

L'art. 17 del c.c.n.l. 11 luglio 1999 andò a prevedere testualmente che, in epoca antecedente all'applicazione delle norme della L. n. 223/91, le aziende, in presenza di tensioni occupazionali, conseguenti - anche - a processi di ristrutturazione e/o riorganizzazione, che possano prefigurare ricadute negative sui livelli occupazionali, avrebbero fornito agli organismi sindacali aziendali una specifica comunicazione concernente motivazioni ed obiettivi delle misure che si sarebbero adottate.

Compiutezza espositiva vuole che si ricordi che con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 28 aprile 2000 n. 158 è stato adottato il Regolamento relativo all'istituzione del Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente dalle imprese di credito.

Nel mese di ottobre 2002, sui quotidiani - a tiratura nazionale - veniva riferito che INTESA-BCI si avviava ad intraprendere una forte riduzione di personale.

In breve, dopo una serie di incontri con le OO.SS., si era pervenuti alla conclusione (già palesata nel corso della presentazione del piano industriale triennale 2003-2005 da parte dell'amministratore delegato - Corrado Passera) che obiettivo sarebbe stato un contenimento del costo del personale del 15% che avrebbe comportato esuberanti pari a 7.800 unità lavorative.

Nel contempo, veniva formulata ufficiale disdetta di tutti i contratti integrativi aziendali (Cariolo - Ambrosiano - Comit e Mediocredito lombardo).

Disponibile INTESA-BCI ad un “più articolato approccio alla riduzione dei costi” al fine di evitare “significativi impatti sul piano sociale”, ci si avviava ad una pluralità di soluzioni complementari (dal calo dei premi agli incentivi all’esodo volontari; dai contratti di solidarietà alla mobilità interna).

In ogni caso, in tempi brevi in quanto, formalmente aperta la procedura contenuta all’art. 18 del già citato contratto collettivo che prevede - in presenza di riorganizzazioni - l’accentramento nella Capogruppo dell’intera trattativa “da esaurirsi entro 40 giorni”.

In data 5/12/2002 veniva sottoscritto un accordo di programma nel quale venivano illustrati:

- A) i Motivi che determinano la situazione di esubero;
- B) - i Motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare - in tutto o in parte - la dichiarazione di mobilità;
- C) il Numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale in esubero e del personale abitualmente impiegato;
- D) i tempi di attuazione del programma di mobilità;
- E) le Eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale dell’attuazione del piano medesimo;
- F) il Metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione (D.lgs 26 maggio 1997 n. 151).

In data 15 gennaio 2003, in sede aziendale, Banca Intesa s.p.a. e le OO.SS., nel comune intento di ridurre le conseguenze sul piano sociale derivanti dall’attuazione del processo

di riorganizzazione e ristrutturazione, hanno definito e concluso la procedura - di cui agli artt. 4 e 24 della L. 223/91 con l’individuazione di alcuni strumenti:

- A) - Lavoro a tempo parziale;
- B) - Limitazione del ricorso al lavoro straordinario;
- C) Blocco del premio aziendale per il 2002 e incontri ad hoc nell’ottobre del 2003 e 2004;
- D) - Somma una tantum per il 2002, non utile ai fini del T.F.R.;
- E) - riduzione degli organici e modalità di ammissione al Fondo di solidarietà.

L’Accordo sarebbe meritevole di analisi più approfondita se necessità di ordine temporale lo consentissero.

Un aspetto non può essere taciuto: nell’accordo 15/1/2003 - per la prima volta - viene fatto cenno, da parte datoriale, che le procedure di mobilità avrebbero riguardato anche i dirigenti.

La cosa ha determinato un cospicuo contenzioso giudiziale che ha visto la Magistratura passare in rassegna tutti i contenuti negoziali e, in più di una circostanza, giungere ad individuare una pluralità di vizi che hanno finito con l’inficiare la complessa operazione negoziale.

- A) i dirigenti sono stati illegittimamente “assimilati” ai “soggetti protetti” dalla L. 223/91, manifestamente, operai, impiegati e quadri;
- B) nell’avvio della procedura di licenziamento collettivo (dicembre 2002) Banca Intesa non ha indicato i profili professionali (ad es. gestore base, gestore premium, gestore affari, gestore imprese, gestore corporate, gestore private, addetto amministrativo, responsabile di filiale, operatore di sportello, etc.) del personale da licenziare ma solo la categoria di inquadramento (AP

1.2.3 liv.; quadri direttivi 1.2.3-4 liv.), violando - così - la tassativa previsione dell'art. 4, comma 3, L. n. 223/91;

- C) di fronte ad una riduzione concertata di un numero massimo di 642 quadri direttivi di IV livello, in realtà, alla data dell'1/4/2004, erano ben 1178 quadri direttivi;
- D) in sintesi, dopo aver concordato la quantità di personale da ridurre; dopo aver concordato i criteri di individuazione; dopo aver concluso la procedura ufficiale con comunicazione alle competenti Autorità amministrative; dopo aver formato le graduatorie di tutti i lavoratori potenzialmente coinvolti, al fine di consentire alle OO.SS. la valutazione della correttezza di applicazione oggettiva del criterio di individuazione, Banca Intesa si è sentita abilitata ad espellere un numero di dipendenti superiore a quello che essa stessa aveva dichiarato indispensabile per conseguire gli obiettivi aziendali.

In data 21 maggio 1998, il Ministro dei Trasporti e della navigazione, considerato che l'art. 59, comma 6, della L. 27/12/1997 n. 449, prevede interventi diretti a favorire la riorganizzazione ed il risanamento della società Ferrovie dello Stato s.p.a., in considerazione del processo di ristrutturazione e sviluppo del sistema di trasporto ferroviario; nonché *“l'istituzione di un fondo - a gestione bilaterale - con le finalità, di cui all'art. 2, comma 28, della L.23/12/1996 n. 6632, mediante accordo collettivo; visto l'accordo del 21/5/1998 (in pari data) tra la Ferrovie dello Stato s.p.a. e le OO.SS. stipulanti, avente per oggetto l'istituzione di un Fondo per il perseguimento delle politiche attive di sostegno al reddito e dell'occupazione*

*per il personale delle FF.SS. s.p.a. nonché l'accordo di procedura”*, concluso in pari data fra le parti su indicate: tenuto conto che l'art. 59, già indicato, prevede una verifica periodica degli effetti degli interventi attuati, anche con riferimento alle misure, a carico del medesimo fondo, istituito per il perseguimento di politiche attive del lavoro e per il sostegno al reddito per il personale eccedentario, da individuare anche sulla base di criteri che tengano conto dell'anzianità contributiva ed anagrafica...

#### DECRETA

gli interventi diretti a favorire la riorganizzazione ed il risanamento della società Ferrovie dello Stato s.p.a. e le misure per il perseguimento di politiche attive del lavoro e per il sostegno al reddito per il personale eccedentario, a carico del Fondo, di cui all'art. 59, comma 6, della L.27/12/1997 n. 449 sono attuati con i criteri e le modalità previste dagli accordi collettivi tra le FS S.p.A. e le OOSS stipulanti.

Come già detto, reca pari data l'Accordo di costituzione del Fondo per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nell'ambito dei processi di ristrutturazioni aziendali e per fronteggiare situazioni di crisi in aziende erogatrici di servizi di pubblica utilità nonché delle categorie e settori di impresa sprovvisti del sistema degli ammortizzatori sociali.

Viene - altresì - premesso, in sede di considerazioni, l'art. 59, comma 6, 2° parte, della L. 449/1997 per le misure finalizzate a favorire la riorganizzazione ed il risanamento della Società p.a. Ferrovie dello Stato; il D.M. 27/11/97 n. 447 che detta il regolamento recante norme in materia di ammortizzatori sociali per le aree non coperte da CIGS; l'intesa raggiunta il 2/12/1997 presso il Ministero del

lavoro e della previdenza sociale in cui l'istituzione del Fondo viene espressamente finalizzata a risolvere le problematiche relative alla gestione delle eccedenze non riassorbibili con gli strumenti previsti dal CCNL e tra queste gli strumenti ed azioni per la gestione del riequilibrio delle risorse umane, viene espressamente richiamato il ricorso anche alla mobilità esterna: l'accordo di rinnovo contrattuale del 6/2/1998 in cui si ribadisce la scelta di istituire un Fondo finalizzato a perseguire politiche attive del lavoro ed attuare misure di sostegno al reddito del personale eccedentario nonché di accompagnamento a pensione.

Ai sensi dell'art. 3, in fase iniziale le FF.SS. s.p.a. *"...si assume le spese di gestione del Fondo"*.

Ai sensi dell'art. 6 il Fondo è alimentato da un contributo ordinario a carico della Società, di relativi dipendenti e di quelli indicati dall'art. 6 del CCNL.

Il contributo annuo complessivo è commisurato allo 0,75% della massa retributiva, costituita dal totale delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali di tutti i lavoratori dipendenti, esclusi i dirigenti, con contratto a tempo indeterminato, di cui: a carico della società, lo 0,60%; e a carico dei singoli lavoratori, lo 0,15%.

L'intero contributo viene versato, a cura della Società, in rate trimestrali anticipate, la prima delle quali decorrente dal primo mese successivo all'emanazione del Regolamento. La contribuzione a carico dei singoli lavoratori, già versata dalla Società, viene trattenuta mensilmente dalla retribuzione.

Confluiscono, altresì, in rate trimestrali anticipate, nel Fondo: le somme relative al contributo straordinario, a carico esclusivo della

Società, per il finanziamento delle prestazioni straordinarie, in misura corrispondente al fabbisogno di cui all'art. 7, punto e le somme relative alle contribuzioni previdenziali a carico della Società FF.SS. dovute in base alla normativa vigente, sia per le prestazioni ordinarie sia per le prestazioni straordinarie, da versare alla gestione pensionistica obbligatoria di pertinenza.

In caso di ritardo nei versamenti, oltre alla rivalutazione legale, equivalente al tasso ufficiale di sconto, si applicherà una maggiorazione in misura pari al 2% su base annua.

Ai contributi di finanziamento si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria.

Il Fondo provvede in via ordinaria:

- a) al finanziamento di programmi formativi nel quadro dei processi di riconversione e/o riqualificazione professionale preordinati al superamento o al contenimento delle situazioni di eccedenza, anche in concorso con gli appositi Fondi nazionali e/o comunitari ed al versamento della contribuzione previdenziale pensionistica;
- b) al finanziamento di prestazioni a favore dei lavoratori interessati da riduzioni dell'orario di lavoro part-time, anche in concorso con gli strumenti di sostegno previsti dalla legislazione vigente ed al versamento della contribuzione previdenziale pensionistica;

e in via straordinaria:

- a) in favore dei lavoratori risultati eccedentari ammessi a fruirne, all'erogazione di assegni straordinari, anche in forma rateale, di accompagnamento a pensione e, su domanda, degli interessati, al versamento della contribuzione relativa alla

prosecuzione volontaria dell'iscrizione alla gestione previdenziale pensionistica, secondo la normativa vigente.

Le contribuzioni volontarie sono versate alle gestioni pensionistiche dalla Società e recuperate dalla stessa a carico del Fondo.

Ai sensi dell'art. 8: l'accesso alle prestazioni, ordinarie e straordinarie, di cui all'art. 7 è subordinato al rispetto dei contenuti previsti e della successione temporale delle fasi della procedura concordata nella intesa complessiva tra le parti sottoscrittrici, richiamata in premessa.

L'accesso alle prestazioni straordinarie comporta altresì la contestuale risoluzione del rapporto di lavoro, e la conseguente corresponsione del T.F.R..

Al termine del periodo di prestazione straordinaria, i dipendenti sono collocati in quiescenza.

La norma - da ultimo - richiamata rinvia, immediatamente, all'accordo di procedura (per la definizione della esigenza di personale), sottoscritto - sempre - in pari data - nel quale appare predominante l'impegno della Società a non attuare azioni unilaterali tali da provocare effetti sul fattore lavoro con particolare riferimento ad assunzioni, trasferimenti e promozioni in quanto l'accordo è volto alla "*...gestione delle fasi negoziali correlate ai processi di riorganizzazione, risanamento e sviluppo della Società FF.SS.*".

A partire dal giorno successivo alla data dell'accordo, segue la presentazione dei piani di attività a livello regionale ex compartimentale e attivazione della contrattazione decentrata.

In particolare, per il superamento delle situazioni di eccedenza, si conviene che saranno prioritariamente individuati come eccedentari e

collocati in quiescenza, i dipendenti in possesso dei requisiti contributivi necessari per l'acquisizione del diritto alla percentuale massima di pensionabilità e alla erogazione della pensione, in ordine alla maggiore anzianità contributiva che, nel frattempo, non abbiano già avanzato volontariamente domanda di risoluzione del rapporto di lavoro.

In caso di persistenza di situazioni di eccedenza, per il superamento delle stesse saranno concordate specifiche azioni di riequilibrio delle risorse umane (ex art. 72, punto 3, del c.c.n.l.) quali:

- a) mobilità volontaria professionale anche con mobilità geografica, verso le carenze, anche attraverso appositi corsi di riqualificazione;
- b) mobilità geografica volontaria verso carenze;
- c) part-time volontario orizzontale, verticale di coppia.

La Storia dice che del Fondo di Solidarietà...si sono perse le tracce.

La Storia dice che gli esodi "*volontari*" sono lievitati a dismisura con blandizie e mobbing a livello periferico.

La Storia dice che l'INPS subentrato al Fondo pensioni dei ferrovieri, ha ricevuto comunicazione di esubero anche per soggetti, ritenuti inidonei, senza che in loro favore trovasse applicazione la disciplina specifica per inidonei.

La Storia dice che, con appositi verbali di conciliazione, sono stati posti nella condizione di non poter avanzare ulteriori rivendicazioni quanti, a fronte di un incentivo, si sono ritrovati "*penalizzati*" in sede pensionistica, risultando "*esuberanti*" e non "*inidonei*".

In data 28 Novembre 2006, presso la sede di Confindustria Latina, a conclusione di vari incontri nel corso

dei quali sono state analizzate le motivazioni che hanno portato la Wyeth Lederle S.p.A. ad aprire una procedura di mobilità per un numero di 158 dipendenti, tra la Società, le OO.SS. provinciali e le RSU dei lavoratori è stato sottoscritto un accordo.

In sede di premesse, l'Azienda ha illustrato che la situazione aziendale non consente alternative alla riduzione di personale, considerati i contenimenti e tagli dei prezzi, subiti dall'Azienda, la scadenza dei brevetti di alcuni prodotti, assegnati alla Primary Care ed il calo dei volumi produttivi dello Stabilimento di Aprilia.

Ciò ha determinato la necessità:

- a) una riorganizzazione dell'Area della Informazione scientifica sia attraverso la fusione delle due linee di Primari Care (linea Generale) in una sola stesura e il rinforzo delle linee specialistiche esistenti (anche al fine di salvare parte degli esuberanti identificati in Primari Care).
- b) una riqualificazione del personale di Aprilia e la riduzione delle unità di esubero enunciate.

L'accordo ha i seguenti contenuti:

- A.- Riduzione del numero del personale ritenuto esuberante (ad un massimo di 115 dal 158 iniziale);
- B.- Risoluzione dei rapporti sulla base di un programma graduale nei termini di legge;
- C.- Alla luce delle esigenze organizzative e tecnico produttive dell'azienda, la individuazione dei lavoratori degli Uffici commerciali, dello Stabilimento o dell'Informazione scientifica da collocare in mobilità avverrà, a superamento ed in sostituzione dei criteri previsti all'art. 5, comma 1 legge n. 223/91, considerando: i lavoratori che hanno conseguito alla data del presente accordo il diritto a pensionamento di anzianità; in

aggiunta ai lavoratori di cui al punto precedente, i lavoratori che posseggono i requisiti soggettivi di età e contribuzione tali da consentire l'accesso al trattamento pensionistico nel corso o a conclusione del periodo di mobilità; in aggiunta ai lavoratori, di cui ai punti precedenti, i lavoratori che, in mancanza dei suddetti requisiti soggettivi di età e contribuzione, si proporranno sulla base di eventuali disponibilità soggettive ad accettare il licenziamento in funzione delle esigenze tecnico organizzative e produttive.

- D.- I lavoratori dello Stabilimento e degli Uffici Commerciali di Aprilia, corrispondenti ai profili professionali in eccedenza, che non rientrano nei punti precedenti, saranno assegnati ad altre attività compatibili con la categoria contrattuale di appartenenza, mantenendo lo stesso livello retributivo.
- E.- Per i Lavoratori dell'Informazione Scientifica, che operano nelle aree geografiche interessate dagli esuberanti e che non rientrano nei punti precedenti, le Parti convengono di identificare come ulteriore strumento di ricollocazione dei lavoratori in esubero, una società che effettua informazione scientifica per conto terzi che viene identificata come CSO (Contract Sales Organization). A tal proposito, la Wyeth si impegna ad identificare una CSO che assicurerà l'assunzione con il mantenimento delle medesime garanzie occupazionali contrattuali e dello stesso territorio di lavoro, precedentemente in essere in Wyeth.
- F.- Il criterio di scelta dei lavoratori da collocare nella CSO sarà basato sulle esigenze organizzative dell'azienda

con riferimento agli esuberanti indicati nell'accordo ed alla disponibilità soggettiva alla ricollocazione presso la CSO. In caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo di riduzione, le parti si impegnano ad effettuare una verifica entro la fine del mese di febbraio 2007.

- G.- Nel caso in cui l'applicazione dei criteri precedenti comporti per l'Informazione Scientifica scoperture sul territorio, l'Azienda inevitabilmente dovrà procedere ad una mobilità interna. In relazione a questo, eventuali cambiamenti di Zona di Lavoro per i lavoratori dell'Informazione Scientifica, saranno effettuati nell'ambito del Distretto/Regione, con il mantenimento dell'attuale domicilio. La mobilità interna di cui sopra sarà attuata evitando, ove possibile, disagi di carattere logistico ai lavoratori e si conferma comunque l'impegno delle parti ad un monitoraggio congiunto.
- H.- In relazione al mutato scenario del mercato farmaceutico che limita e regola il numero di visite alla Classe Medica, si rende necessario introdurre nell'attività dell'Informazione Scientifica elementi di flessibilità e produttività, come l'utilizzo dello strumento di E-learning (formazione on line), di nuovi strumenti di lavoro informatici ed altre flessibilità che si rendessero necessarie, nel rispetto delle normative di legge vigenti e dell'orario di lavoro contrattuale. Fermo restando i diritti acquisiti e considerando la fungibilità della mansione, tutti gli addetti all'Informazione Scientifica, senza alcuna distinzione, potranno essere chiamati a visitare medici di base, specialisti, farmacie ed altri target necessari per il business nel

rispetto delle normative di legge vigenti. Tale flessibilità consente di contenere il numero degli esuberanti rispetto a quanto dichiarato nella lettera di apertura della procedura di mobilità.

- I.- Su istanza delle Organizzazioni Sindacali e della RSU, si concorda di erogare a titolo di incentivo all'esodo ad integrazione del TFR un importo lordo individuale come di seguito indicato, subordinatamente e condizionatamente alla previa sottoscrizione da parte di ciascun lavoratore di un verbale individuale di conciliazione sindacale, ai sensi della legge n. 533/73:
- A) Al lavoratore che all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro abbia già maturato i requisiti pensionistici di vecchiaia o di anzianità: un importo lordo "*una tantum*" di Euro 10.000,00 (diecimila);
- A1) Alla luce degli effetti economici derivanti dalla riforma pensionistica, al lavoratore di cui al Punto A) di cui sopra: un importo lordo aggiuntivo "*una tantum*" di Euro 5.000,00 (cinquemila).
- B) Al lavoratore che nel corso della durata del periodo di mobilità maturerà i requisiti pensionistici di vecchiaia o di anzianità: un importo "*una tantum*" per un ammontare tale che, sommato all'importo netto spettante all'interessato come indennità di mobilità per l'intero periodo di mobilità netta indennizzata, consenta allo stesso di raggiungere complessivamente per tutti i mesi indennizzati dall'INPS, il 90% della retribuzione mensile netta percepita all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro, calcolata esclusivamente sulla retribuzione mensile che include: Minimo contrattuale, Indennità di Posizione

Organizzativa, Scatti di Anzianità, eventuale Elemento Retributivo Individuale, eventuale Elemento Aggiuntivo della Retribuzione, eventuale Superminimo (Assorbibile e Non Assorbibile), Premio di Produzione, Rateo di 13° mensilità, Rateo di 14° mensilità e, relativamente al personale turnista, la Media Turni calcolata sugli ultimi tre mesi precedenti la risoluzione del rapporto di lavoro, per coloro che abbiano maturato almeno un anno di servizio come turnista. In ogni caso l'importo complessivo loro dell'integrazione aziendale, come sopra determinato, non potrà essere inferiore ad Euro 10.000,00.

- B1) Alla luce degli effetti economici derivanti dalla riforma pensionistica, al lavoratore di cui al punto B) di cui sopra: un importo lordo aggiuntivo "*una tantum*" di Euro 5.000,00 rapportato al numero dei mesi che intercorrono dal diritto alla pensione al 31 dicembre 2007.
- C) Al lavoratore che all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro non abbia maturato i requisiti pensionistici di vecchiaia o di anzianità e che non li maturerà nell'intero periodo di mobilità e che si rende disponibile ad aderire alla mobilità, sarà riconosciuto quanto previsto al punto B). In aggiunta, l'Azienda porrà a disposizione del lavoratore interessato una Società di outplacement (ricollocazione) identificata dall'azienda e ne sosterrà le spese. Per coloro che non sono interessati allo strumento dell'outplacement, l'azienda riconoscerà un importo "*una tantum*" equivalente. Con riferimento al punto 7, ai lavoratori che saranno assunti dalla CSO: un importo lordo "*una tantum*" corrispondente a 28 mensilità

riferite agli elementi retributivi di cui al punto B) (con esclusione dei ratei di 13° e 14°) percepiti all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro.

All'accordo suddetto, veniva aggiunta una dichiarazione delle parti nella quale:

1. L'azienda dichiara che il criterio di volontarietà per la gestione degli esuberanti degli addetti all'Informazione Scientifica, potrebbe non permettere il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Conseguentemente, dichiara che nel caso di mancato raggiungimento, si riserva il diritto di procedere unilateralmente mediante azioni successive alla chiusura della procedura di mobilità.
2. le Organizzazioni Sindacali dichiarano di non condividere la posizione aziendale e propongono di rimandare qualsiasi decisione dopo una verifica congiunta sull'andamento delle uscite volontarie, nel rispetto della dislocazione territoriale degli esuberanti, il cui numero è stato concordato nell'odierno verbale di accordo. Si concorda di effettuare la verifica sopra indicata entro la fine di Febbraio 2007.
3. L'azienda dichiara la disponibilità alla verifica congiunta e si riserva di prendere decisioni in base ai risultati che emergeranno dalla verifica.
4. La CSO identificata è la Marvecs Pharma Services. In base all'accordo con Wyeth, tale società consegnerà ai lavoratori interessati, all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro con Wyeth nei termini previsti dall'accordo di mobilità sottoscritto in data odierna, la

lettera d assunzione che conterrà quanto segue:

- a) contratto di lavoro dell'Industria Farmaceutica;
  - b) assunzione a tempo indeterminato senza periodo di prova;
  - c) garanzia di non rescissione del rapporto di lavoro per almeno 36 mesi, salvo per giusta causa;
  - d) garanzia dei medesimi elementi fissi della retribuzione mensile e del medesimo inquadramento, precedentemente goduto dal lavoratore presso la Wyeth;
  - e) garanzia del medesimo territorio assegnato al lavoratore precedentemente da Wyeth.
5. Per le persone che hanno maturato il solo diritto alla pensione di vecchiaia, il cui rapporto di lavoro terminerà in base a quanto stabilito nell'accordo odierno di mobilità gli importi economici stabiliti dall'accordo, potranno essere soggetti a variazioni tenendo conto della posizione contributiva individuale. Tale importo aggiuntivo non potrà comunque superare il 50% dell'importo previsto dall'accordo.

Le intese, su riportate, sono state ribadite in occasione di un successivo incontro del 7 dicembre 2006 in sede di Assessorato lavoro, pari opportunità e politiche giovanili della Regione Lazio. Superfluo - in questa sede - riportare i contenuti dell'accordo, non difforni da quelli conseguiti di fronte alla Confindustria di Latina, non appare ultroneo affermare che le dichiarazioni delle parti non hanno costituito parte integrante del più recente verbale di accordo.

L'Osservazione appare di non poco rilievo se si considera che rispetto alla "stabilità", enunciata nella dichiarazione, di cui si è detto, in data 15 gennaio 2008, Assolombarda, per conto della Società MARVECS PHARMA

SERVICES s.r.l. ha dato comunicazione alle OOSS dell'intenzione di avviare una procedura di riduzione del personale nei confronti di n. 200 lavoratori strutturalmente eccedenti presso la Sede di Milano su un organico complessivo di 1093 unità.

Tale comunicazione è stata integrata da una successiva del 25 febbraio 2008 che ha portato il numero degli esuberanti a 450.

Compiutezza di informazioni impone di riferire che, nello stesso arco di tempo, la Contract Sales Organization ha acquisito altri informatori scientifici da altre Società (v. ad es. Pfeitrez); che, ancor più di recente, la Pfeitrez ha acquisito il pacchetto azionario di Wyeth.

Ovviamente, nel corso degli incontri sindacali non è stato raggiunto alcun accordo.

Assolombarda ha comunicato all'Agenzia regionale per l'Istruzione, la Formazione e il Lavoro il mancato raggiungimento di un accordo.

In data 1/4/2008 le parti sono comparse in sede di Agenzia regionale, dopo aver richiesto un breve rinvio (dal 10 marzo 2008) al fine di esperire un nuovo tentativo di accordo (concluso in data 20 marzo).

In quella sede, si è preso le mosse da alcuna premesse generali:

- la Società opera sul mercato farmaceutico in una logica di servizio dell'industria con cui collabora attraverso contratti di coopromotion e promovendo propri prodotti presso la classe medica.

Di fatto, la criticità del mercato farmaceutico dovuta alla crescita del farmaco generico;

la politica di contenimento della spesa farmaceutica del Governo con l'accentuazione - in tale ottica - della regolamentazione della spesa stessa;

la mancanza di nuovi prodotti su cui svolgere l'informazione scientifica del farmaco, attraverso la coopromotion; la perdita di contratti di coopromotion che consentivano l'impiego di buona parte della forza addetta all'informazione scientifica del farmaco e la conseguente evidenziazione di un assetto organizzativo sproporzionato rispetto alla residuale possibilità di utilizzazione delle risorse umane sull'informazione scientifica di farmaci propri; l'evidenziazione di uno squilibrato rapporto costi-ricavi che ha portato non solo all'erosione dei margini, ma al grave depauperamento del conto economico; la conseguente necessità di riequilibrio del conto economico.

Nel corso degli incontri, le OO.SS., pur non escludendo le motivazioni avanzate, si sono decisamente opposte alla logica della riduzione del personale, pur manifestando - in via esclusivamente residuale - la disponibilità a non escluderla solo per i dipendenti che fossero nelle condizioni giuridiche per attingere al pensionamento.

Preso atto delle affermate potenzialità di operatività sul mercato; del superamento delle criticità, intervenendo sul contenimento dei costi e sulla realizzazione di un progetto di riorganizzazione dell'informazione scientifica del farmaco e delle zone operative e quindi sugli investimenti in prodotti e nello sviluppo della coopromotion, si è concordato quanto segue:

A) Le parti si sono - scambievolmente - dato atto che la mobilità non è strumento sufficiente a superare le criticità evidenziate e hanno ritenuto utile e congeniale alla fattispecie il ricorso alla CIGS per riorganizzazione.

B) L'Azienda, richiederà al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali la concessione della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria per riorganizzazione con decorrenza 7 aprile 2008 e per un massimo di 24 mesi. La sospensione della prestazione lavorativa a zero ore, riguarderà n. 400 ISF e 50 AM dislocati su tutto il territorio nazionale, individuati secondo criteri di efficienza organizzativa e in coerenza con i necessari interventi sulla ridefinizione delle zone e delle aree operative. In relazione alla dismissione delle linee di ISF nonché con le competenze delle linee di informazione scientifica attive tenendo conto di particolari casi sociali riconducibili ai carichi i famiglia.

C) Le parti si danno reciprocamente atto che dovranno essere sempre salvaguardati i livelli di efficacia e di efficienza del sistema dell'informazione scientifica del farmaco sul territorio; conseguentemente, stante la peculiarità dell'organizzazione aziendale, le Parti, a livello aziendale, nel mese di ottobre del corrente anno, si incontreranno per definire le cadenze e le modalità di rotazione, attuabili all'interno delle zone compatibilmente con il loro assetto organizzativo, tenuto conto del minor numero di lavoratori sospesi dalla prestazione lavorativa.

D) Poiché la riorganizzazione determina l'esigenza di riequilibrare l'organico, durante il periodo di CIGS sarà attuato un piano di gestione del personale eccedente mediante l'attuazione degli strumenti di seguito indicati:

a) ricorso alla mobilità mediante l'applicazione dei criteri così

definiti: nell'ambito delle esigenze tecnico-organizzative evidenziate negli allegati alle comunicazioni ex art. 4 L.223/91, saranno collocati in mobilità i lavoratori che raggiungano i requisiti di pensionamento in costanza di mobilità. L'Azienda conferma che, ancorché i lavoratori si trovino individualmente nelle condizioni suddette, rispetterà i patti di stabilità con loro sottoscritti, ma la collocazione in mobilità potrà avvenire solo nel caso in cui questi lavoratori tutelati dal patto di stabilità accettino, senza riserva, la risoluzione del rapporto di lavoro rinunciando espressamente alla tutela pattizia. I lavoratori che esprimeranno la non opposizione al licenziamento.

- b) Risoluzioni consensuali dei rapporti di lavoro con sostegni economici che saranno coerenti con la consistenza economica dell'Azienda e con la realizzazione del progetto di abbattimento dei costi.
- c) Formazione da realizzarsi a decorrere dal 2° anno di CIGS;
- d) Ricerca sul mercato esterno di opportunità occupazionali;
- e) Servizio di outplacement con l'utilizzazione di agenzia individuata dall'Azienda;
- f) Recupero all'interno della nuova organizzazione (anche in deroga all'art. 2103 c.c.).
- E) Fermo restando che nelle sedi istituzionali competenti saranno esperite e concluse le procedure di legge per l'attuazione (di mobilità e di CIGS) del presente accordo, le Parti sin da ora si danno atto di volersi incontrare periodicamente - a cadenza non superiori a 3 mesi - per monitorare la situazione aziendale e i conseguenti riflessi occupazionali e per analizzare la

perseguibilità di eventuali altri strumenti di gestione messi a disposizione dell'ordinamento giuridico.

All'accordo - quadro, è stato aggiunto un allegato:

1. ai lavoratori che, in possesso dei requisiti per accedere al pensionamento saranno collocati in mobilità, così come individuati dall'art. 5 dell'accordo di pari data, sarà riconosciuta una somma di incentivazione all'esodo pari a Euro 800,00 lordi moltiplicato per il numero di mesi di effettiva permanenza in mobilità.
2. Ai lavoratori, diversi da quelli di cui al punto precedente, che accetteranno la risoluzione del rapporto di lavoro entro il primo bimestre dalla decorrenza del presente accordo, sarà riconosciuta una somma di incentivazione all'esodo di Euro 15.000,000 lordi. Ai lavoratori che eserciteranno la stessa facoltà di cui sopra dopo il primo bimestre, sarà riconosciuto un trattamento pari a € 600,00 lordi per il numero di mesi mancanti alla scadenza della CIGS.
3. Ai lavoratori sospesi dalla prestazione lavorativa con intervento della CIGS sarà riconosciuto alla scadenza di ogni mese intero di permanenza in CIGS una integrazione del regime economico riconosciuto dall'INPS, pari a Euro 600,00 lordi. Peraltro, in sostituzione di detto trattamento, ai lavoratori che ne facessero espressa richiesta al momento della sospensione in CIGS, riceveranno Euro 200,00 lorde nonché la possibilità di utilizzare a solo uso personale l'autoveicolo dato a loro in dotazione, con oneri di legge a carico dei lavoratori stessi. In questa seconda ipotesi è consentito la reversibilità della scelta per una seconda volta.

Durante il periodo di CIGS, in deroga all'accordo aziendale sui rimborsi spese, sarà sospesa la rimborsabilità dei Km, percorsi dai lavoratori in forza ad uso personale; al termine del primo anno di CIGS si terrà una specifica verifica.

4. Finchè il regime di CIGS non sarà autorizzato, l'Azienda anticiperà il trattamento economico dovuto dall'INPS.

5. Il trattamento economico previsto ai punti 1) e 2) del presente accordo sarà erogato a condizione che i lavoratori sottoscrivano in sede sindacale accordi individuali ex art. 411 c.p.c., di accettazione del recesso e dell'incentivazione su concordata con le conseguenti rinunce.

6. Durante il periodo di sospensione dell'attività lavorativa, con intervento della CIGS, i lavoratori tratteranno il computer. Potranno - altresì - trattenere i telefoni cellulari in dotazione, fermo restando l'obbligo di riconsegnare all'Azienda le SIM CARD. Eventuali spese connesse anche al mantenimento del numero in uso saranno a carico del dipendente. Il rappresentante della Regione Lombardia ha dichiarato regolarmente esperita e conclusa con esito positivo la procedura di mobilità.

E' parso indispensabile, a chi Vi parla, concludere la "corposa" carrellata odierna con due aspetti della "vicenda ALITALIA".

In data 04.11.2008, il Commissario straordinario - prof. Augusto FANTOZZI comunica la necessità di avviare la procedura di licenziamento collettivo per la cessazione dell'attività di tutto il personale dipendente pari a n° 8429 lavoratori, corrispondenti all'intera forza lavoro occupata.

Seguono le motivazioni:

Lo stato di insolvenza accertato in sede giudiziaria, la sostanziale

impossibilità di ipotizzare la prosecuzione delle attività operative ripristinando il riequilibrio tra costi e ricavi, l'esistenza di offerte per l'acquisto di compendi di beni ed assets senza acquisizione di personale ad essi addetto impongono di procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro, fermo restando il rispetto dei tempi necessari per garantire la continuità del servizio del traffico aereo, e fatto salvo l'eventuale utilizzo di un periodo di collocazione del personale interessato in CIGS, così come previsto dalla vigente normativa, integrata da ultimo dal d. l. 134/08 convertito nella legge 166/2008.

La programmazione definitiva cessazione dell'attività operativa, nel rispetto dei tempi necessari per garantire la continuità del servizio, impone di prevedere la cessazione del rapporto di lavoro per l'intero organico aziendale che risulta così composto:

- Personale di terra (2.716 risorse);
- Piloti (1.791 risorse);
- Assistenti di volo (3.922 risorse);
- Dirigenti (90 risorse - escluse dalla presente procedura e dall'organico sopra indicato, ai sensi della normativa vigente);
- Personale con contratto estero (838 risorse - escluse dalla presente procedura e dall'organico sopra indicato, ai sensi della normativa vigente).

Il numero, la collocazione aziendale ed i profili professionali del presente interessato sono analiticamente riportati, per ciascuna delle sopraindicate categorie, nell'allegato alla presente comunicazione.

L'attuale stato di insolvenza e la prevista cessazione di ogni attività operativa non consentono di individuare misure alternativa per

fronteggiare la crisi e ridurre l'impianto sociale.

Nel corso della procedura, che resta aperta per la collocazione in mobilità dell'intera forza lavoro, e con ogni riserva di procedure ai sensi di legge, l'Amministrazione Straordinaria, in persona del Commissario, si dichiara sin da ora disponibile ad esaminare la possibilità, in coerenza con quanto definito con l'accordo in sede governativa del 14 settembre 2008, di richiedere l'intervento della CIGS e degli ulteriori strumenti di sostegno del reddito - così come previsti dalla legge 223/91, integra dal d. l. 5.10.2004 n° 249 convertito nella legge 291 del 3.12.2004 e, da ultimo, dal d.l. 134/2008 convertito nella legge 166/2008 - per un periodo massimo di quattro anni e comunque non oltre la maturazione, da parte di ciascuno degli interessati, dei requisiti per l'accesso ai trattamenti pensionistici di vecchiaia.

L'Amministrazione Straordinaria, in persona del Commissario, si dichiara disponibile a fornire ogni ulteriore elemento ritenuto utile ai fini della procedura medesima, con l'auspicio che, nel corso della stessa, si determinino tra le Parti le condizioni necessarie per addivenire a soluzioni negoziate che, nel permettere gli obiettivi descritti, consentano altresì di contenere al minimo le ricadute sociali.

Attesa la situazione della società, così come descritta in premessa, la risoluzione dei rapporti di lavoro dovrà comunque essere realizzata, pur in assenza dell'auspicata intesa, nel più breve tempo possibile e, quindi, ad esaurimento della procedura alla quale si applicano i termini abbreviati fissati dal d. l. 134/08 convertito nella legge n. 166/2008.

Allo stato - fermo restando quanto concordato tra terzi nell'accordo 14

settembre 2008 - non sono state programmate misure per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della dichiarazione di mobilità.

Per quanto concerne eventuali attribuzioni patrimoniali diverse da quelle previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva si specifica che, attesa la condizione di insolvenza dell'azienda, nulla è previsto al riguardo.

La scrivente Amministrazione Straordinaria ai sensi della vigente normativa non è tenuta ad effettuare i versamenti all'INPS di cui all'art. 5, comma 4, della legge n° 223/91 e successive modificazioni ed integrazioni.

La presente comunicazione non vale in alcun modo come titolo di riconoscimento o accreditamento per le strutture sindacali o RSA non presenti e/o rappresentative nell'ambito dell'Azienda o i cui presupposti di legittimità sono o siano stati oggetto di contestazione, anche in sede giudiziale.

In data 11 novembre successivo, apre l'informazione e consultazione sindacale per il trattamento di integrazione salariale straordinaria ai sensi del D. L. 134/08, convertito in L. n° 166/08 e della L. 3 dicembre 2004 n° 291 di conversione del D. L. 5 ottobre 2004 n° 249, nonché della L. n° 223/91 e successive modificazioni.

La necessità di sospendere tutti i rapporti di lavoro con accesso all'integrazione salariale è determinata dallo sviluppo e dalle ricadute occupazionali della grave crisi in cui versa la società, che ha condotto la scrivente Amministrazione Straordinaria a programmare la cessazione dell'attività aziendale, in previsione della quale, già ha provveduto ad aprire le procedure di mobilità per tutto il personale dipendente.

In particolare allo stato emerge che:

- con provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 29.08.2008 la Società Alitalia - Linee Italiane S.p.A. è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria ex art. 2 D.L. 23.12.2003 n. 347 convertito nella legge 18.02.2004 n. 39 così come modificato dal D.L. 28.08.2008 n. 134 convertito nella legge n. 166/08;
- con sentenza n° 287/08 del Tribunale di Roma - sezione fallimentare - emessa e depositata il 05.09.2008 è stato dichiarato lo stato di insolvenza della società Alitalia;
- con autonomi provvedimenti sono state ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria anche le società Alitalia Express S.p.A., Alitalia Servizi S.p.A., Alitalia Airport S.p.A., Volare S.p.A. e che anche per tali società è stato dichiarato lo stato di insolvenza;
- nell'ambito dell'accordo intervenuto il 14.09.2008 a livello governativo è stato convenuto con le OO.SS./AA.PP. l'avvio della procedura di mobilità con attivazione di un regime di CIGS, anche a rotazione, nella misura necessaria a garantire la continuità dell'attività produttiva delle Aziende in amministrazione straordinaria, per tutto il personale del Gruppo Alitalia;
- nell'ambito del medesimo accordo inoltre è stata prevista l'attivazione degli strumenti di sostegno del reddito, così come previsti dalla vigente legislazione da ultimo integrata dal D.L. n. 134/2008 convertito nella legge n. 166/08;
- con comunicazione del 4 novembre 2008 la società ha aperto la procedura di mobilità per tutto il personale dipendente, motivando tale decisione con *“Lo stato di insolvenza accertato in sede giudiziaria, la sostanziale impossibilità di ipotizzare*

*la prosecuzione delle attività operative ripristinando il riequilibrio tra costi e ricavi, l'esistenza di offerte per l'acquisto di compendi di beni ed assets senza acquisizione di personale ad essi addetti”;*

- l'esame congiunto con le OO.SS./AA.PP. che lo hanno richiesto è in corso;
- i tempi necessari per la definizione della procedura di mobilità avviata si prospettano tali da non consentire l'attivazione degli strumenti di sostegno del reddito per tutto il personale interessato dalla imminente sospensione del rapporto di lavoro nel momento in cui verrà a cessare ogni attività aziendale;
- il D.L. n. 134/2008 convertito nella legge n. 166/08, allo scopo di contenere gli effetti della dismissione collettiva di personale delle aziende in crisi ammesse all'Amministrazione Straordinaria, ha previsto la possibilità di fare ricorso, per un periodo massimo di 4 anni, alla CIGS quale ammortizzatore sociale preliminare alla collocazione in mobilità.

Alla luce di quanto sopra esposto, si rende necessaria la sospensione dei rapporti di lavoro ed il conseguente accesso al trattamento di integrazione salariale per tutto il personale di terra e di volo.

Il numero di risorse eccedenti e per le quali si ipotizza di ricorrere alla CIGS è pari all'intera forza lavoro occupata e, quindi, complessivamente n° 8.429 addetti, così distribuiti:

- personale di terra (2.716 risorse);
- piloti (1.791 risorse);
- assistenti di volo (3.922 risorse).

Per i motivi sopra esposti, la Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria sarà attivata per un periodo massimo di 4 anni, allo scadere dei quali si darà corso alla collocazione in mobilità.

La sospensione è unicamente finalizzata a ridurre l'impatto sociale del progettato licenziamento collettivo utilizzando gli strumenti di sostegno del reddito messi a disposizione dalla legge n. 166/08 e non è, quindi, possibile prevedere alcun meccanismo di rotazione, attesa la programmata totale cessazione dell'attività operativa aziendale.

La scrivente comunica sin da ora la propria disponibilità ad avviare l'esame congiunto nei termini di cui al d.l. n° 134/08, convertito nella legge 166/08, con riferimento alla durata ed al numero dei lavoratori interessati alla sospensione.

A tal fine, la presente comunicazione vale anche come richiesta di esame congiunto e pertanto la Scrivente invita il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali a procedere con urgenza agli adempimenti procedurali previsti dalla legge.

La presente comunicazione, ad ogni buon conto, viene inviata a tutte le strutture di rappresentanza dei lavoratori e non costituisce in alcun modo titolo di riconoscimento o accreditamento delle stesse.



## L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

di Tommaso Germano

Non so quanti abbiano avuto notizia che - in data 21 settembre u.s. - è stato presentato il disegno di legge, redatto da prof. Ichino, che punta a riordinare in 64 articoli del Codice Civile tutta una moltitudine di leggi che disciplinano i rapporti di lavoro (sono più di un centinaio le leggi che varate dal 1923 ad oggi verrebbero abrogate).

Cuore del disegno riformatore è costituito da una sistema di protezioni a "cerchi concentrici" che parte dalle tutele fondamentali, garantite a tutti (salute e sicurezza, assicurazioni antinfortunistica e pensionistica, retribuzione minima oraria, divieto di discriminazioni) e giunge a definire le protezioni specificamente necessarie per il lavoro dipendente e quelle parzialmente differenziate nei casi di lavoro parasubordinato oppure nei rapporti di lavoro di monocommittenza fino ai casi dell'apprendistato o delle collaborazioni di pubblica utilità.

Si tratta di uno straordinario processo di "semplificazione" (di Calderoniana volontà) indirizzato a creare una "cultura conoscitiva" (che in una con quella "finanziaria" ed "amministrativa" vuole tendere, nel tempo, a far vivere le norme nel "quotidiano" di tutti gli interessati).

Ovviamente punto di arrivo indispensabile è la coeva riforma degli "ammortizzatori sociali" con l'abrogazione delle 34 leggi che oggi disciplinano la materia per pervenire allo scambio tra flessibilità per

l'impresa e sicurezza per i lavoratori nel mercato.

E' un ulteriore approfondimento della "transazione ad un regime (europeo) di flexsecurity" (già presentato a marzo 2009 da Ichino ed altri 35 senatori e recante il n. 1481).

Il lavoratore, licenziato, riceve la garanzia di un sostegno del reddito fino ad un massimo di 4 anni (con una indennità scalare che va dal 90 al 60% della retribuzione) ma soprattutto la prospettiva di una ricollocazione molto più rapida, incentivata proprio dal costo del trattamento di disoccupazione. Infatti, l'integrazione salariale ed il trattamento di disoccupazione sono dovuti a tutti i lavoratori dalle rispettive imprese che - per questo - si assicurano presso l'INPS.

Alcuni giorni prima del 21 settembre, per la precisione in data 11 settembre, il Ministro del Lavoro, Maurizio Sacconi, riprendendo alcune "idee", già presenti ne "Il libro bianco del Welfare" sottolineava che, seguendo l'insegnamento di Marco Biagi, il Governo aveva orientato le sue scelte verso un obiettivo di una società "attiva" in quanto tale capace di includere i giovani, le donne, gli anziani ed i diversamente abili con forme di lavoro innovative ma pur sempre di "qualità".

Il carattere al contrario escludente verso queste fasce sociali della tradizionale regolazione dei rapporti di lavoro è stato determinato da un

approccio esasperatamente ideologico e caudico al modo reale delle tutele del lavoro!

Risultato ne sarebbe stato che molti cittadini ne sono rimasti del tutto privi perché esclusi dall'accesso ad un lavoro, nella cultura diffusa, ritenuto "regolare".

Né la soluzione a questo problema può consistere in una generosa diffusione delle forme di sostegno al reddito delle persone inattive. Essa sarebbe incompatibile con le restrizioni alle quali è sottoposta la finanza pubblica. Indurrebbe pigrizia, assenza di responsabilità, rattrappimento ulteriore della base occupazione.

Allo stesso modo il superamento delle molte criticità nel mercato del lavoro non può essere affidato ad una concezione burocratica dei lavori che alimenta, solo, un imponente contenzioso e la deriva di un sistema antagonista e conflittuale di relazioni industriali.

E' manifestamente una operazione astratta quella di pensare di poter cristallizzare il dinamismo dei nuovi lavori e della più recente situazione economica in rigide categorie giuridiche, unificanti solo sulla carta, ma lontane da una realtà che, per essere governata (e non rifuggire nella economia sommersa) deve, sempre meno, essere etero-diretta dal legislatore statale e sempre più affidata a logiche partecipative e al libero dispiegarsi della flessibile contrattazione collettiva ed individuale.

L'effettività del mercato del lavoro non dipende da obsoleti vincoli pubblicistici ma piuttosto dai cambiamenti del sistema di relazioni industriali e di lavoro in favore di logiche di tipo cooperativo e partecipativo che il Governo può sostenere con incentivi fiscali al salario

variabile, deciso in azienda e nel territorio e con norme di favore per gli organismi bilaterali.

Tre sono i diritti fondamentali da garantire ad ogni persona che lavora:

1. Innanzitutto, il diritto ad ambienti di lavoro sicuri;
2. Il diritto ad un compenso equo non solo in quanto idoneo a garantire una esistenza libera e dignitosa, ma anche proporzionato ai risultati dell'impresa;
3. Il diritto all'incremento della conoscenza e delle competenze lungo tutto l'arco di vita, quale vera garanzia di stabilità occupazionale e di espressione delle individuali potenzialità.

Si tratta di un corpo di tutele progressive del lavoro, costruite per geometrie variabili e modulabili in funzione della anzianità di servizio e del reale grado di dipendenza economica del lavoratore.

Ancor più recente è la sortita del Ministro Brunetta per quel che riguarda i dipendenti pubblici: sortita alla quale non mi sento di replicare.

Volute le premesse, può parlarsi, ora, della morte della legislazione antidiscriminatoria.

Ad avviso di chi scrive, due sono le componenti sociali e politiche, delle quali non si può fare a meno di interessarsi.

La prima è che la legislazione antidiscriminazioni nasce quale forma democratica di parità dei cittadini di fronte alla legge.

Ogni riferimento a quanto espresso dalla Consulta sul c.d. "lodo Alfano" è pienamente voluto!

La seconda è che è praticamente impossibile, in sede legislativa, andare a contrastare fattispecie che, quotidianamente (a livello di luoghi di lavoro, così come nelle realtà comuni di vita), hanno quale unica e assoluta

loro componente la volontà discriminatoria.

L'aspetto singolare è che la "*cultura antidiscriminatoria*" nel nostro Paese ha conosciuto gradualmente "*affievolimenti*" con progressione gradualmente inversa rispetto alle attenzioni del Comunità europea.

Si è verificato, così, che per quanto abbia ricercato, in via diretta o attraverso la collaborazione di laureandi o assistenti, non sono riuscito a rinvenire un solo provvedimento ex L. n. 67/2006 del 1 marzo 2006 "*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*".

Per altri versi, il costante orientamento della Corte di Giustizia europea è quello di dilatare il concetto di discriminazione, considerando tale non solo l'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili ma anche quando si applica la stessa norma a situazioni diverse.

Il D.lgs n. 145 del 30 maggio 2005 (pubblicato sulla G.U. n. 173 del 27 luglio 2005) ha recepito la Direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alle formazioni, alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro.

E' stato ribadito da chi mi ha preceduto che - per il principio della successione delle leggi nel tempo - sono state modificate sia la L. n. 125/1991, sia la L. n. 903/1977, le cui disposizioni sono in parte confluite nel D.lgs n. 151/2001.

L'aspetto di maggior rilievo è che il recepimento della Direttiva n. 73/2002 ha esteso la tutela dal lavoro subordinato a quello autonomo (o libero professionale).

Ne consegue, così che è vietata (pena la nullità del negozio) qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, per

quanto riguarda l'accesso ad un lavoro, sia in forma subordinata che autonoma o in qualsiasi altra modalità, indipendentemente dalla tipologia negoziale di costruzione del vincolo giuridico e qualunque sia il settore o il ramo di attività a tutti i livelli di impatto professionale.

In via del tutto parentetica sia consentito di ricordare che, personalmente, ho iniziato a sostenere che discriminatoria sia la "*posizione economicamente dominante*", movendo dalla quale non si rispettino i limiti di libertà e dignità dei liberi professionisti da parte di Imprese le quali, dopo aver - per un certo arco di tempo - utilizzato l'attività del suddetto libero professionista, non ritengano di riconoscergli neanche un adeguato preavviso nell'atto in cui decidano di non servirsene ulteriormente o di modificare la collocazione in seno alla "*pianta organica*" aziendale.

Può essere utile che si sappia che di recente (nel febbraio 2008) la Suprema Corte ha iniziato ad intravedere segni di violazione all'art. 1344 Cod. Civ., quale frode alla legge per violazione di clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative.

Non è superfluo ricordare che il D.lgs n. 145/2005 ha effettuato una "*forzatura*" del dettato della Direttiva nell'atto in cui, in tema di discriminazione indiretta, ha sottolineato che la stessa non ricorre quando il comportamento attuato riguardi i requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa purchè l'obiettivo sia legittimo e i mezzi, impiegati per il suo conseguimento, siano appropriati e necessari.

In realtà, la Direttiva recepita sembrava limitare la deroga a situazioni oggettivamente giustificate "*...da una*

*finalità legittima*” sempre che i mezzi impiegati siano appropriati e necessari.

L'impressione più che fondata che si trae dalla disamina dei quotidiani accadimenti nelle Aule di giustizia è che, troppo oberati dal carico del ruolo, i Magistrati abbiano “*declinato*” la “*valutazione*” (nei termini di cui all'art. 2729, comma 1, c.c.) degli “*elementi di fatto*”.

E' pur vero che è lo stesso legislatore (penso all'art. 3 L. n. 67/2006) che rende loro compito gravoso allorquando chiede che gli elementi di fatto debbano essere proposti “*...in termini gravi, precisi e concordanti...*”.

Nel presentare alcuni anni or sono lo stato dell'arte nei disegni e progetti di legge in tema di mobbing (che altro non è che una discriminazione continua e reiterata) osservai che l'unico sistema attraverso il quale si sarebbe potuto assecondare un suo riconoscimento in sede giudiziale non poteva che essere quello di prevedere un'inversione dell'onere della prova (quale quello esistente in tema di licenziamento).

La cosa, a tutt'oggi, non mi pare assurda allorquando si pensi che costante è la giurisprudenza che richiede - ai sensi dell'art. 2087 c.c. - che sia il datore di lavoro a fornire la prova di aver posto in essere ogni elemento di prevenzione utile alla salvaguardia della tutela della salute del prestatore di lavoro (è pur vero che corposo è il dibattito se si debba trattare di “*tecnologicamente attuabile*” o di semplicemente “*fattibile*”!).

E' altrettanto vero che il Governo non è riuscito (nel decreto legislativo n. 106/09, attuativo del D.lgs. n. 81/2008) a dilazionare (*sine die?*) i contenuti della fattispecie dello “*stress lavoro correlato*” che - a mio avviso - è la più recente chiave di lettura di ogni discriminazione.

Si è verificato così che i Giudici, alla ricerca dei “*termini gravi, precisi e concordanti...*” abbiano alcune volte ignorato che la procedura antidiscriminatoria è procedura d'urgenza (anche se non preceduta nell'intestazione dal fantomatico art. 699-bis, etc. c.p.c.); abbiano trascurato le “*ordinanze*” (aventi vero e proprio valore di sentenze parziali) pur previste dalla legge; abbiano mostrato vero e proprio scarso gradimento tutte le volte in cui si chiedeva loro di abbandonare le attuali “*scadenze*” temporali per eliminare manifesti segni discriminatori, magari disponendo un accesso immediato dell'Ufficio sui posti di lavoro ed una escussione di testi in loco.

# SICUREZZA SUL LAVORO



# LE NUOVE SEMPLIFICAZIONI PER LA SICUREZZA E LA SALUTE NEI LUOGHI DI LAVORO

Breve commento al D. Lgs. 03/08/2009 n. 106 ("correttivo" al D. Lgs. n. 81/2008)

di Antonio Belsito e Clarenza Binetti

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La nuova qualificazione delle imprese e certificazioni. 3. Semplificazioni: 3.1) *Sospensione dell'attività d'impresa*; 3.2) *Documento di valutazione dei rischi da interferenza delle lavorazioni*; 3.3) *Responsabile dei lavori*; 3.4) *Coordinatore in materia di sicurezza e di salute*. 4. Soggetti destinatari. 5. Datore di lavoro e delega di funzioni. 6. Valutazione dei rischi. 7. Medico competente e visita preassuntiva. 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La *cultura* della sicurezza, quale presa di coscienza del rischio concreto, si forma giorno dopo giorno soprattutto con l'esame dei singoli episodi infortunistici - evitabili con la media diligenza e l'uso di apposite attrezzature - incidendo in materia determinante sul *modus operandi* di ciascun individuo e orientandolo verso atteggiamenti più prudenti.

Ad oggi i comportamenti tenuti dai soggetti risultano prudenziali soltanto perché costretti dall'imposizione normativa e dal consequenziale regime sanzionatorio.

Le statuizioni legislative, nel precipuo obiettivo della prevenzione, infatti, indirizzano i cittadini verso nuovi metodi e atteggiamenti

**obbligandolo** a preoccuparsi di perseguire l'obiettivo della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Si auspica invero un futuro ove ciascun individuo diventi autonomo nelle scelte e talmente prudente da non costringere il legislatore ad ulteriori drastici interventi normativi.

Per il momento, come se non bastassero i 306 articoli del testo unico n. 81/2008, è stato promulgato un lunghissimo correttivo che, sebbene giustamente riduca le eccessive sanzioni previste in tutta fretta nel primo decreto, riforma solo parzialmente le troppe complesse procedure comprensibili a stento finanche dagli addetti ai lavori. Trattasi del D. Lgs. n. 106/2009 - approvato il 31 luglio 2009 e pubblicato in G.U. il 5 agosto 2009, entrando in vigore il 20 agosto successivo - recante "*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*" altrimenti denominato correttivo del testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Già il testo unico sulla sicurezza risultava essere stato più volte oggetto di rinvii nell'attuazione di talune prassi nonché di interventi tra cui si annovera l'ultimo, in ordine temporale,

contemplato nella legge Comunitaria<sup>1</sup> n. 88 del 7/07/2009 sulle *“Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008”* che, intendendo tutelare i lavori privati di modesta entità, in recepimento delle indicazioni di Bruxelles, modificava il comma 11 dell’art. 90 afferente l’esclusione della nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione in materia di appalto.

Così come precisato dal comunicato diffuso dall’ufficio stampa del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, il correttivo n. 106/2009 non intacca né i principi ispiratori né i criteri direttivi del testo unico contenuti nella legge delega n. 123 del 3/08/2007, avendo quale precipua finalità quella di eliminare tutti quegli errori materiali di un testo unico approvato in fretta ed a camere ormai sciolte.

Il D.lgs. n. 106/2009 - che ha permesso all’Italia di poter finalmente *“vantare un complesso di regole in materia di salute e sicurezza condiviso tra Amministrazioni e parti sociali e pienamente in linea con le migliori regolamentazioni europee ed internazionali”* - deve essere considerato quale risultato di *“un lungo e intenso confronto realizzato in più sedi e con tutti gli interlocutori istituzionali e sociali interessati”* di un’istruttoria tesa alla formulazione del parere in Conferenza Stato-Regioni e di un serrato dibattito delle Commissioni parlamentari di Camera e Senato.

## **2. La nuova qualificazione delle imprese e certificazioni**

<sup>1</sup> Pubblicata sul Supplemento Ordinario n. 110 alla G.U. n. 161 del 14/07/09.

Novità sostanziale del nuovo correttivo è sicuramente quella afferente il sistema che *“costringerebbe”* forse più dell’apparato sanzionatorio classico, le imprese al rispetto delle essenziali norme in materia di salute e sicurezza. Trattasi dell’individuazione di particolari parametri, sulla base del cui rispetto, si fonda il principio di **qualificazione** delle imprese.

Nell’art. 27 del T.U. - così come modificato dal correttivo - si può infatti leggere che, nell’ambito della Commissione di cui all’articolo 6 del T.U. e, tenendo conto delle indicazioni provenienti da organismi paritetici, si individuano taluni settori *“(sanificazione del tessile e dello strumentario chirurgico) e taluni criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, e sulla base delle attività di cui all’articolo 21, comma 2, nonché sulla applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell’impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*.

Per i lavori soggetti a particolari rischi e specialmente per quelli che si svolgono nell’ambito dell’edilizia - settore rinomato per l’elevato numero di incidenti sul lavoro registrati - è previsto un principio in tutto assimilabile a quello della *“patente a punti”*, ovvero uno strumento capace di poter costantemente assoggettare a verifica l’**idoneità** delle imprese e dei

lavoratori autonomi, consentendo di controllare sostanzialmente la perfetta osservanza alle regole stabilite in materia di sicurezza, la corrispondenza ai requisiti previsti, il rispetto delle norme dettate in materia di formazione obbligatoria e l'osservanza di quei provvedimenti impartiti dagli organi di vigilanza.

Il sistema in oggetto potrà essere attuabile grazie alla preventiva **qualificazione delle imprese** e dei lavoratori autonomi - secondo le regole del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni - **certificata** dagli organi di vigilanza sulla base della valutazione delle tecniche di formazione e di assenza di sanzioni a carico dell'azienda. Il possesso dei requisiti essenziali ai fini della valutazione è importante per un verso perché consente alle imprese di evitare le numerose sanzioni che la legge prescrive a carico di chi non rispetta tali obblighi, per altro verso poichè la rilevazione della carenza dei predetti requisiti impedisce quella certificazione, da ritenersi ex art 27 T.U., elemento vincolante per *“la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti”*. L'azzeramento del punteggio dato a ciascuna azienda o lavoratore autonomo, comporterà l'impossibilità di continuare ad operare nel sistema.

Con tale previsione - che va a modificare, ampliandolo, l'art. 27 del T.U. - si avvia una sorta di fase di sperimentazione che qualora si mostri foriera di dubbi consentirà l'estensione di tale prassi anche agli altri settori considerati ugualmente a rischio e individuati con uno o più accordi

interconfederali stipulati a livello nazionale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative.

Gli articoli 27 e 30, (quest'ultimo disciplinante i modelli di organizzazione e gestione) così come modificati dal correttivo, per parte della dottrina *“sembrano aprire la strada ad un importante sviluppo dello strumento della certificazione volontaria dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro ad opera della prassi aziendale”*<sup>2</sup>. Tale istituto, adottato per la valutazione dei sistemi di gestione di una organizzazione consentirebbe la riduzione e soprattutto un maggiore controllo del rischio nonché attestazione di rispondenza alla normativa vigente.

Compito infatti degli organismi di certificazione<sup>3</sup> è primariamente individuabile nel verificare la perfetta osservanza e conformità alle regole, leggi e regolamenti, in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro<sup>4</sup>.

Stante lo stato di inserimento nel nostro sistema legislativo dell'istituto, la poca conoscenza e utilizzazione del medesimo, il così lieve attecchimento a già sei anni di distanza dal suo inserimento, azzardata appare la tesi di parte della dottrina che auspicherebbe un futuro in cui la certificazione venga utilizzata magari come attenuante nei giudizi celebrati in sede penale per

<sup>2</sup> BARBONI, BIZZARRO, GIOVANNONE, PASQUINI, TIRABOSCHI, *Mutamento dei modelli di organizzazione del lavoro, gestione della sicurezza, certificazione*, ADAPT ottobre 2009.

<sup>3</sup> Cfr. A. BELSITO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, leditrice, Foggia, 2006.

<sup>4</sup> Altro compito essenziale consiste nell'eventualità di ottenere un sistema nel rispetto della normativa legislativa e conforme alla specifica tecnica BS OHSAS 18001 interpretata sulla base della Linea Guida UNI-INAIL-ISPEL-Parti Sociali, così come richiesta dalla statuizione dell'art. 30 del T.U..

omicidio colposo o lesioni gravi per omessa osservanza delle norme in materia di sicurezza.

### 3. Semplificazioni

#### 3.1) Sospensione dell'attività dell'Impresa

Sempre nell'ottica del pieno rispetto del principio secondo cui è essenziale sburocratizzare l'attività di impresa semplificando al massimo procedure, incumbenti e oneri, vengono modificate talune norme. Il legislatore del "correttivo" agendo su più fronti, prova a rendere le procedure più snelle, riducendo altresì le sanzioni più gravi che avrebbero potuto facilmente condurre alla completa paralisi dell'intera attività d'impresa. Ed infatti risulta particolarmente perfezionata proprio la disciplina della *extrema ratio*<sup>5</sup> della **sospensione dell'attività d'impresa**, sanzione applicabile a tutte quelle imprese responsabili di gravi violazioni in materia di sicurezza. Il legislatore del 2009 - con la modifica dei comma 1, 10 e 11-bis dell'art. 14 del T.U. - oltre a precisare i requisiti che ne rendono necessaria l'adozione, stabilisce l'inapplicabilità di tale rimedio sanzionatorio tutte le volte in cui in azienda vi sia un solo lavoratore dipendente.

La finalità della norma in oggetto precedentemente identificata nella garanzia della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e contrasto del fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, si trasforma nella volontà di creare un sistema atto a **far cessare il pericolo** per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, non

<sup>5</sup> M. TIRABOSCHI, *Il testo unico dopo il "correttivo: guida alla lettura*, su ADAPT, ottobre 2009.

rinnegando il contrasto al lavoro sommerso e irregolare. Trattasi di una modifica che potrebbe apparire di poco conto, ma che invece non fa che denunciare un accresciuto interesse e attenzione alla materia della sicurezza laddove se in un primo momento ci si accontentava del desiderio di tutela della salute quale bene costituzionalmente garantito, oggi la finalità da perseguire si concreta in una vera e propria lotta per eliminare ogni pericolo per la salute, tesa ad ottenere luoghi di lavoro il più possibile sicuri.

Il correttivo contempla per di più l'ipotesi di una **sospensione parziale** dell'attività imprenditoriale che può verificarsi quando venga riscontrato *"impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro"*.

Se per un verso l'attenuamento della sanzione appare più che chiara per altro verso diventa quasi obbligatorio chiedersi se non si possa ovviare alla totale sospensione dell'attività d'impresa semplicemente concentrando i lavoratori "in nero" tutti in un dato settore, magari il meno utile, così da rischiare la sospensione solo di quella determinata parte dell'attività riuscendo ad evitare, con questo semplice accorgimento, la totale paralisi dell'intera attività di impresa e di produzione. Orbene a tale obiezione non è possibile fornire una risposta atteso che occorrerebbe prima verificare i casi specifici il cui verificarsi possa determinare la sospensione dell'attività d'impresa nonchè i criteri da tenere presente e cui collegarsi al momento dell'irrogazione della sanzione.

Verosimilmente la parzialità della sospensione infatti potrebbe essere semplicemente legata al numero di lavoratori irregolari, così come lascerebbe immaginare la lettura dello stesso articolo, ed essere indipendente dall'ambiente o settore d'attività occupato.

La nuova formulazione dell'articolo *de quo*, specifica altresì l'eventualità che il datore di lavoro possa incorrere **nella recidiva** comportante importanti inasprimenti di sanzione e che scatterebbe tutte quelle volte in cui il contravventore di una precedente violazione oggetto di prescrizione dell'organo di vigilanza o violazione accertata con sentenza definitiva compia, nei 5 anni successivi, violazioni della medesima indole<sup>6</sup>. Il legislatore stabilisce poi particolari sanzioni a carico dei datori di lavoro - che si siano avvalsi della prestazione lavorativa di lavoratori irregolari - valutate sulla base della percentuale di lavoratori irregolari.

Occorrerà in effetti individuare in quale fascia il datore di lavoro rientri e cioè se nella sua azienda vi sia una percentuale pari o superiore al 20% di lavoratori in nero; una percentuale inferiore al 50%, pari o superiore al 50%, o se trattasi di imprenditore recidivante.

Stante le nuove previsioni, in ogni caso, la durata massima della sospensione **non eccederà i due anni**.

Non si applicherà la sospensione dell'attività all'impresa tutte le volte in cui risulti essere irregolare l'unico lavoratore svolgente attività nell'impresa.

<sup>6</sup> Ex art. 14 co. 1 del T.U.: "*Si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse individuate, in attesa della adozione del decreto di cui al precedente periodo, nell'allegato I*".

Trattasi di una significativa semplificazione che consente alle micro imprese di continuare a produrre evitando che l'applicazione della norma comportante l'obbligo di chiusura - anche secondo quanto riportato nella Direttiva del Ministro Sacconi del 18 settembre 2008 - possa produrre significative conseguenze ad imprese piccole e già in difficoltà.

In ogni caso gli effetti della sospensione decorreranno dalle ore dodici del giorno lavorativo successivo quello della scoperta o dalla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non può essere interrotta, salvo che non si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o dei terzi.

Non viene invece corretta, rimanendo integralmente in vigore, la particolare normativa del ricorso che assurdamente comporta la perdita di efficacia del provvedimento di sospensione in caso di intempestività della risposta da parte dell'organo giudicante (non dovendo eccedere i quindici giorni).

### **3.2) Documento di valutazione dei rischi da interferenza delle lavorazioni (DVRI)**

Altra semplificazione attiene l'art. 26 T.U. nell'ambito dell'appalto. Secondo la precedente normativa tale documento, allegato al contratto d'opera o di appalto, avrebbe dovuto essere redatto dal datore di lavoro committente al fine di promuovere la cooperazione e il coordinamento ed indicare le misure adottate o semplicemente ritenute utili per ridurre al minimo i rischi da interferenze.

Mentre il legislatore del 2008 parla di inapplicabilità delle norme ai rischi specifici dell'attività delle imprese

appaltatrici o dei lavoratori autonomi, il correttivo 2009 precisa che la redazione del documento deve essere valutata, ai fini dell'affidamento del contratto, dal titolare del potere decisionale e di spesa afferente la gestione dell'appalto, escludendo la redazione del DVRI per i servizi di natura intellettuale, le mere forniture di materiali o attrezzature, i lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, purchè non comportanti rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI.

Stante dunque la modifica adottata, il documento di cui - che non sostituisce, ma semplicemente si aggiunge agli incumbenti del committente e appaltatore - dovrà essere predisposto solo qualora la natura dei rischi lo renda necessario come misura di tutela e non qualora vi sia assenza di rischio come accadrebbe ad esempio nei casi di fornitura delle macchinette che distribuiscono snack negli uffici, la fornitura di carta ecc...

Qualora il datore non dovesse coincidere con il committente o il contratto risultare affidato ai soggetti ex art. 3 co. 34 D. Lgs. n. 163 del 12/4/2006<sup>7</sup>, colui che affida il contratto dovrà redigere il DVRI indicando **in generale** i possibili rischi standard che potenzialmente potrebbero arrivare dall'esecuzione di quel contratto, lasciando invece al soggetto presso il quale il contratto

<sup>7</sup> Art. 3 co. 34: "La «centrale di committenza» è un'amministrazione aggiudicatrice che:

- acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o  
- aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori".

deve trovare esecuzione, il compito di integrare tale documento<sup>8</sup> con l'indicazione dei rischi specifici del luogo di espletamento dell'appalto.

### 3.3) *Responsabile dei lavori*

Sempre in materia di appalto appare doveroso il riferimento al mutato articolo 89 del T.U. contenente la più semplificata definizione di **responsabile dei lavori** individuato come il soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal T.U., puntualizzando che tale figura combacia con quella del *responsabile del procedimento* nei casi in cui debba essere applicato il D.lgs. n. 163/2006<sup>9</sup> in materia di contratti pubblici. Viene inoltre ampliata la definizione di **impresa affidataria** che contempla un nuovo caso<sup>10</sup> e introdotta quella di **impresa esecutrice ex lettera i) bis** da intendersi come quella "impresa che esegue un'opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali".

### 3.4) *Coordinatore in materia di sicurezza e di salute*

<sup>8</sup> L'integrazione, sottoscritta per accettazione dall'esecutore, integra gli atti contrattuali.

<sup>9</sup> Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

<sup>10</sup> ... "Nel caso in cui titolare del contratto di appalto sia un consorzio tra imprese che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati, anche privo di personale deputato alla esecuzione dei lavori, l'impresa affidataria è l'impresa consorziate assegnataria dei lavori oggetto del contratto di appalto individuata dal consorzio nell'atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente o, in caso di pluralità di imprese consorziate assegnatarie di lavori, quella indicata nell'atto di assegnazione dei lavori come affidataria, sempre che abbia espressamente accettato tale individuazione".

Degna di menzione è inoltre la modifica apportata alla definizione di **coordinatore in materia di sicurezza e di salute** (lettera f) nella quale si sottolinea che nei casi in cui ci sia coincidenza tra committente e impresa esecutrice, i compiti del coordinatore altrimenti denominato coordinatore per l'esecuzione dei lavori, possono anche essere svolti dal datore di lavoro delle imprese affidatarie ed esecutrici o da un suo dipendente o dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) designato dallo stesso datore. Interessante appare altresì la **semplificazione** che ha investito il datore di lavoro che nelle piccole imprese può finalmente evitare di affidare a soggetti estranei gli oneri prescritti in materia di sicurezza potendo avocare a sé i compiti di **primo soccorso, prevenzione incendi ed evacuazione**, purchè trattasi di datore di lavoro di imprese o unità produttive che contano al massimo 5 lavoratori e comunque di casi non rientranti nella previsione dell'art. 31 co. 6.

L'avocazione dei predetti compiti sarà altresì possibile anche nelle ipotesi di *“affidamento dell'incarico di responsabile del servizio di prevenzione e protezione a persone interne all'azienda o all'unità produttiva o a servizi esterni ex art. 31 T.U., dandone preventiva informazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ed alle condizioni di cui al comma 2-bis”* - previa frequenza di specifici corsi di formazione previsti agli articoli 45 e 46.

Anche in questo caso il legislatore del 2009 ha tentato di snellire gli oneri posti a carico del datore di lavoro e di quell'imprenditore operante nelle imprese con un numero esiguo di dipendenti (5) fornendogli insieme alla possibilità di svolgere lui stesso le

funzioni, un risparmio economico e di tempo nella ricerca di esperti. E' chiaro che la norma, così come proposta, lascia presumere che tale onere non possa essere esercitato dal datore di lavoro, anche se adeguatamente formato ed informato, in quelle aziende che contano più di 5 dipendenti.

#### 4. *Soggetti destinatari*

L'art. 3 del T.U. in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro stabilendo il campo di applicazione del decreto legislativo, disciplina per l'appunto, l'applicabilità del decreto 81/2008, a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio. Attraverso la modifica apportata al comma 2, 9 (alla cui lettura si rimanda) e 12 e l'introduzione dei commi 3-bis e 12-bis, il legislatore del D.lgs. n. 106/2009 estende l'applicabilità delle disposizioni del D.lgs. n. 81/2008 - *tenendo conto delle modalità di svolgimento delle rispettive attività* individuate entro il 31/12/2010 con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Dipartimento della protezione civile e il Ministero dell'interno, sentita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro - alle **cooperative sociali e alle organizzazioni di volontariato della protezione civile** (compreso i volontari della Croce Rossa Italiana, Corpo Nazionale soccorso alpino e speleologico, e i volontari dei vigili del fuoco). Nei confronti invece dei volontari *ex lege* 266/1991 e quelli che effettuano il servizio civile si applicheranno le norme ex art. 21 T.U., mentre l'applicazione delle regole dovrà essere concordata tramite

accordi tra volontari e associazioni di volontariato o amministrazione del servizio civile.

Il datore di lavoro (qualora il volontario operi nella sua organizzazione) in ossequio alle regole generali in materia di salute e sicurezza, i cui principi restano saldi, sarà tenuto a informare i volontari sui rischi specifici esistenti negli ambienti in cui opererà e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate. Sempre qualora il volontario operi nell'organizzazione del datore quest'ultimo sarà obbligato a predisporre tutte le misure atte a ridurre al minimo o eliminare definitivamente i rischi da interferenze tra le prestazioni svolte dal volontario e quelle attività che si svolgono nell'organizzazione. Ecco che il volontario viene *in toto* equiparato al lavoratore dipendente subordinato e diventa destinatario a tutti gli effetti delle norme in materia di salute e sicurezza.

### 5. Datore di lavoro e delega di funzioni

Talune semplificazioni colpiscono anche il datore di lavoro, in capo al quale vengono comunque confermati gli obblighi afferenti la gran parte degli incumbenti a lui spettanti.

Le modifiche più interessanti sono quelle che snelliscono, sburocratizzandola, anche se di poco, l'attività di comunicazione agli enti da parte del datore di lavoro.

Trattasi più specificatamente degli oneri previsti dall'art. del 18 T.U. sintetizzabili nell'obbligo di:

- elaborare il DUVRI - documento consultabile solo in azienda e la cui copia dovrà essere consegnata anche ai rappresentanti dei lavoratori della

sicurezza - anche su supporto informatico (art. 18 lettera p);

- inoltrare, in caso di infortunio sul lavoro, entro 48 ore dalla ricezione del certificato medico, della comunicazione, all'INAIL e all'IPSEMA, e per loro tramite al SINP, (sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro) riguardante dati e informazioni degli infortuni sul lavoro, ai soli fini statistici e informativi, qualora comportanti un'assenza di almeno un giorno, eccetto quello dell'evento<sup>11</sup>, per fini assicurativi se comportanti assenza dal lavoro superiore a 3 giorni. La denuncia (ex art. 53<sup>12</sup> del testo unico delle

<sup>11</sup> Secondo quanto contenuto nel comma 1 bis l'obbligo della comunicazione a fini statistici e informativi per almeno un giorno di assenza decorrerà dalla scadenza del termine di 6 mesi dall'adozione interministeriale ex art. 8 co. 4. Trattasi di un decreto che avrebbe dovuto essere adottato, decorsi 180 giorni, dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 81/2008 e che avrebbe altresì dovuto contenere il funzionamento del SINP e il trattamento dei dati.

<sup>12</sup> **Art. 53:** *“Il datore di lavoro è tenuto a denunciare all'Istituto assicuratore gli infortuni da cui siano colpiti i dipendenti prestatori d'opera, e che siano prognosticati non guaribili entro tre giorni, indipendentemente da ogni valutazione circa la ricorrenza degli estremi di legge per l'indennizzabilità. La denuncia dell'infortunio deve essere fatta con le modalità di cui all'art. 13 entro due giorni da quello in cui il datore di lavoro ne ha avuto notizia e deve essere corredata da certificato medico. Se si tratta di infortunio che abbia prodotto la morte o per il quale sia preveduto il pericolo di morte, la denuncia deve essere fatta per telegrafo entro ventiquattro ore dall'infortunio. Qualora l'inabilità per un infortunio prognosticato guaribile entro tre giorni si prolunghi al quarto, il termine per la denuncia decorre da quest'ultimo giorno. La denuncia dell'infortunio ed il certificato medico debbono indicare, oltre alle generalità dell'operaio, il giorno e l'ora in cui è avvenuto l'infortunio, le cause e le circostanze di esso, anche in riferimento ad eventuali deficienze di misure di igiene e di prevenzione, la natura e la precisa sede anatomica della lesione, il rapporto con le cause denunciate, le eventuali alterazioni preesistenti. La denuncia delle malattie professionali deve essere trasmessa sempre con le modalità di cui all'art. 13 dal datore di lavoro*

disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124) sostituisce l'incumbente della comunicazione per le assenze da infortunio superiori a 3 giorni. (art. 18 lettera r);

- comunicazione all'INAIL, all'IPSEMA e per loro tramite al SINP del nome dei rappresentanti dei lavoratori della sicurezza in caso di nuova elezione o dei nominativi dei rappresentanti già eletti o designati se in fase di prima designazione. All'uopo l'INPS con circolare n. 43 del 25/08/2009 ha specificato ai dirigenti e datori le modalità di comunicazione precisando che la comunicazione non avrà più cadenza annuale ma sarà necessaria

---

*all'Istituto assicuratore, corredata da certificato medico, entro i cinque giorni successivi a quello nel quale il prestatore d'opera ha fatto denuncia al datore di lavoro della manifestazione della malattia. Il certificato medico deve contenere, oltre l'indicazione del domicilio dell'ammalato e del luogo dove questi si trova ricoverato, una relazione particolareggiata della sintomatologia accusata dall'ammalato stesso e di quella rilevata dal medico certificatore. I medici certificatori hanno l'obbligo di fornire all'Istituto assicuratore tutte le notizie che esso reputi necessarie. Nella denuncia debbono essere, altresì, indicati le ore lavorate e il salario percepito dal lavoratore assicurato nei quindici giorni precedenti quello dell'infortunio o della malattia professionale. Per gli addetti alla navigazione marittima ed alla pesca marittima la denuncia deve essere fatta dal capitano o padrone preposto al comando della nave o del galleggiante o, in caso di loro impedimento, dall'armatore all'Istituto assicuratore e all'autorità portuale o consolare competente. Quando l'infortunio si verifichi durante la navigazione, la denuncia deve essere fatta il giorno del primo approdo dopo l'infortunio. Il certificato medico, che deve corredare la denuncia di infortunio, deve essere rilasciato dal medico di bordo o, in mancanza di esso, da un medico del luogo di primo approdo sia nel territorio nazionale sia all'estero. I contravventori alle precedenti disposizioni sono puniti con l'ammenda da lire seimila a lire dodicimila".*

solo in caso di nuova designazione, mentre solo nei casi di prima applicazione del correttivo 106/09 l'obbligo riguarderà i rappresentanti dei lavoratori già eletti o designati con la conseguenza che chi ha già comunicato (rispettando la data del 31/12/2008) i nominativi non deve effettuare nessun'altra comunicazione salvo cambiamenti intervenuti nelle more dal 1/1/2009 alla data della circolare. Coloro che invece non hanno provveduto a comunicare alcun nominativo nonostante le prescrizioni della circolare 11/2009 saranno tenuti a fornire il nominativo seguendo le procedure descritte nella stessa circolare. Per tutti gli altri i nominativi dovranno essere indicati in occasione della prima comunicazione o designazione. Tale incumbente<sup>13</sup> non coinvolge le amministrazioni, istituti e organizzazioni che saranno invece tenute ad attenersi alle prescrizioni dei decreti attuativi il cui rinvio è contenuto nell'art. 3 co. 2 e 3-bis.

A quanto innanzi detto va ad aggiungersi il nuovo obbligo previsto dalla lettera g e g bis dello stesso articolo di far sottoporre i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste dal programma di sorveglianza sanitaria, nonché di comunicare tempestivamente al medico la cessazione del rapporto di lavoro, qualora si rientri nei casi di sorveglianza sanitaria ex art. 41.

Fermo restando le regole proprie della delega (forma scritta, data certa, requisiti di professionalità richiesti per

---

<sup>13</sup> La circolare INAIL sottolinea come le elezioni o designazioni "non costituiscono un obbligo del datore di lavoro ma una facoltà dei lavoratori, che potrebbe non essere esercitata dai medesimi. Infatti, il datore di lavoro non ha alcun titolo decisionale al riguardo e non deve ingerire in alcuna forma o modo per non violare le libertà delle organizzazioni sindacali previste dalla legge n. 300/70".

le specifiche funzioni da delegare, attribuzione dei poteri richiesti dall'incarico, autonomia di spesa, accettazione per iscritto, tempestiva pubblicità) e i tassativi divieti previsti ex lege (ex art 17 T.U.: valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28 e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi). Con il "correttivo" al testo unico in materia di sicurezza, viene meno la regola riconducibile all'antico brocardo latino "*Delegatus delegare non potest*".

Ed infatti, attraverso la prescrizione contenuta all'art. 16 T.U. comma 3 bis il legislatore del 2009 ha concesso al soggetto delegato - previa intesa con il datore di lavoro - la possibilità di delegare ad altri le specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza (**potere di subdelega**), puntualizzando però che permarrà in capo al delegante l'onere di vigilare sul corretto espletamento delle trasferite funzioni.

Il delegato potrà delegare una sola volta non essendo consentito al soggetto già delegato di delegare ancora ad altri le proprie funzioni.

Occorre all'uopo ricordare che il principio afferente la *culpa in vigilando* vale anche per il datore di lavoro delegante funzioni, in capo al quale permane *ex lege* l'obbligo di controllare il corretto espletamento delle funzioni delegate, obbligo che si intenderà assolto solo "*in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*".

Secondo la statuizione contenuta nell'art. 18 co. 3-bis il datore di lavoro e il dirigente risponde di omessa vigilanza nel caso di omissione degli obblighi prescritti ai preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti,

fornitori, installatori, medico competente, salvo la responsabilità propria dei predetti soggetti, qualora l'attuazione degli obblighi di sicurezza possa essere solo a loro addebitabile e non sia invece possibile riscontrare un difetto di vigilanza in capo ai datori e dirigenti.

## 6. Valutazione dei rischi

Nella valutazione dei rischi rientra anche la scelta dei DPI, attrezzature di lavoro, sostanze o preparati chimici, la sistemazione dei luoghi di lavoro, lo stress da lavoro correlato secondo i contenuti dell'accordo europeo 8/10/2004 e la prevenzione di rischi di particolari soggetti quali le lavoratrici gravide (D.lgs. n. 151/2001), comprendendo altresì i rischi connessi alle differenze di età, genere, provenienza, anche tenendo conto della specifica tipologia contrattuale. Alla valutazione dello stress lavoro correlato viene sicuramente destinato dal D.lgs. n. 106/2009 uno spazio più ampio sebbene con l'art. 28 comma 1-bis il legislatore rimanda la decorrenza dell'obbligo a partire dal 1/08/2010 salvo precedenti elaborazioni da parte della commissione consultiva permanente sulla salute e sicurezza sul lavoro (secondo le indicazioni contenute nell'art. 6 co. 8 lettera m-quater T.U. introdotto dal nuovo correttivo).

L'elaborazione del documento di valutazione dei rischi che deve obbligatoriamente essere redatto dal datore di lavoro, non essendo prevista alcuna possibilità di delega, può anche essere tenuto su supporto informatico secondo le regole stabilite per la tenuta della documentazione di cui all'art. 53 T.U. e deve avere data certa attestata dalla sottoscrizione del

documento medesimo da parte del datore di lavoro, nonché ai soli fini della prova, dalla sottoscrizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e del medico competente.

Il documento di valutazione dei rischi che nei casi di nuova attività dovrà - essere redatto al massimo entro 90 giorni dall'inizio dell'attività stessa - necessariamente contenere per la sua validità: la relazione su tutti i rischi e i criteri adottati; indicazione delle misure di prevenzione e protezione, i DPI; le misure opportune per garantire i livelli di sicurezza; le procedure da adottare e i ruoli coi nominativi di chi dovrà provvedere alla valutazione dei rischi (medico competente, RLS, RSPP, RLST); l'individuazione delle mansioni più pericolose per esposizione ai rischi specifici richiedenti specifica capacità professionale, esperienza, formazione e addestramento. Qualora si verifichi la modifica del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro, o per l'evoluzione della scienza e della tecnica, della prevenzione o protezione o a seguito di infortuni, sia le misure di prevenzione che il documento di valutazione dei rischi devono essere aggiornati entro 30 giorni (art. 29, comma 3).

Le regole previste dall'art. 28 ed appena descritte per la redazione del documento dei rischi dovranno essere seguite anche dai datori di lavoro di aziende che occupano fino a 50 lavoratori. Mentre il T.U. del 2008 escludeva l'applicabilità della predetta regola ai **cantieri temporanei o mobili**, il correttivo elimina tale esclusione estendendo pertanto la redazione del documento di valutazione dei rischi anche al campo di applicazione del

titolo IV (cantieri temporanei o mobili art. 88 e ss. T.U.), mantenendo invece l'esclusione negli altri casi ex comma 7 art. 29 T.U..

### ***7. Medico competente e visita preassuntiva***

Molte sono le modifiche che risultano essere state apportate nella materia delle visite mediche e disciplina della sorveglianza sanitaria nonché in quella dei titoli e requisiti necessari *ex lege* per lo svolgimento delle funzioni di medico competente<sup>14</sup>.

Fermo restando lo schema generale proposto dal T.U. del 2008 (art. 38) con il D.lgs. n. 106/2009 si è disciplinato il caso particolare del medico competente che dovrà operare nelle forze armate (compreso l'arma dei carabinieri, Polizia di Stato e Guardia di finanza), per il quale viene richiesto quale essenziale requisito, l'aver svolto l'attività di medico nel settore del lavoro per almeno quattro anni.

Trattasi invero di una precisazione che conferma la sussistenza di un'organizzazione particolare che richiede e pretende necessariamente che la scelta del medico competente avvenga tra i soggetti che hanno un'anzianità di almeno quattro anni quali medici del lavoro, differendo dalla disciplina prevista per gli altri settori ove per svolgere la predetta attività basterebbe essere in possesso di un requisito a scelta tra la specializzazione in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori e psicotecnica; la docenza in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori e psicotecnica o in tossicologia industriale o in igiene

<sup>14</sup> Cfr. G. VENETO, *Sicurezza nei luoghi di lavoro*, ed. Cacucci, Bari, 2009, p. 62.

industriale o in fisiologia e igiene del lavoro o in clinica del lavoro; l'autorizzazione ad esercitare la funzione di medico ottenibile mediante prova dello svolgimento dell'attività di medico del lavoro per almeno 4 anni<sup>15</sup>; la specializzazione in igiene e medicina preventiva o in medicina legale.

Il correttivo 2009 inoltre apporta interessanti modifiche in materia di sorveglianza sanitaria stabilendo all'art. 41 comma 2 lettera e-bis) ed e)-ter che - **oltre alla visita medica preventiva** tesa a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro e alla valutazione dell'idoneità alla mansione specifica; alla visita medica periodica (da tenersi almeno 1 volta l'anno, salvo casi particolari) atta al controllo dello stato di salute dei lavoratori; alla visita medica su richiesta del lavoratore, da effettuarsi qualora vi siano particolari rischi professionali, o problematiche suscettibili di peggioramento dello stato di salute del lavoratore; alla visita medica in occasione del cambio della mansione e a quella per la cessazione del rapporto di lavoro nei casi previsti dalla normativa vigente - deve considerarsi rientrante **nella**

<sup>15</sup> Secondo l'art. 38 del T.U. lettera c) occorre essere in possesso dell'autorizzazione di cui all'articolo 55 del decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277. Secondo tale articolo: *1. I laureati in medicina e chirurgia che, pur non possedendo i requisiti di cui all'art. 3, comma 1, lettera c), alla data di entrata in vigore del presente decreto abbiano svolto l'attività di medico del lavoro per almeno quattro anni, sono autorizzati ad esercitare la funzione di medico competente. 2. L'esercizio della funzione di cui al comma 1 è subordinato alla presentazione, all'assessorato regionale alla sanità territorialmente competente, di apposita domanda corredata dalla documentazione comprovante lo svolgimento dell'attività di medico del lavoro per almeno quattro anni. La domanda è presentata entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. L'assessorato alla sanità provvede entro novanta giorni dalla data di ricezione della domanda stessa.*

**sorveglianza sanitaria anche la visita medica preventiva in fase preassuntiva e la visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi, finalizzata a verificare l'idoneità alla mansione.**

La visita medica preventiva in fase preassuntiva - nella precedente formulazione assolutamente vietata e oggi consentita - potrà essere effettuata, su scelta del datore di lavoro, dal medico competente o dai dipartimenti di prevenzione delle ASL.

Anche le visite preassuntive vietate dal D.lgs. n. 81/2008 ed oggi consentite dal correttivo n. 106/2009 saranno finalizzate alla verifica dell'assenza di situazioni di alcoldipendenza e tossicodipendenza. Occorre comunque precisare che l'entrata in vigore del divieto assoluto di visita preassuntiva già all'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 81/2008, posticipata al 1/01/2009 (ex art. 4 co. 2 del D.L. n. 97/2008) e dall'art. 32 co. 1 D.L. n. 207/2008 portata al 16/05/2009, ha avuto vita breve (essendo durata per soli 96 giorni fino all'intervento del D.lgs. n. 106/2009). La modifica attuale comporta capovolgimenti importanti a livello procedurale. Prima dell'intervento del correttivo infatti il datore di lavoro, il giorno precedente l'assunzione era tenuto ad inoltrare una comunicazione al centro per l'impiego indicante altresì il livello di inquadramento, le mansioni da attribuire al lavoratore, potendo invero procedere a visita medica solo in un momento successivo. Tanto comportava la possibilità che il lavoratore fosse dichiarato solo dopo l'assunzione inidoneo allo svolgimento delle funzioni a lui affidate con la conseguenza che avrebbe dovuto essere destinato ad una

mansione differente anche inferiore pur continuando a conservare identica qualifica e trattamento economico oppure qualifica superiore con trattamento economico così come prescritto *ex lege* (ex art. 2103 c.c.)<sup>16</sup>.

Qualora la formulazione del vecchio articolo fosse rimasta in vigore, il lavoratore inidoneo alla mansione avrebbe potuto godere dal primo giorno di lavoro di una retribuzione verosimilmente superiore rispetto a quella effettivamente a lui spettante in base alla qualifica di assunzione!

Oggi, il lavoratore potrà essere, a partire dal primo giorno di lavoro, inquadrato in base alla mansione realmente compatibile col suo stato di salute. La visita medica preventiva rimane obbligatoria nei casi previsti di obbligo di sorveglianza sanitaria, mentre il datore di lavoro è **facultato** nello scegliere se effettuare tale visita in fase preassuntiva o meno.

In effetti l'introduzione della visita preassuntiva ha suscitato una serie di perplessità, anche considerando che si è passati da un divieto assoluto e specificatamente individuato ad un indubbio potere concesso a tutti i datori di lavoro che difficilmente potrà essere oggetto di rinuncia. Ed infatti nonostante quanto innanzi specificato, tale possibilità, si ha ragione di credere, possa essere ben presto utilizzata da tutti quei datori di lavoro che desidereranno essere sicuri di assumere lavoratori privi di qualsivoglia problema di salute, comportando quale logico corollario, l'eventualità che problemi fisici e di salute, anche se di scarsa rilevanza, possano divenire fattore di discriminazione e cagione di eventuali ingiustificati e immotivati

<sup>16</sup> M. MARINO, *Visite mediche preassuntive: la disciplina dopo l'abrogazione del divieto*, in guida al lavoro n. 36 18/09/2009, IlSole24Ore.

rifiuti all'assunzione da parte del datore di lavoro. A garanzia del lavoratore rimane salvo il diritto - oggi esteso anche ai risultati della visita preassuntiva - di proporre ricorso, avverso i **soliti giudizi del medico competente**, relativi alla mansione specifica - che vanno dal giudizio di idoneità; idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; fino all'inidoneità temporanea e inidoneità permanente - nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del giudizio medesimo, all'organo di vigilanza territorialmente competente che potrà, dopo eventuali ulteriori accertamenti confermare, modificare o revocare lo stesso giudizio.

Rimane ancora da comprendere se la possibilità di ricorrere avverso i giudizi espressi dal medico competente relativi alla visita preassuntiva e preventiva possa essere estesa anche ai giudizi espressi dai dipartimenti di prevenzione delle ASL.

Qualora si dovesse interpretare la norma in senso restrittivo, infatti, il datore per evitare problemi potrà scegliere di avvalersi dei dipartimenti di prevenzione delle ASL il cui giudizio anche in fase preassuntiva dovrebbe essere insindacabile.

Tale interpretazione avrebbe quale corollario, si badi, un differente potere di giudizio tra il medico competente e i dipartimenti di prevenzione delle ASL.

Uno dei criteri di scelta maggiormente accreditati, potrebbe risiedere nel decidere di far effettuare agli enti e istituti specializzati di diritto pubblico solo quelle visite mediche preventive preassuntive; eventualmente delegando le visite successive all'assunzione, ai medici competenti.

In tal modo la scelta del datore risulterebbe essere perfettamente in

linea con la statuizione dell'art. 5 L. 300/1970 che seppur vietando gli accertamenti sanitari sulla idoneità e infermità riconosce (al comma 3) la facoltà al datore di lavoro di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore dagli enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico.

Per il medico competente, stante le modifiche al D.lgs. n. 81/2008, vi sarà non più solo l'onere di informare, ma di fornire copia del giudizio - espresso rigorosamente per iscritto al termine della visita - sia al lavoratore che al datore di lavoro<sup>17</sup>.

Il datore di lavoro sarà tenuto, inoltre, ad uniformarsi ai risultati della visita nonché ad attuare le misure indicate dal medico e, nei casi di attestazione di idoneità del lavoratore alla mansione specifica, ad adibire, ove possibile, il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori garantendogli il "trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".

La formulazione del nuovo articolo 42 del T.U., si discosta da quella originaria che sembrava tutelasse maggiormente il lavoratore infortunato o quello nei confronti del quale sono insorti problemi di salute.

Il testo, così come concepito dal legislatore del 2008, infatti prevedeva la possibilità che il datore di lavoro potesse assegnare al lavoratore mansioni equivalenti o inferiori a quelle originariamente svolte, pur fornendo la retribuzione corrispondente alla qualifica precedente, contemplando anche l'ipotesi in cui il lavoratore fosse destinato allo svolgimento di mansioni equivalenti o superiori per la retribuzione delle quali, si faceva opportuno richiamo, così come già

<sup>17</sup> Per il mancato adempimento di tale obbligo è prevista a carico del medico competente la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 4.000 euro.

anticipato, alla statuizione ex art. 2103 c.c. (fermo restando la previsione ex art. 52 D. Lgs. n. 165/2001)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165: "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" pubblicato nella G.U. n. 106 del 9 maggio 2001, S.O. n. 112 (Rettifica G.U. n. 241 del 16 ottobre 2001). **Art. 52 - Disciplina delle mansioni (Art. 56 del d.lgs n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 25 del d.lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 15 del d.lgs n. 387 del 1998):** 1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali e' stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro puo' essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non piu' di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente e' assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, e' nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore e' corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova

Con la modifica apportata dal correttivo scompare la possibilità che il lavoratore possa svolgere mansioni superiori e il riferimento al 2103 c.c. che comunque si ha ragione di credere diventi implicito.

Risultano mutati anche gli oneri a carico del medico competente atteso che, secondo la nuova formulazione, questi sarà tenuto ad istituire, aggiornare, custodire sotto la propria responsabilità la cartella sanitaria e di rischio che dovrà essere tenuta per ciascun lavoratore, indipendentemente dal numero dei prestatori d'opera presenti all'interno della ditta, conservata secondo le norme del segreto professionale e per il tempo necessario alla sorveglianza sanitaria in un luogo specifico concordato al momento della nomina attributiva della mansione di medico competente. Nella nuova formulazione dell'art. 25 lettera c) del T.U. scompare il riferimento al requisito dimensionale (più 15 lavoratori) cui il legislatore del 2008 collegava l'opportunità di stabilire concordemente con il datore di lavoro il luogo di custodia della cartella sanitaria e di rischio e la obbligatorietà dell'invio della cartella all'ISPESL (lettera f), essendo ora il medico competente tenuto a consegnare, al termine della cessazione del rapporto lavorativo, una **copia** della cartella sanitaria e di rischio al lavoratore al quale verranno altresì fornite tutte le necessarie istruzioni circa la sua

---

*disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore.*

conservazione e al datore di lavoro l'**originale** della stessa che dovrà essere da questi conservata per almeno 10 anni, salvo differente termine. Risultano invece riconfermati gli altri oneri prescritti *ex lege* dal legislatore del 2008 e contenuti nel disposto dell'art. 25 del T.U. tra i quali la collaborazione con il datore e servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi; l'attuazione delle misure per la tutela della salute dei lavoratori; l'obbligo di formare e informare i lavoratori (e se occorre ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza) sui rischi occorsi e occorrendi nonché sulla sorveglianza sanitaria; la programmazione ed effettuazione della sorveglianza sanitaria; il rilascio della documentazione sanitaria ai lavoratori che la richiedono; la comunicazione dei risultati anonimi collettivi della sorveglianza sanitaria al responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, nonché ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; la visita negli ambienti di lavoro almeno una volta all'anno o con cadenze differenti se annotate nel documento di valutazione dei rischi; la comunicazione al Ministero del lavoro, della salute con autocertificazione del possesso dei titoli e requisiti ex art. 38.

## 8. Conclusioni

All'indomani dall'entrata in vigore del correttivo si è inteso fornire un quadro riepilogativo delle principali **innovazioni** e **modifiche** che hanno investito la disciplina di carattere generale in materia di salute e sicurezza volendo appositamente tralasciare gli specifici aspetti sanzionatori integralmente riformulati dal legislatore del 2009 che nell'intento

di creare maggiore corrispondenza tra le sanzioni e le infrazioni, ha preferito procedure di estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi da realizzarsi mediante il potenziamento del sistema della “messa in regola” a carico del soggetto inadempiente, puntando così sugli effetti della punizione per il ripristino delle condizioni di legalità, reso altresì possibile anche attraverso un’attenta valutazione degli oneri di ciascun soggetto della sicurezza.

La disamina ha interessato tutte quelle innovazioni normative afferenti aspetti particolari tra cui i lavori speciali, i ponteggi mobili, le altezze dei montanti, la segnaletica (art. 161), la disciplina delle radiazioni da ultravioletti (art. 223), le definizioni specifiche (art. 214), la normativa sulle sottoposizioni dei lavoratori ad agenti biologici (art. 279), i D.P.I. per le polveri provenienti da amianto (art. 251) ecc..., perché ritenute troppo specifiche né tanto più le previsioni dei diversi allegati al testo unico.

Occorrerà attendere ancora diversi mesi prima di poter vedere completato il quadro di tutti i nuovi provvedimenti attuativi e di tutte le previsioni in materia.

Al puro scopo esemplificativo: il differimento previsto per lo stress lavoro correlato la cui disciplina entrerà in vigore solo dopo l’elaborazione delle indicazioni fornite dalla commissione consultiva e comunque a partire dal 1/08/2010; l’autocertificazione della valutazione dei rischi da parte dei datori di lavoro di aziende con meno di 10 dipendenti entro il 30/06/2012; l’entrata in vigore di un regolamento di attuazione al 31/12/2010 necessario per la disciplina speciale in materia di salute e sicurezza per le cooperative sociali, le

organizzazioni di volontariato della Croce Rossa Italiana<sup>19</sup>.

Una delle più significative novità del nuovo correttivo può riscontrarsi nel particolare valore attribuito alla certificazione rilasciata dagli organi di vigilanza di qualificazione delle imprese dei lavoratori autonomi sulla base della valutazione delle tecniche di formazione e di assenza di sanzioni a carico dell’azienda.

Va altresì considerato che la certificazione - che potrà nel tempo essere utile alle aziende non soltanto per una mera questione di immagine - quale possibile efficace ausilio del sistema di qualificazione delle imprese, potrà altresì divenire applicabile anche in materia di appalto endo-aziendale laddove consentisse diminuzione dei costi, aumento di efficienza, maggiore sicurezza riveniente da una collaborazione con soggetti affidabili<sup>20</sup> che verosimilmente potrebbe comportare incremento degli investimenti e maggiore redditività.

Tra l’altro utilizzare la certificazione significa per il lavoratore garanzia di maggiore rispetto dei propri diritti e maggiore informazione sul trattamento, nonché necessità per il datore di lavoro della piena osservanza delle leggi.

Nulla toglie che le commissioni di certificazione possano fornire attività di consulenza e assistenza e con lo svolgimento della loro attività ispettiva portare le imprese a scegliere di modificare in maniera importante i metodi di produzione e organizzazione del lavoro in maniera più confacente al rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza, riducendo i fattori

<sup>19</sup> L. FANTINI D. VENTURI, *Diritto transitorio e tempi della definitiva messa a regime*, ADAPT, Ottobre 2009.

<sup>20</sup> La certificazione doterebbe l’appaltatore di una sorta di certificazione di qualità.

di rischio e nel pieno perseguimento dell'obiettivo precipuo condiviso dal legislatore del Testo Unico afferente la creazione di un ambiente di lavoro il più possibile esente da rischi e sicuro per tutti i lavoratori.

Quell'interesse fondante alla formazione quale cardine della **prevenzione** è un punto qualificante anche del correttivo 2009 e potrà trovare applicazione attraverso la rete di comunicazione avviata sull'argomento, nel rispetto dell'accordo tra il Ministero del Lavoro e quello dell'Istruzione, reso altresì possibile mediante l'inserimento delle tematiche della salute e sicurezza nei programmi scolastici e universitari nel tentativo di estendere la sensibilizzazione di siffatte problematiche ai docenti e di converso agli studenti ed anche agli alunni delle scuole primarie.

E' stato necessario attendere diversi anni prima di ottenere finalmente nel 2008, seppur a Camere sciolte, un Testo Unico sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro che ha tentato di contenere tutte le disposizioni necessarie a tutelare l'espletamento, dell'attività lavorativa, possibilmente in sicurezza, anche secondo i principi costituzionali.

Eppure, nonostante i lunghi ben 306 articoli non tutto era stato incluso, anzi, già qualche mese dopo vi era qualche primo timido tentativo di correzione.

Il 3 agosto 2009, circa un anno dopo è stato promulgato un decreto legislativo, altrettanto lungo, con l'obiettivo di migliorare quanto già statuito.

Probabilmente qualcosa è stato fatto, sebbene risultino ancora poco chiare talune procedure come al solito farraginose; particolarmente complicato appare altresì l'immediato

raggiungimento dei traguardi prefissati solo attraverso disposizioni legislative che si limitano a "correggere" la materia.

Emerge pertanto la necessità di continuare con impegno e coscienza a curare, potenziare e perfezionare la "cultura della sicurezza", strumento utile per l'eliminazione o quantomeno per la riduzione del numero delle tante assurde *morti bianche*.



# LA VALUTAZIONE DEI RISCHI DA INTERFERENZE PER LA COOPERAZIONE ED IL COORDINAMENTO

di Incoronata Marika Di Biase

SOMMARIO: 1 Storia e introduzione del concetto di “rischio professionale” nella normativa nazionale di settore. Il “rischio da interferenza”. 2. Processo di valutazione dei rischi da interferenze. 3. Sanzioni. 4. Conclusioni.

## **1. Storia e introduzione del concetto di “rischio professionale” nella normativa nazionale di settore. Il rischio da interferenza**

La materia della tutela del lavoratore da infortuni e della tutela dell’igiene e della salute sul lavoro hanno visto il legislatore italiano impegnato sin dal 1955, con il DPR n. 547, ad introdurre “*norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*” e, sin dal 1956, ad occuparsi specificatamente del comparto edile, con il DPR n. 164 che ha introdotto “*norme per la prevenzione degli infortuni nel settore delle costruzioni*”. Nello stesso 1956 è stato emanato il DPR n. 303 che ha dettato “*norme generali per l’igiene sul lavoro*”.

Il combinato disposto degli articoli contenuti nei tre decreti del Presidente della Repubblica, con le opportune modifiche ed integrazioni accorse nel tempo, è rimasto per lungo tempo (sino all’emanazione del T.U. che ne ha disposto l’abrogazione) il riferimento principale che ha consentito di

verificare le prestazioni e le caratteristiche di sicurezza del luogo di lavoro, degli impianti, delle attrezzature e delle macchine che ivi venivano utilizzate. L’approccio del legislatore nell’individuare prescrizioni o vietare azioni, difatti, consente di mettere in evidenza i potenziali pericoli connessi al luogo di lavoro ed alle lavorazioni che ivi vengono eseguite.

Il concetto di **rischio professionale** viene, invece, introdotto nella materia solo nel 1994 con il D.lgs. n. 626, in attuazione delle direttive emanate dalla Comunità Europea in ordine al “*miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro*”. Il D.lgs. n. 626 del 1994 è stato oggetto di una serie di modifiche ed integrazioni a seguito dell’emanazione di altre direttive europee, che hanno modificato o integrato quelle pregresse o che hanno introdotto nuovi argomenti di rischio.

La lettura del D.lgs. n. 626 del 1994 evidenzia come l’approccio del legislatore fosse mutato, rinunciando ad una impostazione quantitativa (che pur persisteva in quanto rimaneva in vigore l’articolato dei decreti del Presidente della Repubblica di cui sopra, con poche modifiche o integrazioni) per adottare, invece, una impostazione qualitativa che si incentra sui temi della protezione della salute e

della sicurezza dei lavoratori.

Veniva, infatti, introdotto l'obbligo da parte del datore di lavoro di procedere con la redazione del **documento di valutazione dei rischi** (DVR) per le singole fasi dell'attività lavorativa e, conseguentemente, di individuare le misure di prevenzione e di protezione da mettere in atto e le misure che, invece, sono opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, nonché, l'obbligo di individuare gli idonei dispositivi di protezione individuale di cui dotare i lavoratori. Il decreto legislativo, inoltre, introduceva norme di protezione per rischi, quali rumore, agenti cancerogeni, agenti chimici, agenti biologici, movimentazione manuale dei carichi, non normati in precedenza o che, come nel caso delle vibrazioni e scuotimenti, sono stati oggetto di direttive specifiche emanate e recepite dal legislatore.

Nel 1996 con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 494, in attuazione della direttiva della Comunità Europea concernente le *"prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili"*, la materia della sicurezza del lavoro si interessa, specificatamente, del cantiere e, quindi, del comparto edile. Tale decreto, in particolare, introduce gli obblighi di redazione del **piano di sicurezza e di coordinamento** e del **piano operativo di sicurezza**, come piano complementare di dettaglio del primo. L'accettazione, da parte dei datori di lavoro delle imprese esecutrici, del piano di sicurezza e di coordinamento e la redazione del piano operativo di sicurezza costituiva, per il cantiere interessato, adempimento alle disposizioni del D.lgs. n. 626 del 1994 in ordine all'obbligo, del datore di lavoro, di procedere con la valutazione dei rischi e con l'individuazione ed

attuazione delle idonee misure di prevenzione e di protezione.

A distanza di 7 anni dal D.lgs. n. 494, il legislatore del 2003 ha emanato, con il DPR n. 222, il regolamento sui contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, in attuazione del disposto della legge n. 109 del 1994 relativa all'ambito specifico dei lavori pubblici. Esempio è, nell'articolo 2 del DPR n. 222 del 2003, il riferimento al piano di sicurezza e coordinamento che è detto *"specifico per ogni singolo cantiere temporaneo o mobile e di concreta fattibilità"*. Una lettura storica di questa specificazione ci permette di osservare come, evidentemente, il piano di sicurezza e coordinamento era stato assunto nella pratica professionale, a meno di più illuminate interpretazioni, come un documento *standard* e non, invece, specifico delle situazioni riscontrate, nel cantiere in oggetto, in ordine alle caratteristiche del luogo di lavoro e della attività lavorative che vi si svolgevano.

In riferimento ai contenuti minimi dello stesso piano di sicurezza e coordinamento, nel DPR n. 222 del 2003 viene sancita la necessità che lo stesso piano sia dotato di una relazione concernente l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi concreti in riferimento all'area ed all'organizzazione del cantiere, alle lavorazioni e (qui la novità) anche alle interferenze tra lavorazioni, volendo con esse porre attenzione sul concetto che le singole imprese che concorrono alla realizzazione di un'opera edile, con la loro specifica organizzazione del lavoro e sulla base della lavorazione che devono eseguire, introducono nel luogo di lavoro-cantiere, con sovrapposizione temporale e/o spaziale, dei rischi specifici, che possono diventare tali per le altre

imprese.

E' il caso, ad esempio, della sovrapposizione spaziale di due imprese, una delle quali si occupa di impiantistica e l'altra di demolizioni, con la naturale introduzione nel cantiere, da parte della seconda delle due organizzazioni del lavoro, di rischi quali il rumore, del quale la prima era priva.

In riferimento all'area di cantiere, il piano di sicurezza e coordinamento dovrà contenere l'analisi degli elementi essenziali a specificare le caratteristiche dell'area di cantiere, ma anche all'eventuale presenza di fattori di rischio esterni che comportano rischi per il cantiere e, viceversa, l'eventuale presenza di rischi che le lavorazioni di cantiere possono comportare per l'area circostante.

Inoltre, in riferimento alle singole fasi di lavoro in cui sono state suddivise le lavorazioni, è stabilito che l'analisi dei rischi dovrà fare particolare attenzione, oltre che agli elementi riportati nel D.lgs. n. 494 del 1996, quali, in maniera esemplificativa, il rischio di caduta dall'alto, il rischio di annegamento, il rischio di seppellimento, il rischio di incendio o esplosione, anche ai rischi quali l'investimento da veicoli circolanti nell'area di cantiere, l'elettrocuzione, il rumore e l'uso di sostanze chimiche.

In riferimento, infine, alle interferenze tra lavorazioni è stabilito che il piano di sicurezza e coordinamento debba contenere le prescrizioni operative per lo sfasamento spaziale e temporale delle lavorazioni interferenti e, nel caso in cui permangano rischi di interferenza, il piano dovrà contenere le misure preventive e protettive ed i dispositivi di protezione individuale, di cui dotare i lavoratori, atti a ridurre al minimo

tali rischi.

Nell'ambito specifico dei lavori pubblici, lo stesso DPR n. 222 dichiara che lo strumento organizzativo che consente le procedure precedentemente descritte è il cronoprogramma dei lavori che prenda esclusivamente in considerazione le problematiche inerenti gli aspetti della sicurezza, in particolare in relazione alle interferenze tra fasi di lavoro.

Il legislatore ritorna sull'argomento delle interferenze nel 2007 - ampliando il suo interesse dal cantiere al luogo di lavoro in genere - con la Legge n. 123 concernente *"misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia"*. La legge n. 123 apporta nuove modifiche al D.lgs. n. 626 del 1994, introducendo obblighi aggiuntivi per il datore di lavoro quando è anche committente. Il caso è quello in cui un datore di lavoro affidi i lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi sotto forma di contratto di appalto o contratto d'opera (per esempio nel caso di una impresa subappaltatrice o di fornitura di materiali).

La necessità del legislatore era quella di intervenire con una politica di sicurezza mirata all'analisi delle condizioni di rischio che si verificano durante gli interventi estemporanei di manutenzione a macchinari, impianti o infrastrutture varie, in occasione dei quali, gli addetti delle ditte appaltatrici, vengono a contatto con i rischi aziendali propri dell'unità produttiva nella quale sono chiamati ad operare.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 123, secondo il d.lgs. n. 626 del 1994, il datore di lavoro committente aveva l'obbligo di verificare l'idoneità tecnico-

professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare, doveva fornire agli stessi soggetti informazioni dettagliate sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui erano destinati ad operare (il luogo di lavoro del datore di lavoro committente), doveva stabilire le misure di prevenzione e di emergenza da adottare in relazione alle attività, doveva promuovere la cooperazione ed il coordinamento dei vari datori di lavoro delle imprese appaltatrici al fine di attuare le misure di prevenzione e protezione dai rischi cui erano esposti i lavoratori ed al fine di eliminare i rischi dovuti alle interferenze tra lavori eseguiti da diverse imprese coinvolte. L'obbligo di promuovere la cooperazione ed il coordinamento di cui sopra, non si estendeva ai rischi propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.

Tali medesimi criteri vengono ripresi negli articoli del D.lgs. n. 494 del 1996 e, di fatto, gli obblighi che introducono vengono assolti da parte del datore di lavoro committente di un cantiere temporaneo o mobile con la redazione del piano di sicurezza e coordinamento, che è un documento allegato agli atti contrattuali.

Con l'entrata in vigore della legge n. 123 del 2007, il datore di lavoro committente, nei casi diversi da quelli rientranti nel cantiere temporaneo o mobile, per assolvere all'obbligo di promuovere la cooperazione ed il coordinamento delle diverse imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, è chiamato a redigere un **documento unico di valutazione dei rischi**, che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze e che viene allegato al contratto di appalto o d'opera. La normativa in esame, quindi, non prevede che il datore di

lavoro committente aggiorni il documento di valutazione dei rischi propri, ovvero, il DVR, introdotto ai sensi del D.lgs. n. 626 del 1994, bensì, rediga un nuovo documento specificatamente orientato all'individuazione dei rischi da interferenza (**documento unico di valutazione dei rischi da interferenze - DUVRI**) legati alle attività del datore di lavoro committente, ma, anche ed in particolare, alla presenza nel luogo di lavoro o nel ciclo produttivo del datore di lavoro committente di terzi a cui sono state affidate parti di lavoro.

L'obbligo del datore di lavoro committente di trasmettere, prima dell'inizio dei lavori da affidare, le informazioni sugli specifici rischi dell'area di lavoro e sui possibili rischi da interferenza durante l'esecuzione delle attività del contratto da stipulare, allinea la tendenza del legislatore con quella già maturata per il cantiere temporaneo o mobile.

Ogni datore di lavoro redige il proprio documento di valutazione dei rischi specifici connessi all'attività che svolge, il datore di lavoro che è anche committente, a seguito di contratto di lavoro con altro datore di lavoro, redige il DUVRI.

Riguardo al concetto di interferenza e rischi da interferenza la Circolare n. 24 del 2007 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale e la Determinazione n. 3 del 2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture hanno provveduto a chiarirne i contenuti e l'applicabilità.

Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha, tramite la circolare interpretativa, precisato che la valutazione dei rischi è "*dinamica*" per cui, poichè effettuata prima dell'espletamento dell'appalto deve essere necessariamente aggiornata in

casi di situazioni mutate in ordine a carattere tecnico, logistico o organizzativo, restando necessarie nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture fornisce il suo contributo definendo il concetto di "interferenza" ed esplicitando le problematiche inerenti la sussistenza o meno di interferenza. Le circostanze dell'interferenza, che vengono definite come "una dei maggiori ostacoli alla prevenzione degli incidenti nei luoghi di lavoro e nei cantieri", viene riferita ai seguenti casi:

- i rischi derivano dalla sovrapposizione di più attività svolte da operatori di appaltatori diversi;
- i rischi sono immessi nel luogo di lavoro del committente dalle lavorazioni dell'appaltatore;
- i rischi esistono nel luogo di lavoro del committente, ove è previsto che debba operare l'appaltatore;
- i rischi sono aggiuntivi per l'appaltatore, in quanto il committente chiede nel proprio luogo di lavoro particolari modalità di esecuzione.

Nelle Determinazione n. 3/08 si sancisce inoltre il principio che i contratti rientranti nel campo di applicazione del D.lgs. n. 494 del 1996, non necessitano di redazione del DUVRI, in quanto l'analisi e la valutazione dei rischi da interferenza sono contenuti nel Piano di sicurezza e coordinamento.

L'obbligo di redazione del DUVRI è stato confermato dal D.lgs n. 81/08 (noto anche con l'acronimo T.U.L.S.) - Testo unico sulla sicurezza sul lavoro - come modificato e corretto dal D.lgs. n. 106/09, recante "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della

sicurezza nei luoghi di lavoro", entrato in vigore il 20 agosto 2009.

La normativa prevede che l'azienda committente, in caso di affidamento di lavori all'interno della propria azienda (pulizia, manutenzione, fornitura di materiale, ecc.) a imprese appaltatrici/subappaltatrici o a lavoratori autonomi debba redigere un documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) legato all'eventuale presenza di interferenze tra le varie attività.

Il DUVRI rappresenta, dunque, lo strumento operativo per guidare le attività lavorative del committente e degli appaltatori negli ambienti/reparti dell'azienda ove si possono verificare, anche con discontinuità spaziale e temporale, le eventuali interferenze lavorative tra le due attività, consentendo, quindi, ai datori di lavoro committenti di attuare le misure finalizzate alla riduzione dei rischi da interferenze.

La nuova normativa ha, altresì, ribadito che la redazione del DUVRI non è necessaria per i contratti rientranti nel campo di applicazione dei cantieri temporanei e mobili, ove i rischi da interferenza ed i relativi costi, sono contenuti nel Piano di Sicurezza e Coordinamento.

## **2. Processo di valutazione dei rischi da interferenze.**

Il comma 1 dell'art. 26<sup>1</sup> del T.U. prevede,

<sup>1</sup> Art. 26 - *Obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione - D.lgs. 81/08 come modificato e corretto dal D.lgs. 106/09* - Testo originale: 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...verifica

*in primis*, che 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, sia tenuto:

- a verificare l'idoneità tecnico-professionale dei soggetti ai quali si affidano attività con contratto di appalto, contratto d'opera e di somministrazione;
- a fornire informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente lavorativo, laddove, ovviamente, ce ne siano.

Condizione essenziale è che il datore di lavoro appaltante abbia sempre la disponibilità giuridica dei luoghi in cui

---

*....coopera...coordina....all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro"*

Testo modificato: "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 sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo .... verifica....coopera...coordina.... all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro"... Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o di opera e va adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture. Ai contratti stipulati anteriormente al 25 agosto 2007 ed ancora in corso alla data del 31 dicembre 2008, il documento di cui al precedente periodo deve essere allegato entro tale ultima data. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi. Nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, tale documento è redatto, ai fini dell'affidamento del contratto, dal soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto".

si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo.

Tutti i datori di lavoro coinvolti (committente, appaltatore, sub-appaltatore), pertanto, sono tenuti a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e di protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto di appalto ed a coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva.

La promozione delle procedure di cooperazione e di coordinamento si concretizza, in gran parte, nella elaborazione del DUVRI, che indica procedure e tecniche per la eliminazione o la riduzione al minimo dei *rischi interferenti*.

Significativo elemento di novità introdotto dal D.lgs. n. 106/09, è rinvenibile nella precisazione (contenuta nel comma 3 dell'art. 26) per cui il DUVRI è redatto, ai fini dell'affidamento del contratto, dal soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto, individuabile, quindi, nel dirigente o nel responsabile di servizio negli enti privi di dirigenza.

Tuttavia, viene anche precisato che non sussiste un obbligo di elaborare il DUVRI per i rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, salvo, ovviamente, che questi non abbiano riflessi verso gli altri lavoratori.

In caso di costituzione di nuova impresa, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la valutazione dei rischi, elaborando il relativo documento, entro 90 gg. dalla data di inizio della propria attività.

Il DUVRI è allegato al contratto di appalto o d'opera e deve essere aggiornato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture, quindi con una periodica e tempestiva revisione in sede di esecuzione.

Inoltre, il DUVRI deve essere custodito presso l'unità produttiva alla quale si riferisce la valutazione dei rischi e può essere conservato anche su supporto informatico.

Il documento deve essere munito, altresì, di data certa; a questo proposito, viene chiarito che la certezza della data può essere dimostrata anche mediante la sottoscrizione contestuale del documento da parte di tutti i soggetti coinvolti nella gestione della sicurezza (datore di lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale, medico competente ove nominato).

Ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 26, introdotto con il decreto correttivo n. 106 del 2009, l'obbligo della valutazione dei rischi da interferenze non sussiste per i servizi di natura intellettuale, per le mere forniture di materiali o attrezzature e per i lavori o servizi la cui durata non sia superiore a due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari derivanti da lavori elencati nell'allegato XI.

Nel nuovo comma 3-*ter* sono state, invece, disciplinate la formazione del DUVRI e la sua successiva integrazione operativa, nei casi in cui l'appalto sia affidato da centrali di committenza o in tutti i casi in cui il datore di lavoro non coincida con il committente.

Nel primo caso, il soggetto che affida il contratto dovrà redigere il

documento di valutazione dei rischi da interferenze, con una valutazione ricognitiva dei rischi standard relativi alla tipologia della prestazione, che potrebbero "potenzialmente" derivare dall'esecuzione del contratto.

Invece il soggetto presso il quale deve essere eseguito il contratto, secondo le tipologie sopra indicate, prima dell'inizio dell'esecuzione della prestazione, integra questo documento riferendolo ai rischi specifici da interferenza presenti nei luoghi in cui verrà espletato l'appalto.

Il documento - sottoscritto per accettazione dall'impresa esecutrice - integra gli atti contrattuali, mediante allegazione.

In correlazione al documento unico di valutazione rischi è stata delineata meglio anche la disciplina dei costi della sicurezza, nell'ambito del comma 5 dell'art. 26, il quale:

- ne precisa la natura, specificando che si tratta dei costi delle misure adottate per eliminare o (se non possibile) ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni;
- ne vieta esplicitamente l'assoggettamento a ribasso in qualsiasi tipo di procedura di confronto per l'individuazione dell'appaltatore.

E' bene precisare che non si tratta di costi della sicurezza relativi all'esecuzione dell'appalto, ma soltanto di quelli riferiti alle interferenze tra gli eventuali rischi derivanti dall'attività del committente e quelli propri dell'appaltatore.

Da sottolineare che, per espressa previsione di legge, la mancata indicazione dei costi, è un fattore che, ai sensi dell'articolo 1418, comma 3, del codice civile, rende nullo il contratto.

Il comma 8 dell'articolo in esame dispone, infine, che il personale impiegato nell'impresa appaltatrice o sub-appaltatrice deve essere munito, a cura e spese di quest'ultima, di una tessera di riconoscimento corredata di fotografia e contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro.

La disposizione in questione si applicano ai singoli contratti sopra indicati, compresi quelli in essere alla data di entrata in vigore del T.U. (16 aprile 2008). Per quelli stipulati prima del 25 agosto 2007, invece, i costi della sicurezza del lavoro dovevano essere indicati entro il 31 dicembre 2008, ove fossero ancora in corso a quella data. Da ultimo, è necessario segnalare che, ai sensi dell'art. 306, le disposizioni relative all'obbligo di valutazione dei rischi (art. 17, comma 1, lett. a) e art. 28) saranno efficaci solo a decorrere dal novantesimo giorno dall'entrata in vigore del decreto.

### 3. Sanzioni

L'art. 55, comma 3 e 4, del D.lgs. n. 81/2008 e succ. mod., appresta, alle violazioni dei precetti primari stabiliti dall'art. 26 del D.Lgs n. 81 cit., il relativo apparato sanzionatorio penale e amministrativo.

In particolare, il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 55, comma 4, lett. b), è punito con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.000 a 5.000 euro per la violazione dell'art. 26, comma 1, lett. b), del T.U., ossia dell'obbligo di fornire ai soggetti appaltatori dettagliate informazioni circa la sussistenza di rischi specifici - ovviamente qualora vi siano e siano sufficientemente diagnosticabili in concreto - esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle

misure di prevenzione ed emergenza adottate in relazione alla propria attività, purché possano assumere un concreto rilievo per la tipologia di attività svolta dall'appaltatore. Mentre, ai sensi della lett. d) sempre del comma 4, dell'art. 55, il datore di lavoro è punito con l'arresto da quattro a otto mesi o con l'ammenda da 1.500 a 6.000 euro per la violazione degli articoli 26, comma 1, e 2, lett. a) e b), ossia per non aver verificato l'idoneità tecnico professionale degli appaltatori (o dei lavoratori autonomi) e per non aver attivato le procedure di cooperazione e di coordinamento, di norma, ma non necessariamente, sfocianti nella redazione del DUVRI, potendo simili attività trovare, per così dire, allocazione documentale in altra sede.

La lett. m), infine, prevede solo la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ciascun lavoratore, in caso di violazione dell'articolo 26, comma 8, cioè dell'obbligo per il personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice di essere munito di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro<sup>2</sup>.

### 4. Conclusioni

Le modifiche apportate dal D.lgs. n. 106/09 al D.lgs. n. 81/08, relativamente all' art. 26, concernente gli obblighi connessi ai contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione in capo al datore di lavoro dell'azienda committente, sono

<sup>2</sup> Fonte: [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it) - LORENZO IEVA, *T.U. sicurezza: rischi da 'interferenza' e redazione del Duvri*, in DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO, n. 9/2009.

suscettibili di ricadute gravi sulla salute e la sicurezza dei lavoratori, in quanto comportano una sostanziale riduzione degli stessi, con ciò vanificando quella che è la principale finalità delle misure varate dal Governo, ovvero, rendere maggiormente effettiva la tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

In particolare, la modifica apportata al comma 1, condiziona tali obblighi solo ai casi in cui il datore di lavoro dell'azienda committente *“abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro”*; si riduce, così, l'impatto della novità del D.lgs. n. 81/2008 che, per adeguare l'adozione delle misure di prevenzione alla crescente frammentazione dell'attività delle imprese, si applicava, senza condizioni di *“disponibilità giuridica”*, a tutti i casi in cui il datore di lavoro dava in appalto dei lavori nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima.

Il D.lgs. n. 106/09 ha, poi, introdotto l'art. 3-bis, il quale dispone, espressamente: *“Ferme restando le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, l'obbligo di cui al comma 3 non si applica ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali e attrezzature nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI”*.

Alcune delle attività il cui svolgimento espressamente esclude l'onere per il datore di lavoro committente di redigere il DUVRI erano già state individuate dalla Determinazione n. 3/08 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, quale *“mera fornitura di materiali e attrezzature”*,

tuttavia, occorre ricordare che la citata Autorità ne specificava, comunque, l'obbligo qualora fossero *“necessarie attività o procedure suscettibili di generare interferenza con la fornitura stessa”*.

L'attuale formulazione del comma 3-bis, invece, esclude, *sic et simpliciter*, tutte le mere forniture, indipendentemente dalla realtà applicativa con cui esse saranno effettuate o gestite.

Più emblematica appare l'ultima tra le circostanze citate quali condizioni escludenti dall'obbligo di redazione del DUVRI da parte del committente, ovvero, i casi di lavori in appalto della durata non superiore a 2 giorni. Questa modifica restringe in modo significativo l'ambito di tutela della salute dei lavoratori negli appalti, non inclusi nell'allegato XI.

Anzitutto, sorprende il riferimento ai rischi particolari derivanti dai lavori elencati in tale allegato, in quanto, lo stesso è stato pensato e rivolto, specificatamente, per i lavori in cantieri temporanei e mobili, senza verificare la sua adeguatezza o meno agli altri ambienti di lavoro e senza curarsi di verificare se, con esso, fossero comunque raggiunte le finalità della nuova norma.

Vi sono, infatti, appalti (non inclusi nell'allegato XI) in cui, nonostante la brevità della durata, i rischi sono elevati; si pensi, ad esempio, alla fornitura di *“materiale ferroso”* nelle aziende metalmeccaniche, fasi di lavoro in cui negli ultimi anni si sono verificati numerosi infortuni mortali.

Le carenze contenute nell'articolo 3-bis appaiono rilevanti se si considera, poi, che da questo elenco sono esclusi i lavori in cisterne e ambienti confinati in genere o relativi ad impianti o linee sotto tensione (non aeree), che, come è noto, comportano un prezzo molto

alto in termini di sacrifici e rischi per i lavoratori.

Infine, si ricordi la modifica apportata al comma 5 dell' art. 26; il nuovo testo, così come emendato, dispone che *“Nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione...devono essere specificamente indicati...i costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni”*. Nella versione originale del comma 5, l'obbligo di indicare i costi delle misure di prevenzione riguardava tutte le fasi di lavoro inerenti un appalto, con la modifica, invece, l'obbligo riguarda solo i rischi d'interferenza.

Si riduce drasticamente, quindi, il livello di corresponsabilità e controllo del datore di lavoro committente rispetto alla sicurezza dei lavoratori delle aziende appaltatrici e aumenta la possibilità di fare gare d'appalto “al ribasso”, con riduzione degli investimenti nella sicurezza del lavoro.

In conclusione, pertanto, possiamo correttamente affermare che vincolare la redazione del DUVRI a criteri atipici come la durata, non ha nulla a che vedere con l'eventuale presenza o meno di rischi nei luoghi di lavoro; il DUVRI, infatti, dovrebbe costituire un modello di valutazione per cui ogni singola interferenza (culturale, linguistica, organizzativa, strumentale, professionale ecc.) viene analizzata, in forma separata, secondo criteri standardizzati e, successivamente, rapportata all'insieme delle diverse interferenze individuate per definire, con la più alta percentuale di efficacia possibile, le misure di prevenzione, le disposizioni gestionali e i costi della sicurezza.

Il DUVRI prescinde, quindi, dalla durata dell'attività svolta dall'appaltatore, sub-appaltatori e/o lavoratori autonomi e viene redatto sia in presenza di interferenze con le attività da questi espletate, sia in presenza di “rischi ambientali” propri della struttura Committente.

Mentre non deve essere redatto quando la fornitura si svolge secondo un percorso che non invade l'ambiente del committente, ovvero, quando il servizio è di mera natura intellettuale e la relativa attuazione è compatibile con gli ambienti in cui il servizio viene svolto.

La realtà, indefettibile, pertanto, è una e una soltanto: il rischio c'è o non c'è. Qualora non ci fosse alcun rischio da interferenze, anche in presenza di lavori che si prolungano per anni, la redazione di un DUVRI costituirà un *“inutile fardello formale”*<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> L'introduzione del comma 3-bis all'art 26 del D.lgs. n. 81/08 è stata presentata dal Ministero del lavoro come una **grande innovazione**, come si comprende dalla lettura del comunicato stampa del 31 luglio 2009, immediatamente successivo all'approvazione del testo del D.lgs. n. 106/2009, da parte del Consiglio dei ministri, nel quale si afferma: *“Ancora a titolo di esempio si consideri l'individuazione - espressamente richiesta dalle parti sociali - dei casi in cui è necessario, nei lavori in appalto, che il committente predisponga l'importante “documento di valutazione dei rischi da interferenza delle lavorazioni”, tra i quali non vengono inclusi i lavori intellettuali, le mere forniture di merci e i lavori di breve durata. In pratica, tale documento - il quale, va ricordato, si aggiunge (e non si sostituisce) agli obblighi già imposti a committente ed appaltatore di coordinarsi tra loro e cooperare per ridurre i rischi del personale dell'appalto - viene richiesto ove il rischio delle lavorazioni che interferiscono tra loro lo richieda come misura di tutela e non, invece, nelle ipotesi (si pensi alla prestazione di natura intellettuale o alla semplice fornitura di carta o di caffè ad un ufficio) di assenza di rischio da interferenza in cui esso diverrebbe un inutile fardello formale”*.

# PENALE DEL LAVORO



## LA REVISIONE DEGLI OBBLIGHI IN MATERIA DI SICUREZZA DOPO IL DECRETO CORRETTIVO N. 106/2009

di Daniela Cervellera

SOMMARIO: 1. In generale. 2. Profili di colpa: a) delega di funzioni; b) obblighi del datore di lavoro e del dirigente. 3. Appalto e lavoro autonomo.

### 1. In generale

Con il D.lgs. n. 106/2009 è stato corretto ed integrato, secondo le previsioni contenute nell'art. 1 L. n. 123/2007, il precedente decreto n. 81/2008 - c.d. testo unico in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro - di cui sono state rivisitate le sanzioni, potenziati gli organismi paritetici e, tra le altre innovazioni, introdotta la patente a punti per le imprese edili.

Il correttivo legislativo ha calibrato il sistema sanzionatorio - riducendo i limiti edittali delle pene - in ragione dei compiti effettivamente svolti dai diversi garanti della sicurezza ed in relazione alla pericolosità dell'attività lavorativa svolta.

La pena dell'arresto rimane obbligatoria nei soli casi di mancato rispetto del provvedimento di sospensione e di omessa valutazione dei rischi nei cantieri temporanei o mobili ed in aziende maggiormente esposte ad incidenti mentre quella dell'ammenda viene dimezzata rispetto agli importi già previsti nel D.lgs. n. 81/2008, seppur adeguati agli indici ISTAT.

La finalità che il decreto legislativo n. 106/2009 si è prefisso è quello di rimuovere le situazioni irregolari attraverso il rafforzamento dell'uso delle prescrizioni<sup>1</sup> e della sospensione cautelare dell'attività che segue al riscontrato impiego - da parte degli organismi di vigilanza del ministero del Lavoro e della previdenza sociale nonché da parte degli organi di vigilanza delle ASL - del personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul posto di lavoro, nonché in caso di *gravi e reiterate* violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La *gravità* della violazione viene rapportata alla intensità della eventuale esposizione a rischio del lavoratore, risultando massima nei casi di mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi e del piano operativo di sicurezza.

Per *reiterazione* invece il correttivo n. 106/2009 intende la commissione di violazioni della "stessa indole" di quelle oggetto di prescrizione dell'organo di vigilanza ottemperate dal contravventore o accertate con sentenza definitiva, commesse nell'arco del quinquennio.

<sup>1</sup> Artt. 20-24 D.lgs. n. 758/1994 in combinato disposto dell'art. 301 D.lgs. n. 81/2008.

## 2. Profili di colpa:

### a) delega di funzioni

Il correttivo n. 106/2009, modificando l'art. 16 del D.lgs. n. 81/2009, con l'introduzione, all'art. 3-bis, dell'istituto della sub-delega di *specifiche* funzioni, previamente concordate con il datore di lavoro e ferme restando le formalità prescritte dai comma 1 e 2 del medesimo articolo in tema di delega, non ha esonerato da responsabilità il datore di lavoro, sul quale incombe l'obbligo di vigilare il corretto espletamento delle attività delegate.

Tale obbligo, recita il comma 3, secondo periodo, dell'art. 16 *“si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4”*.

A differenza della disposizione originaria dell'art. 16 che indicava quale possibile modalità per l'adempimento dell'obbligo di vigilanza il sistema di controllo adottato nell'ambito di un modello organizzativo ed avente le caratteristiche definite dall'art. 30 comma 4, la nuova previsione introduce una vera e propria presunzione di responsabilità a carico del datore di lavoro dalla quale può essere esonerato solo nei casi in cui abbia *efficacemente attuato* il modello organizzativo adottato e posto in essere un *idoneo* sistema di controllo sull'attuazione del medesimo e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate, dovendo procedere al *riesame ed all'eventuale modifica del sistema organizzativo* ogni volta che siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni ed all'igiene sul lavoro,

ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. Nelle imprese di grandi dimensioni la posizione di garanzia in tema di normativa antinfortunistica non è automaticamente individuabile in colui che occupa la posizione di vertice occorrendo un puntuale accertamento dell'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale connotato dalla predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale<sup>2</sup>.

### b) obblighi del datore di lavoro e del dirigente

Ulteriori responsabilità in capo al datore di lavoro e al dirigente sono state introdotte dal novellato art. 18 D.lgs. n. 81/2008 che, al comma 3-bis ha imposto loro di vigilare sull'adempimento degli obblighi propri dei preposti, dei lavoratori, dei progettisti, dei fabbricanti e dei fornitori, degli installatori e del medico competente, *“ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati (...) qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di*

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2009 n. 4123. *“Nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire tout court all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare l'apparato organizzativo che si è costituito, sì da poter risalire, all'interno di questo, al responsabile di settore. Diversamente opinando, del resto, si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non confutabili, perchè devolute alla cura e alla conseguente responsabilità di altri”*.

*vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti”.*

La novella legislativa stigmatizza il principio dell'obbligo di garanzia che incombe principalmente sul datore di lavoro e - in alcuni casi - sul dirigente, entrambi tenuti al dovere di vigilanza e controllo sul rispetto della normativa prevenzionale in ottemperanza alla disposizione cautelare dell'art. 2089 del codice civile.

L'inosservanza di tale precetto è fonte di responsabilità penale di natura omissiva a carico del soggetto obbligato stante la previsione generale dell'art. 40, comma 2, c.p. secondo il quale *“non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”.*

Del resto pur prevedendo il testo unico sulla sicurezza obblighi cautelari anche a carico di altri soggetti<sup>3</sup> in tema di infortuni sul lavoro l'eventuale colpa concorrente del lavoratore non può spiegare alcuna efficacia esimente per il soggetto che abbia l'obbligo della sicurezza se si sia reso comunque responsabile della violazione di prescrizioni in materia antinfortunistica in quanto la relativa normativa è diretta a prevenire pure la condotta colposa dei lavoratori per la cui tutela è adottata<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Art. 20 D.lgs. n. 81/2008: *“Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”.*

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. IV, 15 maggio 2008 n. 19523: *“Per mitigare l'ambito di operatività della posizione di garanzia vale esclusivamente il principio dell'interruzione del nesso causale, esplicitato normativamente dall'art. 41, comma 2, c.p. in forza del quale, facendosi eccezione proprio al concorrente principio dell'equivalenza delle cause di cui al precedente comma 1, quella sopravvenuta, del tutto eccezionale ed imprevedibile, in alcun modo legata a quella che l'hanno preceduta, finisce con l'assurgere a causa esclusiva di verifica dell'evento”.*

Non è altrimenti esente da responsabilità il datore di lavoro che, facendo affidamento sulla mera osservanza da parte del costruttore delle regole della migliore tecnica, introduca nell'azienda e metta a disposizione dei lavoratori macchinari che, per vizi di costruzione, causino danno alle persone, se non abbia previamente accertato che lo stesso costruttore o il venditore abbia sottoposto i predetti macchinari a tutti i controlli rilevanti per accertarne la resistenza e l'idoneità all'uso<sup>5</sup>.

Persiste inoltre la responsabilità in capo al datore di lavoro - quale obbligato a garantire la sicurezza nell'ambiente di lavoro - il mancato allestimento da parte dello stesso delle misure idonee a prevenire gli infortuni sul lavoro anche nel caso in cui abbia garantito nel cantiere la presenza di un preposto a carico del quale è posto solo il dovere di vigilare a che i lavoratori osservino le misure di sicurezza in modo da non creare pericolo per sé e per gli altri<sup>6</sup>.

Tra gli altri obblighi a carico del datore di lavoro introdotti dal correttivo all'art. 18 del D.lgs. n. 81/2008 va segnalato anche quello di *“inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste...”* la cui inottemperanza è sanzionata con la pena dell'ammenda da 2.000 a 4.000 euro, per la quale è peraltro applicabile la procedura oblativa di cui al D.lgs. n. 758/1994<sup>7</sup>.

La pena dell'arresto da due a quattro mesi alternativa all'ammenda da 1.500 a 6.000 euro, prevista

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. feriale, 5 dicembre 2008 n. 45335.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. IV, 14 maggio 2009 n. 28395.

<sup>7</sup> D. Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 - Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro. Pubbl. nel in suppl. ordinario alla G.U., 26 gennaio, n. 21.

dall'art. 55, comma 5, del D.lgs. n. 81/2009 è stata posta a carico anche del dirigente in ragione della circostanza che la mancata nomina del medico competente è obbligo delegabile da parte del datore di lavoro.

### 3. Appalto e lavoro autonomo

Ulteriori obblighi a carico del datore di lavoro/committente sono stati introdotti, ad opera del D.lgs. n. 106/2009, all'art. 26 del D.lgs. n. 81/2008 tra i quali quello di accertare l'*idoneità tecnico professionale* dell'impresa appaltatrice e/o lavoratore autonomo; di fornire agli stessi dettagliate informazioni sui rischi specifici in cui questi sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione ed emergenza adottate in relazione all'attività, nonché di promuovere la *cooperazione* ed il *coordinamento* ai fini dell'attuazione delle misure precauzionali, attraverso l'elaborazione di un unico documento di valutazione dei rischi da allegare al contratto di appalto od opera, contenente le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, per ridurre al minimo i rischi da interferenze. Tale documento, secondo la previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 26 deve essere adeguato "*in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture*".

L'inottemperanza a tali obblighi è fonte di responsabilità concorrente del datore di lavoro/committente in caso di infortuni occorsi ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore o autonomi esclusa soltanto nel caso in cui l'infortunio abbia riguardato un *rischio specifico* dell'attività dell'appaltatore o dei singoli lavoratori autonomi e ferma restando per il datore di lavoro/committente la "*disponibilità*

*giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonoma*".

La novella legislativa ha così imposto la cooperazione tra i vari soggetti coinvolti al fine di eliminare o, quantomeno, ridurre i *rischi comuni* circoscrivendo le responsabilità di ciascun datore di lavoro che deve provvedere autonomamente alla tutela dei propri dipendenti e dei lavoratori autonomi, tenuti a munirsi di presidi antinfortunistici connessi all'attività prestata<sup>8</sup>.

Pertanto dovranno escludersi profili di responsabilità del committente nel contratto di appalto per inosservanza delle misure di prevenzione che non attengono ai rischi comuni dei lavoratori dipendenti del committente stesso e dell'appaltatore ma riguardino i soli dipendenti dell'appaltatore, giacché l'obbligo di cooperazione posto a carico dei datori di lavoro al fine di predisporre e applicare le misure di prevenzione e protezione necessarie non può intendersi come obbligo del committente di intervenire in supponenza dell'appaltatore tutte le volte in cui costui ometta, per qualsiasi ragione di adottare le misure di prevenzione prescritte a tutela soltanto dei suoi lavoratori, poiché la cooperazione, se così la si intendesse, si risolverebbe in un'inammissibile ingerenza del committente nell'attività propria dell'appaltatore al punto di stravolgere completamente la figura dell'appalto<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Resta a carico del datore di lavoro l'obbligo garantire al lavoratore autonomo le condizioni di sicurezza dell'ambiente di lavoro in cui questi presta la propria opera e di informarlo dei rischi specifici esistenti sul luogo di lavoro.

<sup>9</sup> Cass. pen. Sez. IV, 9 luglio 2009 n. 28197. Nella specie la Corte rigettando il ricorso della parte civile ha ritenuto corretta la decisione di merito che, in relazione ad un infortunio sul lavoro con esito

---

mortale, aveva mandato assolto il committente evidenziando come l'infortunio avesse riguardato un dipendente dell'appaltatore e si fosse verificato in un settore di attività rispetto alla quale non poteva fondarsi l'obbligo di cooperazione tra committente e appaltatore, venendo in evidenza rischi specifici dei soli lavoratori dipendenti dell'appaltatore.



## TEORIA DELLA SICUREZZA NEGLI AMBIENTI DI LAVORO

di Arturo Carone

Ogni giorno, spesso con toni di ingiustificata rassegnazione, si parla di morti bianche e inadeguatezza della sicurezza e salute dei lavoratori e si guarda agli strumenti giuridici come la panacea di tutti i mali insiti nei rischi degli ambienti lavorativi. Ma il diritto può davvero farcela da solo in questa sfida, avviata proprio dallo sviluppo industriale, a tutela della salute umana?

Da questa iniziale domanda, nonostante la sua alquanto scontata risposta, si potrebbe far partire l'analisi teorica della metamorfosi che il diritto sta affrontando a causa di quel fenomeno generalmente definito sotto il nome di "la globalizzazione". Pur sentendo spesso parlare a riguardo della perdita dell'assolutezza della sovranità verso la relatività di questa, connessa al processo di *deregulation* del diritto, si trascura di analizzare l'evoluzione che sta vivendo la norma, la quale costituisce la manifestazione del diritto più vicina alle persone, in grado di modificare le modalità della nostra stessa vita, nonché degli ambienti in cui ci realizziamo, tra cui, ovviamente, fondamentale importanza riveste l'ambiente di lavoro. La norma in sé, creata per regolare i rapporti tra i consociati, a causa dei molteplici fattori positivi e negativi tanto esaltati e discussi dai detrattori e dai sostenitori della "globalizzazione" si mostra in affanno nel perseguire i suoi obiettivi e così si vede costretta a cercare sostegno in altre importantissime discipline

"apparentemente" distinte e inconciliabili con lo stesso diritto. Dall'economia alla medicina, dalle scienze ambientali all'ingegneria, il diritto è chiamato a studiare, al fine di regolare i ritmi frenetici che il progresso tecnologico e, conseguentemente, il mercato impongono, ritmi che spesso immettono nel lavoro persone senza un'accurata formazione o ancora senza una valutazione adeguata dei rischi negli ambienti lavorativi, causando infortuni e a volte, purtroppo, anche morte<sup>1</sup>. La documentazione pur rappresentando uno strumento organizzativo importante, che contribuisce all'implementazione e al monitoraggio della sicurezza, non è sufficiente a garantire il rispetto delle normative a tutela della sicurezza e salute dei lavoratori<sup>2</sup>. Le aziende, pubbliche o

<sup>1</sup> "La sicurezza e la salute negli ambienti di lavoro costituisce uno dei grandi temi con i quali deve misurarsi la nuova razionalità richiesta dall'avvento della moderna società del rischio. L'impetuoso sviluppo della tecnologia degli ultimi decenni ha infatti determinato dei cambiamenti nel sistema produttivo che hanno subito accelerazioni esponenziali, improvvise, ampie e sempre più numerose che hanno costituito la sorgente di nuovi pericoli legati all'attività lavorativa, che impongono un ripensamento degli schemi tradizionali di sicurezza del lavoro, nell'ambito di una nuova visione dell'economia di mercato, maggiormente attenta alle esigenze di protezione dei lavoratori."

Così F. SELLA, *La Costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, AA.VV. Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>2</sup> "...Il contesto legislativo sembra voler perseguire un sistema fortemente burocratico e burocratizzato

private che siano, oggigiorno si sono notevolmente evolute al punto che la sempre più pressante “informatizzazione delle operazioni” all’interno di queste ha spinto una delle più trasversali discipline giuridiche, quale è il diritto del lavoro, a sconfinare soprattutto in uno dei suoi più importanti ambiti, quale è la legislazione sulla sicurezza. Manifestazione esplicita della volontà del diritto di approdare verso nuove discipline è l’art. 6 comma 2 del D.lgs. 231/2001 che detta: “*il dirigente adotta modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i rischi*” ma anche il D.lgs. 81/08 che rimanda attraverso diverse normative in bianco ai sistemi di gestione appartenenti a quella cultura organizzativa che solo apparentemente ha poco a che fare col diritto<sup>3</sup>. Nel corso degli ultimi anni sono state elaborate delle linee guida per l’azienda finalizzate alla creazione di un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro<sup>4</sup>: tale sistema rappresenta una parte integrante della gestione generale dell’azienda e la sua elaborazione comporta di definire le modalità per individuare all’interno dell’azienda sia le responsabilità che le procedure, i processi e le risorse per la realizzazione della politica aziendale di

*da interpretare attraverso un'abnorme produzione di carte scritte...destinate il più delle volte ad involvere su se stesse perché avulse da ogni visione pratica...*” intervento del Prof. G. Dioguardi nel convegno organizzato da “RINA” dal titolo “Ripensando al D. Lgs. 231/01: strategie per una organizzazione” del 15/05/09.

<sup>3</sup> Con il concetto di “modello organizzativo” s’intende un sistema operativo che consente alla struttura dell’azienda di sviluppare nel migliore dei modi il funzionamento fisiologico dei suoi processi produttivi. Esso comprende un insieme di fasi e strumenti volti a far rispettare le normative vigenti e le più adeguate prassi operative soggette a rischi.

<sup>4</sup> Le linee guida elaborate da UNI INAIL non rappresentano infatti un obbligo di legge ma una decisione volontaria liberamente assunta.

prevenzione, nel rispetto delle norme di salute e sicurezza vigenti producendo contestualmente una migliore economia di gestione coinvolgendo sia i lavoratori che i rappresentanti del sistema di gestione.

Le aziende, infatti, al fine di rispettare le normative che il Legislatore impone, dovrebbero necessariamente stabilire e coordinare più programmi gestionali a partire da un’analisi “a monte” non soltanto dei rischi ma anche dei target da perseguire per poi proseguire nella valutazione periodica volta promuovere i miglioramenti, tenendo in considerazione la natura, la dimensione e la complessità dell’organizzazione, nonché, mediante un audit interno, l’identificazione dei pericoli e la valutazione dei rischi per i lavoratori.

La finalità del sistema di gestione è quella di garantire il raggiungimento degli obiettivi di salute e sicurezza in una efficace prospettiva di calcolo dei costi e dei benefici, riducendo progressivamente i costi per la sicurezza attraverso la minimizzazione dei rischi nonché migliorando i livelli di sicurezza<sup>5</sup>. Dalla lettura combinata del

<sup>5</sup> Con il termine sistema di gestione si intende un insieme di procedure, di sistemi informativi e di sistemi informatici dedicati al governo di un processo tipicamente operativo, produttivo o amministrativo. I sistemi di gestione sono inseriti nel contesto del controllo di gestione, e - più in generale - nella teoria dei sistemi di controllo. L’obiettivo del controllo può essere: l’azione diretta sul processo, al fine di raggiungere una prestazione prefissata (controllo diretto); l’azione sugli input del processo, con un meccanismo di retroazione dall’uscita, al fine di raggiungere la prestazione prefissata (retroazione). Ulteriori sistemi di gestione organizzativi che possono essere implementati nelle organizzazioni nei diversi settori in cui operano (es. manifatturiero, alimentare, servizi, costruzioni, ecc.) in riferimento ai requisiti espressi da una serie di norme internazionali, come le ISO 9001 per i Sistemi di Gestione della Qualità e le ISO 14001 o EMAS per i sistemi di gestione ambientali. L’adesione a queste norme è

D.lgs. 231/01 nonché dell'art 30 del D.lgs. 81/08, quindi, si comprende la volontà del Legislatore di imporre al datore di lavoro la creazione di un idoneo modello di organizzazione che dev'essere adottato ed efficacemente attuato al fine di assicurare un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi garantendo il rispetto degli standard tecnici, delle attività di valutazione dei rischi, delle attività di sorveglianza sanitaria, di informazione e formazione dei lavoratori. Il sistema di gestione per essere conformemente attuato deve scandirsi in un processo dinamico la cui prima fase è lo studio iniziale dell'azienda evidenziando tutte le criticità, la seconda fase è quella della pianificazione nella quale, in base alle caratteristiche aziendali, si stabilisce una politica della salute e della sicurezza sul lavoro che: definisca gli impegni di cui si fa carico l'azienda e predisponga un piano per il raggiungimento di ciascun obiettivo individuando anche i momenti di verifica intermedi ed il personale coinvolto<sup>6</sup>. Il sistema di gestione deve necessariamente completarsi con un processo di controllo sull'attuazione del medesimo modello, per consentire il mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate attraverso verifiche

volontaria. Esistono, quindi, gli organismi accreditati secondo norme internazionali che rilasciano appunto la certificazione dei sistemi di gestione a seguito di verifiche ispettive condotte, secondo precisi regolamenti concordati, presso l'organizzazione richiedente.

<sup>6</sup> Linee guida UNI INAIL 2000, "La politica indica la visione, i valori essenziali e le convinzioni dell'azienda sul tema della sicurezza e serve a definire la direzione, i principi d'azione e i risultati a cui tendere ed esprime l'impegno del vertice aziendale nel promuovere nel personale la conoscenza degli obiettivi, la consapevolezza dei risultati a cui tendere, l'accettazione delle responsabilità e le motivazioni".

periodiche nonché, alla luce delle non conformità rilevate, per permettere l'esecuzione delle azioni correttive e preventive e delle eventuali modifiche consentendo all'occorrenza di modificare anche le politiche prefissate. In occasione di eventuali mutamenti dell'organizzazione delle attività, o qualora siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro in caso di progresso scientifico e tecnologico (secondo il principio B.A.T. "*best available technologies*") il modello organizzativo dovrà necessariamente subire variazioni. Secondo momento di studio della metamorfosi del diritto è il graduale passaggio dall'*hard law* alla *soft law* e dei successivi passi che ne conseguono: le certificazioni infatti, sono sempre più prese in considerazione nei bandi pubblici mediante l'attribuzione, in fase di valutazione dei progetti, di punteggi aggiuntivi nonché, nel rispetto del principio di semplificazione amministrativa sancito dal D.lgs. 241/90 consentono la dilazione dell'efficacia di determinate autorizzazioni. In questo contesto sulla spinta anche della *Lex mercatoria*, trovano un ruolo di fondamentale importanza i sistemi di certificazione, i quali costituiscono forme di istituzionalizzazione della fiducia collettiva in quanto traggono la loro legittimazione non solo dagli ordinamenti nazionali o sopranazionali, ma soprattutto dalla stessa funzionalità del sistema che si struttura sui meccanismi di mercato, di credibilità e di autorevolezza, sia da parte di chi effettua concretamente la certificazione, ma anche da parte di chi è preposto al controllo dei certificatori. I consumatori del villaggio globale, ad esempio, in modo sempre

più insistente ricercano un determinato prodotto o servizio che contestualmente alla qualità riesce a trasmettere chiarezza sulle modalità con cui questo si sia realizzato, premiando non più l'azienda con la migliore strategia di marketing ma quella con maggiore responsabilità etica e che nello specifico s'impegnano per sicurezza degli ambienti sia interni che esterni. Il diritto moderno infatti pur di non perdere terreno ha rilanciato il ruolo dell'etica, incentivando l'adesione volontaria a schemi gestionali in grado di far rispettare le normative vigenti rendendo più efficiente l'azienda e di offrire anche maggiori certezze sia ai lavoratori che ai consumatori. Le certificazioni hanno come loro *ratio* sia quella di rendere pubblicamente visibili gli sforzi dell'azienda nell'applicazione di uno o più sistemi di gestione per fini di responsabilità sociale, sia quella di colmare i gap del diritto, proprio in quelle norme in cui s'impone al datore di lavoro l'utilizzo di strumenti di gestione senza specificare quali<sup>7</sup>. In tema di tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro, certificazioni come la OHSAS 8001<sup>8</sup>, ad

<sup>7</sup> Si veda *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. FRACCHIA, Egea Milano, 2006.

<sup>8</sup> La sigla OHSAS significa *Occupational Health and Safety Assessment Series* ed identifica uno standard internazionale che fissa i requisiti che deve avere un sistema di gestione a tutela della Sicurezza e della Salute dei Lavoratori. Al fine dell'attuazione puntuale del sistema di gestione è opportuno coinvolgere i dipendenti richiedendo anche il loro sostegno attraverso le loro conoscenze e la loro esperienza per raccogliere osservazioni utili, la circolazione delle informazioni all'interno dell'azienda rappresenta infatti un elemento fondamentale a garanzia di adeguati livelli di consapevolezza ed impegno riguardo alla politica adottata in tema di sicurezza sul lavoro. La verifica dello schema di certificazione OHSAS 18001 analizza l'applicazione volontaria, all'interno di un'organizzazione, di un sistema che permette di

es., contestualmente presuppongono la puntuale realizzazione della normativa sulla sicurezza e impongono l'utilizzo dei migliori sistemi di gestione. e hanno finalità premiali sia per l'impatto positivo legato al marketing sia per quello legato all'ottenimento di punteggi aggiuntivi nei bandi pubblici.

Alla luce di quanto visto si deve necessariamente prendere atto che la sicurezza negli ambienti di lavoro non si ottiene solo con le leggi più rigorose, non si produce neanche con le carte e la burocratizzazione dei processi produttivi, ma anche mediante strumenti attuativi delle leggi come i sistemi di organizzazione che devono prendere vita sia dal diritto ma soprattutto dallo studio delle attività lavorative al fine di renderle conformemente adeguate ai mutamenti degli ambienti lavorativi.

Emerge infine con chiarezza un processo di estensione delle norme verso i modelli organizzativi, delineando la presenza di due realtà opposte<sup>9</sup> come quella giuridica e quella scientifica ma mai così vicine, il diritto quindi non può considerarsi sconfitto, ma necessita sempre più di mettere in campo nuove forze, nuove discipline che trasversalmente formano un gioco di squadra al fine di tutelare salute sempre e comunque nella concreta attuazione dell'art 32 della nostra Carta costituzionale.

garantire adeguato controllo riguardo la Sicurezza e la Salute dei Lavoratori, oltre al rispetto delle norme cogenti.

<sup>9</sup> *“Il mondo delle organizzazioni e il contesto legislativo che le dovrebbe regolamentare esprimono due realtà fra loro spesso in dissonanza che interpretano due culture divise da una dicotomia che appare molto più profonda di quella messa in evidenza da Charles Snow fin dal 1959, quando discusse di cultura umanistica separandola da quella scientifica”* intervento sempre del Prof. Dioguardi, nel convegno organizzato da “RINA” di cui alla precedente nota 1.

# I LAVORI



## LAVORO IRREGOLARE

### *Emergenza del rapporto di lavoro irregolare nell'ambito domestico e nell'assistenza alla persona*

di Maria Mangiatordi

SOMMARIO: 1. La nuova disciplina sulle regolarizzazioni ai sensi della legge n. 102/2009 di conversione del decreto legge 1/07/2009 n. 78. 2. Elementi della regolarizzazione colf e badanti - 2009. 3. Osservazioni circa i punti di criticità della regolarizzazione ex legge n. 102/2009.

#### **1. La nuova disciplina sulle regolarizzazioni ai sensi della legge n. 102 di conversione del decreto legge 1/07/2009 n. 78**

E' stata inserita nel decreto anticrisi la disciplina relativa alla regolarizzazione di lavoratori italiani o cittadini di uno stato membro ovvero lavoratori extracomunitari occupati in maniera irregolare alla data del 30 giugno 2009.

Trattasi di un provvedimento che prevede la regolarizzazione di lavoratori italiani e stranieri, occupati in modo irregolare nelle attività di assistenza personale e del lavoro domestico, attraverso la presentazione di una dichiarazione di emergenza da parte del datore di lavoro e previo pagamento di un contributo forfetario di 500 euro per ciascun lavoratore.

Apparentemente siffatta normativa sembrerebbe rievocare i decreti flussi e le ben note regolarizzazioni - dette anche sanatorie - e, tuttavia, anche ad una lettura superficiale emerge come così non sia.

In primo luogo, viene in soccorso di questa interpretazione il dato letterale, giacchè la norma in esame presenta un ambito di applicazione più ampio che comprende sia i lavoratori extracomunitari sia quelli italiani sia, da ultimo, i cittadini appartenenti ad uno stato membro della U.E..

In secondo luogo, non può non tenersi conto della *ratio* della norma che è diversa soprattutto da quella che caratterizza i decreti-flussi che rispondono al principio della programmazione degli accessi in Italia e rispondono ad esigenze disciplinate non solo a livello italiano, ma anche a livello comunitario.

Infatti, in Italia l'immigrazione dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea è regolata secondo il principio della programmazione dei flussi, con i criteri e le modalità fissate nel testo unico del 1998. Ogni anno il Governo, sulla base della necessità di manodopera interna, stabilisce il

numero di stranieri che possono entrare nel nostro Paese per motivi di lavoro attraverso l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio, il cosiddetto decreto-flussi.

Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa stipulato a Roma il 29.10.2004, all'art. III-267 dispone che *“L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente negli stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione clandestina e della tratta degli esseri umani”*.

La presenza, seppure in alcuni casi temporanea, di soggetti nello spazio europeo ed italiano ha richiesto e richiede in maniera sempre più pressante la capacità degli stati di disciplinare tale fenomeno, da una parte attraverso un apparato legislativo e amministrativo adeguato, dall'altro tramite un'accoglienza dignitosa, avendo cura di mettere al primo posto il rispetto dell'uomo in quanto tale, a prescindere dalle differenze di pelle, colore, nazionalità, lingua, cultura.

A tal proposito, emerge come le politiche migratorie eccessivamente restrittive rischiano spesso di diventare esse stesse causa di flussi illegali, come dimostra la storia e le valutazioni fatte da autorevoli organismi<sup>1</sup>.

In assenza di una politica migratoria accorta e supportata da adeguati strumenti giuridici, si rischia di incorrere in situazioni poco piacevoli e difficilmente gestibili nelle quali i flussi dei lavoratori migranti, soprattutto

poco qualificati, sono organizzati e gestiti da trafficanti, giacché l'ammissione di tali lavoratori risulta molto più difficile<sup>2</sup>.

Il comma 1 dell' art. 21, T.U.<sup>3</sup> stabilisce che *“L'ingresso nel territorio dello Stato per motivi di lavoro subordinato, anche stagionale, e di lavoro autonomo avviene nell'ambito delle quote di ingresso stabilite nei decreti di cui all'art. 3, comma 4”*.

Fecendo un breve *excursus* degli ultimi anni, si ricorda che per il 2006 il Governo ha stabilito in 170.000 unità la quota di ingressi autorizzati di lavoratori extracomunitari, con un sensibile aumento rispetto agli anni precedenti quando la quota dei flussi si era stabilizzata intorno agli 80.000 permessi.

Una novità è rappresentata dalla decisione, presa successivamente, di allargare ulteriormente gli ingressi a tutti i lavoratori non stagionali che avevano fatto domanda per il decreto flussi del 2006: si tratta di 350.000 persone che avevano già presentato domanda e che erano stati esclusi perché eccedenti la quota di 170.000. L'accesso alla quota aggiuntiva non è subordinata alla presentazione di una nuova domanda, ma la concessione dei nuovi ingressi è basata sulle domande già regolarmente presentate, entro il 21 luglio 2006, ai sensi del decreto flussi di febbraio, previa verifica delle condizioni di ammissibilità. Il decreto flussi per il 2007 ha autorizzato 170.000 quote di ingresso. Al 31 maggio 2008, termine ultimo per la presentazione delle richieste, risultavano pervenute 740.399 domande di nulla osta (di cui 420.369 per lavoro domestico). Con le

<sup>1</sup> Per maggiori approfondimenti, si veda PATRICK A. TARAN, E. GERONIMI, *Globalisation et migrations de main-d'oeuvre: Importance de la protection*, Genève, 2003, Bit-Secteur de la protection Sociale/ programme des Migrations Internationales, p. 15.

<sup>2</sup> MANOLO I. ABELLA, *Mondalisation, marchés du travail et mobilité*, in *Migratine Société*, n. 79/2002, pp. 181-194.

<sup>3</sup> Trattasi della L. n. 189/2002.

quote stabilite dal decreto flussi 2008 il Governo ritiene di poter fare fronte a tutte le richieste di assunzione nel settore del lavoro domestico e di assistenza alla persona presentate fino al 31 maggio 2008, con particolare riferimento ai lavoratori appartenenti alle cosiddette altre nazionalità: *“potrebbe quindi restare scoperto solo un numero di quote relativo ai lavoratori riguardanti le cosiddette nazionalità privilegiate e comunque, a fronte del numero complessivo di richieste di assunzione di lavoratori stranieri da impiegare nel settore del lavoro domestico e di assistenza alle persone, finora sono stati già rilasciati circa 95 mila nulla osta al lavoro”*.

Il Governo ha proceduto alla definizione delle quote di ingresso dei lavoratori stranieri per il 2008 nella misura di 150.000 persone. Anche in questo caso, come avvenuto nel 2006, non si tratta di nuove quote, ma sono state utilizzate le graduatorie delle domande eccedenti presentate nel 2007 e pervenute agli Sportelli unici per l'immigrazione entro il 31 maggio 2008. Per il 2009 le quote autorizzate sono destinate esclusivamente ai lavoratori stagionali (80.000 persone). La decisione di non procedere all'autorizzazione di quote per lavoratori non stagionali era stata anticipata alla Camera dal Ministro dell'interno. Il Ministro ha ricordato che il Governo, per tutelare i lavoratori che rischiano di perdere il posto di lavoro, ha accolto l'ordine del giorno presentato durante l'esame dell'atto Senato n. 733 in materia di sicurezza (recentemente approvato in via definitiva e non ancora pubblicato), che impegna il Governo a valutare la possibilità di sospendere per due anni l'adozione di nuovi decreti flussi, con particolare riguardo ai settori produttivi interessati dalla crisi

economica in atto. E pertanto si è convenuto di emanare per il 2009 un decreto flussi esclusivamente relativo ai lavoratori stagionali nella quota di 80 mila - quota definita nella misura di quelli degli ultimi anni - che possono soggiornare per un periodo minimo di 20 giorni fino ad un massimo di nove mesi per lavori in agricoltura e nel settore del turismo

Pertanto, la determinazione delle quote dei flussi di ingresso risponde alla ratio di evitare l'ingresso di un numero di stranieri sproporzionato rispetto alle effettive richieste ed esigenze del mercato di lavoro.

Accanto ai decreti flussi vi è il fenomeno delle “regolarizzazioni”, segno tangibile di una presenza diversa ed altra rispetto a quella ipotizzata dal legislatore dei decreti flussi.

Da parte di alcuni si è messo in rilievo che *“non si può non rilevare una continuità nella politica italiana sulla gestione degli ingressi per motivi di lavoro: è sempre stato fatto ricorso, in concomitanza all'approvazione di una nuova legge, a regolarizzazioni o sanatorie - che dir si voglia. Ciò che pare emergere con chiarezza (...) è che la gestione dei flussi d'ingresso non ha corrisposto alle esigenze del nostro paese, si è sempre preferito essere assai restrittivi nel numero di lavoratori da far entrare regolarmente per poi constatare la necessità di procedere ogni 3 o 4 anni a regolarizzazioni”*<sup>4</sup>.

A partire dal 1982 sono stati approvati sei provvedimenti di regolarizzazione di lavoratori stranieri irregolari. Tali interventi sono stati adottati quasi sempre in coincidenza di modifiche alla normativa sull'immigrazione che, in quanto destinate a mutare il quadro legale di riferimento relativo alle

<sup>4</sup> CECILIA CORSI, *Le nuove disposizioni del testo unico*, in Foro amministrativo, CDS, 2002, 11, 3047.

regole e agli obblighi di soggiorno, provvedono contestualmente a sanare le eventuali irregolarità precedenti.

Ultima in ordine di tempo è la regolarizzazione del 2002 disposta dalla legge n. 189 (la cosiddetta "Bossi-Fini") e dal decreto legge n. 195 di poco successivo. La legge n. 189/2002 oltre a modificare alcuni aspetti della disciplina dell'immigrazione contenuta nel testo unico del 1998, ha disposto una regolarizzazione dei rapporti di lavoro prestato da cittadini non comunitari come badanti o come lavoratori domestici (art. 33). Successivamente la procedura di emersione è stata successivamente estesa a tutti i tipi di lavoro con il decreto legge n. 195/2002.

Nel complesso sono stati regolarizzati 641.638 stranieri, di cui 315.199 lavoratori domestici e 326.439 lavoratori appartenenti ad altre categorie.

Si può pertanto asserire che i tre istituti in esame presentano caratteristiche tali da risultare completamente differenti l'uno dall'altro. Ciò vale anche relativamente alle procedure cui danno vita, giacché mentre nel caso di flussi di regolarizzazione sono previste quote ammissibili e prestabilite oltre le quali non è possibile andare e in ragione delle quali la data di presentazione di domanda diventa fondamentale, invece nulla di tutto ciò avviene nel decreto anticrisi che prevede semplicemente un lasso temporale all'interno del quale è possibile presentare domanda, compreso fra 1° e 30 settembre 2009.

## 2. Elementi della regolarizzazione colf e badanti - 2009

Tanto premesso, entriamo nel merito del provvedimento analizzando quanto stabilito dal legislatore.

L'art. 1-ter della legge 102/2009, di conversione del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, ha previsto disposizioni finalizzate a regolarizzare i rapporti di lavoro per colf e badanti.

I soggetti interessati sono i datori di lavoro che alla data del 30 giugno 2009 occupavano irregolarmente, da almeno tre mesi, lavoratori domestici, addetti ad attività di assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia e che continuano ad occuparli alla data di presentazione della dichiarazione di emersione.

La legge prevede che essi possono denunciare, dal 1° al 30 settembre 2009, la sussistenza del rapporto di lavoro mediante presentazione di apposita dichiarazione.

**Datori di lavoro** possono essere cittadini italiani, ovvero cittadini di uno Stato membro dell'Unione Europea residenti in Italia, o ancora cittadini extracomunitari in possesso del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo che ne abbiano fatto richiesta, nonché cittadini extracomunitari titolari di carta soggiorno in quanto familiari di cittadini italiani o comunitari che ne abbiano fatto richiesta.

Quanto invece ai **lavoratori**, possono essere cittadini italiani; cittadini di uno Stato membro dell'Unione Europea; cittadini extracomunitari comunque presenti nel territorio nazionale (privi di titolo di soggiorno); cittadini extracomunitari in possesso di titolo di soggiorno in corso di validità che consente di svolgere attività lavorativa subordinata, irregolarmente impiegati in attività di assistenza e di sostegno al bisogno familiare; cittadini extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno in corso di

validità che non consente l'attività lavorativa a carattere stabile (ad esempio cure mediche); nonché cittadini extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno di cui è stato rifiutato il rinnovo o scaduto da oltre 60 giorni; cittadini extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno per attesa di riconoscimento dello status di rifugiato.

Risultano, invece, esclusi dalla procedura cittadini extracomunitari nei confronti dei quali sia stato emesso provvedimento di espulsione per reati diversi dalla mancanza di permesso di soggiorno o non rinnovo dello stesso (sicurezza, ordine pubblico, terrorismo), ovvero che risultino segnalati nel sistema informativo Shenghen ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato o, ancora, che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, per un reato per cui è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo.

Con riferimento ai **presupposti applicativi**, la procedura di emersione si applica a condizione che: i lavoratori svolgano attività di assistenza (badanti) e di sostegno alle famiglie (colf e baby-sitter); il datore di lavoro abbia effettivamente occupato irregolarmente da almeno tre mesi alla data del 30 giugno 2009 lavoratori domestici (dal 1° aprile); il datore di lavoro continui ad occupare il lavoratore alla data di presentazione della domanda di emersione; il datore di lavoro adempia agli obblighi previdenziali e assicurativi dal 1° luglio, anche se il versamento dei contributi avverrà dopo il perfezionamento della procedura; tutti i periodi di lavoro denunciati siano stati effettivamente svolti senza interruzione.

**La dichiarazione** va presentata dal 1° al 30 settembre 2009. Non sono

previste né quote massime di ammissione alla procedura di emersione né graduatorie. Ciascun datore di lavoro può regolarizzare un numero massimo di 1 colf/baby-sitter e 2 badanti extracomunitari, mentre nessuna limitazione è prevista per la regolarizzazione di lavoratori italiani o comunitari.

La domanda può essere presentata da un componente della famiglia per conto del familiare assistito, anche se non convivente e non è consentita l'assunzione cumulativa da parte di più datori. Inoltre, la regolarizzazione può riguardare anche periodi antecedenti la data del 1° aprile 2009.

Con riferimento al lavoro di sostegno al bisogno familiare (colf, baby-sitter), quanto ai lavoratori extracomunitari deve essere previsto un orario di lavoro non inferiore a 20 ore settimanali e una retribuzione non inferiore a quella prevista dal vigente contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento.

La domanda va presentata allo Sportello Unico della documentazione relativa all'attestazione del reddito.

Per sanare la colf irregolare, non c'è bisogno del requisito reddituale (20.000 euro per chi vive da solo, 25.000 euro per i nuclei familiari) se la lavoratrice è italiana, comunitaria o extracomunitaria con regolare permesso di soggiorno.

Per la lavoratrice extracomunitaria, però, occorre rispettare l'orario minimo settimanale di 20 ore richiesto per il contratto di soggiorno che dovrà comunque essere trasmesso allo Sportello Unico per l'Immigrazione.

Quanto invece all'assistenza a persone affette da patologie o handicap (badanti), se trattasi di lavoratori extracomunitari, la domanda di emersione può essere fatta anche da un familiare dell'assistito, anche non convivente e occorre produrre allo

Sportello Unico certificazione, rilasciata dalla struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato, che attesti la non autosufficienza della persona per cui si richiede l'assistenza al momento in cui è sorto il rapporto di lavoro.

Per i cittadini già riconosciuti invalidi, sarà sufficiente produrre la documentazione relativa all'accertamento dell'invalidità rilasciata dalle competenti Commissioni sanitarie nel caso di assunzione di due lavoratori per assistere la stessa persona, la certificazione medica dovrà attestare anche la necessità di avvalersi di due lavoratori mentre non è richiesta alcuna certificazione per l'assunzione di lavoratori italiani.

Ancora, il contributo forfettario pari ad euro 500 per ciascun lavoratore deve essere pagato prima della presentare la dichiarazione di emersione dei lavoratori domestici italiani, comunitari ed extracomunitari impiegati irregolarmente. Esso copre ai fini previdenziali e assistenziali il periodo: 1 aprile - 30 giugno 2009 (2° trimestre), mentre per eventuali periodi di lavoro antecedenti il 1° aprile, occorre attendere le disposizioni Ministero del Lavoro.

Gli importi versati non sono deducibili al fini delle imposte sul reddito.

Nel caso in cui la domanda venga rigettata non verranno restituite le somme versate, mentre nel caso di documentazione insufficiente verrà richiesta una integrazione.

La dichiarazione va presentata nel caso in cui riguarda lavoratori italiani, comunitari, extracomunitari con permesso di soggiorno all'INPS.

Se, invece, riguarda lavoratori extracomunitari essa va presentata allo sportello unico per l'Immigrazione competente per territorio dove si

svolge il rapporto di lavoro esclusivamente in via telematica.

La dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro, deve contenere: i dati identificativi del datore di lavoro (se datore di lavoro extracomunitari anche documento di soggiorno); le generalità e nazionalità lavoratore extracomunitario e gli estremi passaporto o altro documento valido per l'espatrio; la tipologia e modalità di impiego; l'attestazione di possesso di reddito non inferiore a 20/25mila euro annui, da esibire al momento della convocazione presso lo Sportello Unico (non sarà necessario dimostrare alcun reddito per le domande relative a lavoratori impegnati nell'assistenza) per l'assunzione di lavoratore domestico (colf-baby sitter); l'attestazione dell'occupazione del lavoratore alla data del 30 giugno 2009 e da almeno tre mesi; la dichiarazione che la retribuzione non è inferiore a quella prevista dal CCNL sul lavoro domestico e, in caso di lavoro domestico (colf-baby sitter), che l'orario di lavoro non è inferiore a 20/h settimanali; la proposta di contratto di soggiorno; gli estremi della ricevuta del pagamento del contributo forfettario di 500,00 euro.

**La dichiarazione di emersione** per i cittadini extracomunitari determina la rinuncia alla richiesta di nulla osta presentata nell'ambito del decreto flussi 2007-2008 e la perdita del posto eventualmente assegnato nelle graduatorie.

I datori di lavoro che hanno effettuato domanda di assunzione nell'ambito del decreto flussi, sono tenuti a corrispondere il contributo forfettario di 500,00 euro per i tre mesi antecedenti il 30 giugno (e i contributi relativi al periodo di lavoro precedente presumibilmente a partire dalla data di

presentazione della domanda dei flussi).

Lo Sportello Unico per l'Immigrazione, a partire dal 1° ottobre 2009, nel rispetto dell'ordine cronologico di ricezione delle domande ed effettuate le verifiche previste, convoca il datore di lavoro e il lavoratore per il perfezionamento del procedimento con la stipula del contratto di soggiorno e la richiesta del permesso di soggiorno.

Da ultimo, la presentazione della dichiarazione comporta la sospensione, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto e fino alla conclusione della procedura di emersione, di eventuali procedimenti penali ed amministrativi conseguenti alla violazione delle norme in tema di ingresso e soggiorno in Italia e delle disposizioni relative all'impiego irregolare dei lavoratori: sia nei confronti del lavoratore, per violazione delle norme relative all'ingresso e al soggiorno sia nei confronti del datore di lavoro, per violazione delle norme relative all'impiego di lavoratori.

Nel caso in cui non venga presentata la dichiarazione ovvero si proceda all'archiviazione del procedimento o ancora al rigetto della dichiarazione, la sospensione cessa, alla data di scadenza del termine per la presentazione, o alla data di archiviazione del procedimento o di rigetto della dichiarazione.

Nelle more della definizione del procedimento lo straniero non può essere espulso tranne che nei casi di non ammissione alla procedura.

La sottoscrizione del contratto di soggiorno, la dichiarazione obbligatoria di assunzione all'INPS ed il rilascio del permesso di soggiorno, comportano, rispettivamente, per il datore di lavoro e per il lavoratore extracomunitario, l'estinzione dei reati e degli illeciti

amministrativi relativi alla violazione delle norme di riferimento.

### **3. Osservazioni circa i punti di criticità della regolarizzazione ex legge n. 102/2009**

Occorre precisare che, ai sensi del comma 4 dell'art. 1-ter del decreto, si richiede nell'ipotesi di richiesta di assunzione di un lavoratore addetto al lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare, l'attestazione del possesso di un reddito imponibile, risultante dalla dichiarazione dei redditi, non inferiore a 20.000 euro annui in caso di famiglia composta da un solo soggetto percettore di reddito ovvero di un reddito complessivo non inferiore a 25.000 euro annui in caso di nucleo familiare composto da più soggetti conviventi percettori di reddito (lettera d); nonchè l'attestazione dell'occupazione del lavoratore per il periodo previsto dal comma 1, vale a dire da almeno tre mesi dalla data di presentazione della domanda (lettera e). Inoltre, bisogna presentare la dichiarazione che la retribuzione convenuta non sia inferiore a quella prevista dal vigente CCNL di riferimento e che, in caso di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare, l'orario lavorativo non è inferiore a quello stabilito dall'articolo 30-bis, comma 3, lettera c), del D.P.R. 394/1999 (lettera f).

Ciò induce a considerare che il richiamo al CCNL di settore implica che la retribuzione corrisposta al lavoratore sia comprensiva del minimo contrattuale, rivalutato annualmente, degli scatti di anzianità, del compenso sostitutivo di vitto e alloggio, nonché del superminimo.

L'applicazione del CCNL comporta, dunque, una serie di oneri a cui non

tutti saranno in grado effettivamente di assolvere e che, pertanto, potrebbero costituire un forte deterrente per essi.

A ciò si aggiunge la riflessione relativamente al reddito minimo per procedere all'assunzione pari a 20.000 euro, nel caso di famiglia monoreddito, e di 25.000 euro, nel caso di più redditi.

Sembrerebbe che questa previsione non abbia contemplato l'ipotesi - peraltro diffusa - per cui i soggetti che assumono ricevono un aiuto economico da parenti non conviventi<sup>5</sup>.

Ancora, forti perplessità sorgono con riferimento alla questione dei contributi previdenziali, giacché il contributo forfetario di 500 euro va a coprire i contributi per i periodi lavorativi a far data dal 1° aprile 2009, mentre per quelli precedenti il legislatore ha previsto il rinvio ad un decreto ministeriale non ancora emanato.

Non meno problemi nascono con riferimento alla questione alloggio.

Dal momento che la procedura di regolarizzazione non contempla l'ipotesi in cui il lavoratore sia ospitato da un soggetto terzo rispetto al datore, che ospita a qualsiasi titolo lo straniero in fase di regolarizzazione, la dichiarazione che obbligatoriamente il datore deve rendere circa l'effettivo alloggio si traduce di fatto in denuncia nei confronti del locatore che, concedendo in locazione il suo immobile ad uno straniero privo di titolo di soggiorno, commette un reato non sospeso dalla regolarizzazione.

Qualche riflessione nasce, inoltre, con riferimento al termine di tre mesi che sembra tanto rievocare l'art. 1,

<sup>5</sup> Per maggiori approfondimenti, si veda comunicato dell'Associazione Nazionale dei datori di lavoro domestico, 11 settembre 2009.

comma 1, D.L. n. 195/2002<sup>6</sup>, che a proposito di regolarizzazione individua un periodo di impiego del lavoratore non inferiore a 3 mesi dall'entrata in vigore del decreto stesso.

L'Adunanza plenaria del CdS<sup>7</sup> ha avuto modo di chiarire un dubbio interpretativo circa la decorrenza dei 3 mesi, statuendo che siffatto termine risulta idoneo ad offrire sufficiente affidamento per la esistenza di un serio impegno lavorativo e la effettiva prosecuzione e la possibile successiva stabilizzazione del rapporto, apparendo chiaramente estranea alle finalità delle norme in parola quella di assecondare iniziative concernenti situazione le quali, per la scarsa durata e per la conseguente precarietà che le caratterizza, possono rappresentare la dissimulazione di un rapporto fittizio o sorto unicamente per la sola finalità della regolarizzazione.

La preoccupazione è dunque quella di temperare, per quanto possibile, la salvaguardia di principi quali l'ordine pubblico e la sicurezza con quelli di parità di trattamento e uguaglianza, senza correre il rischio di avallare rapporti illegali e logiche criminali.

Anche nel caso del decreto anticrisi che, per alcuni versi, appare rispondere alla *ratio* delle regolarizzazioni si pone in maniera critica il problema della legalità del lavoro.

Da una parte si assiste sempre più ad un mercato del lavoro che richiede manodopera flessibile, mansueta e sfruttabile; dall'altra, si registra una

<sup>6</sup> L'art. 1, delineando l'ambito di applicazione della norma, prevede che le disposizioni si applicano ai datori di lavoro che alla data del 30 giugno 2009 abbiano occupato irregolarmente alle proprie dipendenze, da almeno tre mesi, lavoratori italiani o cittadini di uno stato membro della UE, ovvero lavoratori extracomunitari comunque presenti nel territorio nazionale.

<sup>7</sup> CdS, Ad. Pl., sent. Nn. 4 e 5 del 31.03.2006.

condizione soggettiva di debolezza del migrante, che lo colloca infondo alla scala delle garanzie e delle opportunità e lo costringe a impegnarsi unicamente in quei settori dove la domanda è alta e l'offerta è scarsa.

Anche se, tuttavia, la crisi economica in atto ha portato anche molti cittadini italiani a riversarsi in settori prima evitati, quali quelli dell'assistenza domiciliare.

Si osserva come, ancora una volta, così come avviene nel caso dei permessi di soggiorno, la sorte del lavoratore è rimessa sempre e comunque, in ultima istanza, alla disponibilità e alla decisione del datore di lavoro.

Da ultimo, appare opportuno riportare un dato economico. La relazione tecnica all'emendamento 1.201 stima le maggiori entrate contributive in 1,3 miliardi di euro nei prossimi 4 anni: 130 milioni per il 2009 e 390 milioni per ciascun anno dal 2010 al 2012. Inoltre, nell'ipotesi di 300.000 richieste, il contributo forfetario un tantum di 500 euro a persona dovrebbe generare un introito complessivo di 150 milioni nel 2009, di cui il 40% destinato a far fronte agli oneri a carico del servizio sanitario nazionale ed amministrativi. In particolare, i maggiori oneri per il SSN sono calcolati in 67 milioni per il 2009 e in 200 milioni per ciascun anno dal 2010 al 2012. Tale cifra è calcolata esclusivamente sul numero di lavoratori stranieri non comunitari (stimati in 170.000 persone) in quanto i lavoratori italiani e comunitari già usufruiscono delle prestazioni del SSN.

Il risvolto economico che l'operazione implica ci permette di vedere il provvedimento in esame da una angolatura diversa e, tuttavia, altrettanto interessante e significativa.

Da ultimo, ad una prima lettura del provvedimento che proprio in questi giorni sta avendo applicazione, non si può non esprimere dubbi sugli effetti che anche quest'ultimo provvedimento potrà avere e sulla sua effettiva ricaduta e, tuttavia, in questa sede, si sospende il giudizio sullo stesso in attesa di assistere all'impatto che avrà sulla realtà.

Ciò che sembra doveroso ricordare, in conclusione, è che il fenomeno migratori *“si sviluppa su scala internazionale e dunque deve essere affrontato con strumenti politici e giuridici di pari livello”*<sup>8</sup>.

Da questo dato non si deve mai prescindere se si vuole evitare di compiere scelte miopi e, soprattutto, incapaci di dare risposte significative, sia sul piano economico sia su quello giuridico.

<sup>8</sup> GIANFRANCO MARCELLI, *L'UE non scarichi la sfida degli immigrati*, in *Avvenire*, 27.08.2006.

Per maggiori approfondimenti sul tema trattato si veda anche ADINOLFI A., *I lavoratori extracomunitari*, Bologna; AMBROSIANI M., *Utili invasori. L'inserimento degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, Franco Angeli, Milano, 1999; AMBROSIANI M., *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2005; BOERI, *Immigrati “a tempo”*, *ilSole24Ore*, 17.04.2001; CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più Stato e meno Mercato?*, in *DML on-line*, 2000, Dossier n. 5 - dottrina; DAL LAGO A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999; ICHINO, *Voce degli esclusi*, *ilSole24Ore*, 2.02.2000; LAMBERTUCCI, *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina di lavoro e la garanzia dei diritti*, *ADL*, n. 2, pp 113 e ss.; TIRABOSCHI M., *Extracomunitari e lavoro “atipico”*, *Dir. Rel. Ind.*, 2001, n. 4, p. 503; ZANFRINI L., *Programmare per competere. I fabbisogni professionali dalle imprese italiane e la programmazione dei flussi migratori*, Unioncamere Fondazione Cariatolo, Ismu, Franco Angeli, Milano, 2001; ZANFRINI L., *Sociologia delle migrazioni*, Laterza, Roma-Bari, 2004; ZUCCHETTI E., *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri. Nuovi attori nel mercato del lavoro italiano*, Franco Angeli, Milano, 2004.

|

## LAVORO FLESSIBILE

### *Somministrazione e appalto: tra flessibilità e precarietà*

di Pierluigi De Lillo

SOMMARIO: 1. Il divieto di intermediazione e di interposizione nel rapporto di lavoro. 2. Decentramento produttivo ed esternalizzazione: l'abrogazione della L. n. 1369/1960. 3. Aspetti salienti e disciplina del contratto di somministrazione di lavoro. 4. Contratto di somministrazione e disciplina del rapporto di lavoro. 5. Appalto e somministrazione. 6. Conclusioni: flessibilità o precarietà?

#### ***1. Il divieto di intermediazione e di interposizione nel rapporto di lavoro***

Il fenomeno della intermediazione e della interposizione nel rapporto di lavoro, come noto, è stato a lungo disciplinato dall'art. 2127 c.c. nonché dalla L. n. 1369/1960. Nello specifico, con la disciplina codicistica, il legislatore intese intervenire al fine di imporre un divieto "interpositorio" assoluto nelle prestazioni di lavoro, limitatamente all'ambito del lavoro a cottimo, impedendo all'imprenditore di "affidare a propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi" sancendo, peraltro, che "l'imprenditore risponde direttamente, nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti

*dai contratti di lavoro da essi stipulati".*

Nella consapevolezza del limite insito in una disciplina riguardante esclusivamente la fattispecie dell'interposizione reale nel cottimo, il legislatore ritenne necessario un nuovo intervento finalizzato alla prevenzione e alla repressione di altre forme "subdole" di interposizione, intervento che si concretizzò con l'entrata in vigore della nota L. 23/10/1960 n. 1369, provvedimento normativo di carattere più generale che, tra l'altro, inaspriva il regime sanzionatorio relativo al fenomeno vietato dal già citato art. 2127 c.c..

Tale legge mirava a reprimere il fenomeno dilagante dell'intermediazione e dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro disciplinando l'impiego di manodopera negli appalti di opere e di servizi così disponendo: "E' vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. E' altresì vietato all'imprenditore di affidare ad

*intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari”<sup>1</sup>.*

La ratio di tali divieti è da rinvenirsi nello scopo precipuo di identificare con assoluta chiarezza il soggetto responsabile rispetto al trattamento normativo ed economico del prestatore di lavoro e agli obblighi di natura assistenziale e previdenziale in ossequio ad un fondamentale principio accolto dal nostro ordinamento giuridico ovvero quello della identità tra datore di lavoro e utilizzatore.

E' alquanto evidente quali fossero le ragioni per cui, in un sistema economico-produttivo di tipo prevalentemente manifatturiero, il ricorso all'appalto di opere o servizi era normalmente inserito nel ciclo produttivo dell'impresa industriale; l'opportunità di impiego di lavoratori non direttamente assunti, infatti, garantiva all'imprenditore-utilizzatore un costo del lavoro notevolmente più basso oltre che la possibilità di "contenere" la dimensione aziendale e, dunque, di profittare del relativo regime normativo.

La rigida disposizione "antifraudolenta" introdotta dalla L. n. 1369/1960, dunque, poneva due distinti divieti ovvero quello di affidamento in appalto, in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita direttamente dall'appaltatore o dall'imprenditore nonché quello di affidamento a intermediari, dipendenti, terzi o società che fossero, finanche cooperative, di lavori da eseguirsi a

cottimo da prestatori assunti e retribuiti dagli stessi intermediari<sup>2</sup> ( *cd. pseudo o finti appalti* ).

La natura fittizia dell'appalto risiedeva nella mancanza dei due requisiti di "legittimità" del contratto di appalto d'opera o servizi di cui all'art. 1655 c.c. secondo cui: *"l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro."* Come è evidente, nelle due ipotesi previste non era affatto rinvenibile, in capo all'appaltatore, né una organizzazione aziendale propria né tanto meno una gestione d'impresa a proprio rischio.

Si tenga presente, infine, il regime sanzionatorio di cui alla già citata legge secondo cui: *"I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni"*<sup>3</sup> nonché *"...in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'articolo precedente è comminata all'imprenditore e all'appaltatore o altro intermediario l'ammenda di lire 10.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la violazione della legge 29 aprile 1949, n. 264 e delle altre leggi in materia"*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> In tali ipotesi *"solo apparentemente il contratto che lega i due soggetti è riconducibile allo schema dell'appalto, in quanto, in realtà, nasconde una mera somministrazione di manodopera"* (Galantino).

<sup>3</sup> L. 23/10/1960 n. 1369, art. 1, co. 5.

<sup>4</sup> Legge cit., art. 2.

<sup>1</sup> L. 23/10/1960 n. 1369, art. 1, co. 1 e 2.

## **2. Decentramento produttivo ed esternalizzazione: l'abrogazione della L. 1369/1960**

L'esigenza di interpretare e regolamentare compiutamente le recenti trasformazioni del tessuto economico-produttivo ha indotto il legislatore ad un intervento che prendesse atto dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro improntati alla destrutturazione dell'impresa e al ricorso sempre più diffuso alle esternalizzazioni.

E' subito apparso evidente che vi fosse, da parte delle imprese, una tendenza al "decentramento" di parte del processo produttivo ovvero di funzioni aziendali mediante il "meccanismo" meglio noto come "outsourcing" oltre che una propensione, da parte delle stesse, a una riduzione delle risorse umane e materiali<sup>5</sup> compensata con la stipula di una molteplicità di accordi contrattuali tra i quali spiccano senz'altro quelli di appalto, subfornitura, franchising, rapporti di collaborazione, telelavoro, ecc...

In un tale contesto il legislatore, come detto, ha ritenuto maturi i tempi per un intervento profondamente innovatore che "assecondasse" la scelta dell'impresa di adottare un modello di produzione più snello ed efficiente che garantisse una maggiore elasticità e reattività rispetto alla variabilità, spesso nevrotica, di un mercato sempre più competitivo e globalizzato e che, dunque, favorisse l'inevitabile processo di riduzione dei costi fissi, in primis di quelli salariali.

Sulla base di tali premesse si è intervenuti dapprima con l'introduzione del lavoro temporaneo ex L. 24/06/1997 n. 196 (cd. legge Treu), in

seconda battuta, e con maggiore decisione, con il D.lgs. n. 276/2003 con cui si è provveduto ad abrogare formalmente la L. n. 264/1949<sup>6</sup> e la più volte citata L. n. 1369/1960.

Con il primo dei due interventi normativi citati, nello specifico, il legislatore introduceva un innovativo istituto, quello del lavoro interinale<sup>7</sup> o ad interim, in affitto, in leasing o temporary work, che per alcuni anni ha rappresentato la massima forma di flessibilità che il nostro mercato del lavoro riconoscesse. Esso prevedeva la possibilità che l'imprenditore che necessitasse, sebbene solo temporaneamente, di manodopera, potesse "affittarla" rivolgendosi ad una agenzia abilitata. Tuttavia il regime piuttosto restrittivo in cui tali agenzie si trovarono ad operare spinse nella direzione di un nuovo intervento riformatore che approdò ad una nuova disciplina meno restrittiva della fornitura di lavoro basata su due principi cardine ovvero quello della legittimità generale della somministrazione di manodopera, purchè svolta da soggetti autorizzati, e quello della ammissibilità della somministrazione di manodopera anche a tempo indeterminato (cd. Staff leasing) oltre che a termine. Il riferimento, come evidente, è al secondo provvedimento legislativo a cui si è poc'anzi fatto cenno ossia a quel D.lgs. n. 276/2003 per il quale risulta "ribaltato" del tutto l'approccio alla

<sup>6</sup> Si ricordi che la legge in questione vietava il ricorso alla mediazione privata nel collocamento della manodopera affiancandosi alla "più nota" L. n. 1369/1960.

<sup>7</sup> G. VENETO, *Manuale del nuovo diritto del lavoro*, a cura di Antonio Belsito, Cacucci editore, Bari, 2009: "...un contratto di modello trilaterale mediante il quale una società o una cooperativa fornitrice pone a disposizione di un soggetto utilizzatore uno o più prestatori d'opera per il soddisfacimento di esigenze lavorative di carattere temporaneo".

<sup>5</sup> Detto fenomeno prende il nome di "downsizing".

fornitura di manodopera in quanto non più mera eccezione al principio del rapporto esclusivo lavoratore-datore di lavoro su cui il nostro sistema normativo è sempre stato imperniato, ma quale colonna portante di un mutato contesto economico-industriale bisognoso di più ampi margini operativi e, dunque, di maggiore competitività.

Un breve cenno, infine, merita il recente intervento di modifica - attuato con L. n. 247/2007 - con cui si è provveduto ad abrogare l'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato<sup>8</sup> al fine di scongiurare il rischio che il ricorso indiscriminato a tale forma di accordo contrattuale generasse precarietà strutturali. Da ciò deriva che, analogamente a quanto previsto nella vigenza della già citata L. n. 196/1997, l'unica forma di somministrazione di lavoro legittima risulta essere quella a tempo determinato, fermo restando comunque che è pur sempre riconosciuta, in capo all'agenzia di somministrazione, la facoltà di assumere il lavoratore a tempo indeterminato.

### **3. Aspetti salienti e disciplina del contratto di somministrazione di lavoro**

Una definizione di somministrazione di lavoro si ricava dal D.lgs. n. 276/2003 per il quale tale si definisce

<sup>8</sup> In assenza di una esplicita previsione rispetto alla sorte dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato stipulati anteriormente all'entrata in vigore della L. 247/2007, la circolare 7/2008 del Ministero del Lavoro ha precisato che la soppressione di cui alla già citata legge comporta "un effetto di annullamento dei contratti di lavoro già in essere" in chiara violazione del principio generale di conservazione del contratto a tutela del contraente debole.

*"la fornitura professionale di manodopera" e ai sensi del quale "il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato"*<sup>9</sup>.

Da un'attenta lettura del combinato disposto di cui sopra discendono i caratteri distintivi della somministrazione ovvero, innanzitutto, quello per cui essa realizza un rapporto di tipo trilatero tra tre distinti soggetti: l'agenzia di somministrazione, il prestatore nonché l'utilizzatore. Ancora, perché l'agenzia possa operare nel mercato del lavoro in veste di intermediario, ossia interponendosi tra il lavoratore e l'utilizzatore, è indispensabile che soddisfi i requisiti di legge e che risulti iscritta ad un apposito *cd. Albo delle agenzie per il lavoro*<sup>10</sup>.

Come risulta chiaro, dunque, all'agenzia spetta fornire uno o più lavoratori alle imprese che ne facciano richiesta laddove tra i due si instaura un rapporto disciplinato da un apposito contratto di somministrazione di lavoro. D'altro canto, i lavoratori sono assunti direttamente dall'agenzia di somministrazione mediante la stipula di un "secondo" accordo contrattuale ossia di un contratto di lavoro subordinato<sup>11</sup>.

Passando all'analisi delle cause giustificatrici della somministrazione occorre porre in rilievo che la stessa è ammissibile solo a fronte di ragioni di

<sup>9</sup> Art. 20, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

<sup>10</sup> D. Lgs. cit. art. 4.

<sup>11</sup> La somministrazione di lavoratori alle imprese richiedenti può essere attuata senza limitazioni di sorta rispetto alla natura dell'attività svolta dall'utilizzatore: risultano pertanto "superati" i limiti, per il settore dell'edilizia e dell'agricoltura, imposti dalla abrogata L. n. 196/1997.

carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo rispetto all'*ordinaria attività dell'utilizzatore*, così come sancito dall'art. 20, co. 4, e implica la fornitura all'impresa utilizzatrice, per un determinato periodo temporale, di lavoratori assunti dall'agenzia di somministrazione. Peraltro, il fatto che sia ammissibile il ricorso alla somministrazione a tempo determinato solo in rapporto al sorgere di una ragione obiettiva concernente le *normali esigenze tecnico-organizzative* dell'utilizzatore di sostituzione dei lavoratori comporta, evidentemente, che la ragione giustificatrice non debba essere motivata mediante il riferimento ad una situazione occasionale o eccezionale o straordinaria riferibile all'impresa utilizzatrice<sup>12</sup>.

Perché un contratto di somministrazione risulti valido è altresì indispensabile che sia stipulato in forma scritta (*forma scritta ad substantiam*) e che presenti una numerosa serie di elementi<sup>13</sup> di seguito elencati:

- a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare;
- c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20;
- d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
- e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione;
- f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;

<sup>12</sup> Circ. Min. Lav. n. 7/2005.

<sup>13</sup> In ossequio al disposto di cui all'art. 21, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;

h) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;

i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;

j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;

k) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Giova richiamare la disciplina sanzionatoria prevista in caso di mancanza dell'indispensabile requisito della stipula del contratto in forma scritta ovvero la previsione della nullità del contratto di somministrazione con la conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore<sup>14</sup>, il quale peraltro,

<sup>14</sup> Art. 21, co. 4 come modificato dal D.lgs. n. 251/2004. Si noti, inoltre, che la L. n. 196/1997 prevedeva originariamente che, in mancanza di forma scritta piuttosto che di uno o più degli elementi essenziali di cui al già citato art. 21, co. 1, D.lgs. n. 276/2003, il lavoratore si dovesse considerare assunto a tempo indeterminato dall'impresa fornitrice laddove con la successiva entrata in vigore della L. n. 388/2000 si apportò una sostanziale modifica alla norma nella misura in cui la stessa legge stabilì che la trasformazione del rapporto di lavoro con l'impresa fornitrice dovesse essere a tempo determinato. Tale

analogamente al somministratore, viene punito con una sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 18, co. 3.

Nulla, per giunta, sarebbe qualsiasi clausola, apposta nel contratto di somministrazione, che comporti una limitazione della facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della fornitura e ciò, come è evidente, rappresenta un importante incentivo alla stabilizzazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, facoltà questa, che, secondo la previsione di cui al contratto collettivo di riferimento, può essere "compresa" solo nell'eventualità in cui sia prevista una adeguata indennità "sostitutiva" per il lavoratore.

Lo stesso D.lgs. n. 276/2003 prevede a sancire un generale divieto di somministrazione nelle ipotesi previste all'art. 20, co. 5, ovvero:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero<sup>15</sup>;
- b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni

---

statuizione, avendo determinato un notevole abbassamento della soglia di tutela del lavoratore interinale, fu oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale per la quale la applicazione di tale sanzione "comporta, per il lavoratore, parte debole del rapporto, una tutela inferiore rispetto al tipo contrattuale voluto dalle parti (a tempo indeterminato)" e, dunque, un ingiusto beneficio per il datore di lavoro.

<sup>15</sup> G. NICOLINI, *Lavoro temporaneo*, Ed. Cedam, 1998: "...il divieto di fornitura di lavoro temporaneo per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero è stato posto per evitare che lo stesso lavoro temporaneo sia utilizzato in funzione antisindacale".

cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;

c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modifiche.

Un cenno, infine, merita la disciplina degli adempimenti informativi obbligatori facenti capo sia al somministratore sia all'utilizzatore oltre che quella relativa ai criteri di computo dei lavoratori oggetto di somministrazione; al somministratore, *in primis*, spetta comunicare per iscritto al lavoratore, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore, ogni informazione contenuta nel contratto di somministrazione oltre che la data e la durata prevedibile della attività lavorativa presso l'utilizzatore secondo quanto stabilisce l'art. 21, co. 3, D.lgs. n. 276/2003, somministratore su cui, peraltro, grava sia l'obbligo di comunicare l'avvenuta assunzione al competente centro per l'impiego entro il giorno 20 del mese successivo alla data di assunzione sia quello di effettuare le comunicazioni di cessazione e di proroga dei lavoratori somministrati entro il 20 del mese successivo alla data della proroga o della cessazione.

All'utilizzatore, d'altro canto, spetta l'obbligo di comunicare alle rappresentanze sindacali aziendali: il numero ed i motivi del ricorso alla somministrazione prima della stipula del contratto di somministrazione; il

numero, i motivi e la durata dei contratti di somministrazione conclusi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati, ogni 12 mesi.

Si badi: i lavoratori forniti all'utilizzatore non sono computabili quali dipendenti ai fini dell'applicazione di leggi ed istituti che presuppongono una determinata soglia dimensionale né ai fini delle assunzioni obbligatorie ex L. n. 68/1999 ad eccezione della norma sull'igiene e sicurezza del lavoro.

#### **4. Contratto di somministrazione e disciplina del rapporto di lavoro**

Procedendo con l'analisi dell'istituto della somministrazione di lavoro risulta imprescindibile soffermarsi sui tratti caratterizzanti il rapporto di lavoro ad esso "sottostante" ovvero quello dell'assunzione del lavoratore da parte dell'impresa di somministrazione, che dunque agisce in veste di datore di lavoro, e quello dell'esercizio dei poteri di direzione e controllo della "manodopera" riconosciuto in capo al "terzo" soggetto giuridico: l'impresa utilizzatrice.

Il rapporto di lavoro che lega il prestatore all'agenzia di somministrazione, occorre ribadirlo, può configurarsi sia come rapporto di lavoro a tempo determinato sia, e in ciò risiede la differenza rispetto al rapporto che lega il prestatore all'utilizzatore, rapporto che per effetto della L. n. 247/2007 può essere esclusivamente a tempo determinato, come rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Da quest'ultima possibilità scaturisce l'ovvia conseguenza della necessaria applicazione della *disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice*

*civile e alle leggi speciali*<sup>16</sup>; per cui ove il prestatore resti "inattivo", in mancanza di un'assegnazione presso un determinato utilizzatore, allo stesso spetta la percezione di una indennità di disponibilità la cui misura deve essere determinata nel contratto di lavoro.

Nell'eventualità in cui, d'altro canto, il lavoratore sia stato assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, il rapporto risulta disciplinato dal D.lgs. n. 368/2001 sul lavoro a termine sebbene solo in quanto compatibile con la specialità del rapporto di lavoro sorto in seguito alla stipula di un contratto di somministrazione.

In merito al trattamento economico e normativo spettante al prestatore assunto dall'impresa di somministrazione rileva il principio di parità di trattamento dei lavoratori assunti dall'impresa stessa in forza di quanto sancito dall'art. 23 del D.lgs. n. 276 per il quale "*i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte*" a patto che non si tratti di lavoratori "svantaggiati", nel qual caso è ammissibile una deroga "speciale".

Ancora, a seguito di assegnazione del lavoratore ad una impresa utilizzatrice, allo stesso spetta il diritto di usufruire di tutti i servizi socio-assistenziali garantiti ai dipendenti della medesima impiegati nella stessa unità produttiva così come grava sull'utilizzatore il dovere di osservare, anche nei confronti della manodopera "assegnata", tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti, disposizione,

<sup>16</sup> Art. 22, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

quest'ultima, da cui deriva il riconoscimento in capo all'utilizzatore stesso della responsabilità per la violazione degli obblighi di sicurezza prescritti dalle disposizioni vigenti in materia<sup>17</sup>. Gli oneri informativi e formativi circa i rischi generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni specifiche a cui il prestatore sarà adibito gravano, al contrario, sul somministratore.

Quanto all'esercizio dei diritti sindacali giova in questa sede rilevare brevemente che il prestatore ha diritto di:

a) esercitare, presso l'impresa utilizzatrice, tutti i diritti di libertà e di attività sindacale di cui alla L. n. 300/1970;

b) partecipare alle assemblee promosse dai lavoratori in forza presso l'impresa utilizzatrice.

Come risulta chiaro da quanto sin qui esposto la peculiarità del rapporto di lavoro derivante dalla somministrazione comporta una ripartizione dei poteri datoriali in capo a due distinti soggetti cui spetta rispettivamente il potere di gestione di tutti gli aspetti inerenti il rapporto di lavoro (agenzia di somministrazione) da un lato, quello di usufruire materialmente dell'opera del prestatore (utilizzatore) dall'altro.

Nello specifico il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori è riconosciuto in capo all'utilizzatore mentre quello disciplinare è riservato al somministratore; la retribuzione, e qualsivoglia indennità, deve essere materialmente pagata dal somministratore con diritto al rimborso a cura dell'utilizzatore il quale, tuttavia, resta obbligato in solido per l'effettiva corresponsione del *quantum* dovuto rispetto sia ai trattamenti retributivi ad essi spettanti sia al

versamento dei dovuti contributi previdenziali. Ovviamente la responsabilità per danni arrecati a terzi nell'espletamento delle mansioni a cui si è stati adibiti incombe sull'utilizzatore.

### 5. Appalto e somministrazione

Come già esposto, con il D.lgs. n. 276/2003 il legislatore ha provveduto, abrogando la L. n. 1369/1960, in vigore per ben 40 anni, ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico il divieto generale delle forme di somministrazione fraudolenta e irregolare. Da ciò deriva il superamento della distinzione tra appalti leciti ed illeciti<sup>18</sup> da cui discendeva che solo in presenza di una reale organizzazione di mezzi riconducibile all'appaltatore fosse "ravvisabile" la liceità dell'appalto laddove, al contrario, la mancanza di detto requisito "produceva" un appalto di mere prestazioni di lavoro che, in quanto tale, finiva con l'essere destinatario della censura di cui alla L. n. 1369/1960.

Ebbene, il fatto che la vigente normativa preveda anche ipotesi "interpositorie pure" non comporta di per sé la legittimità *tout court* di qualsivoglia appalto; per cui si è inteso distinguere i fenomeni di mera fornitura di lavoro da quello che si definisce appalto genuino. Infatti si osservi che se da un lato l'appaltatore, dotato di una propria organizzazione di mezzi e/o di risorse umane, offre all'impresa committente un'opera o un servizio, l'agenzia di somministrazione si "limita" a fornire ad altra impresa mere prestazioni di lavoro ovvero

<sup>17</sup> Cfr. art. 3, co. 5, D.lgs. n. 81/2008.

<sup>18</sup> Introdotta dalla L. n. 196/1997.

lavoratori da essa stessa assunti e retribuiti<sup>19</sup>.

E' evidente, dunque, che l'agenzia di somministrazione, differentemente dall'appaltatore, in quanto non svolgente alcuna attività produttiva, si limita a svolgere un ruolo di intermediazione nel mercato del lavoro.

L'importanza di detta distinzione si rinviene, peraltro, nel disposto di cui all'art. 84 del D.lgs. n. 276/2003 secondo cui la formalizzazione dell'una piuttosto che dell'altra fattispecie può passare attraverso il meccanismo della certificazione per cui *“attualmente la certificazione del contratto di appalto è quella tra le più richieste perché essa serve ad evidenziare la genuinità del contratto stesso e la serietà dell'appaltatore in grado di possedere gli strumenti necessari per realizzare il contratto stesso, così asseverando la trasparenza di mercato, garantendo appaltante ed appaltatore”*<sup>20</sup>.

Passando ora in rassegna i requisiti dell'appalto genuino risulta indispensabile il richiamo dell'art. 1655 c.c. ai sensi del quale l'appalto altro non è che il *“contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*. Pertanto solo nella misura in cui sussistano le condizioni di cui al citato articolo il contratto d'appalto è da considerarsi lecito ossia quella dell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore e quella dell'assunzione del rischio da parte dello stesso.

Si configura, dunque, una illecita fornitura di prestazioni di lavoro sia nel caso in cui la stessa sia offerta da un soggetto privo della prescritta autorizzazione sia laddove risultino mancanti i presupposti di cui all'articolo poc'anzi citato comportando, detto illecito, la comminazione delle sanzioni previste dagli artt. 27 e 28 del D.lgs. n. 276/2003 nonché la possibilità riconosciuta in capo al prestatore di adire l'autorità giudiziaria in ordine all'ottenimento del riconoscimento della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltante.

Per scongiurare il rischio di insolvenza in pregiudizio del lavoratore, peraltro, l'art. 29, co. 2 del D.lgs. n. 276/2003 *“impone”* un regime di solidarietà operante tra committente, appaltatore ed altri eventuali subappaltatori i quali rispondono dell'effettiva corresponsione dei trattamenti retributivi e del versamento dei dovuti contributi previdenziali<sup>21</sup>. Detto regime opera anche rispetto a tutti gli eventuali danni per infortunio sul lavoro e malattia professionale per i quali il lavoratore, indifferentemente dal fatto che fosse alle dipendenze dell'appaltatore piuttosto che del subappaltatore, non risulti indennizzato dall'INAIL, fatta eccezione per qualsiasi danno che abbia origine nella specificità dei rischi legati alla particolare attività svolta dalle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

Un breve cenno, infine, meritano le disposizioni antielusive attualmente vigenti per le quali si distinguono le seguenti fattispecie: somministrazione irregolare, somministrazione

<sup>19</sup> Art. 29, D.lgs. n. 276/2003.

<sup>20</sup> A. BELSITO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, L'editrice, Foggia, 2006.

<sup>21</sup> Per effetto delle modifiche introdotte dal D.lgs. n. 251/2004 e dalla L. n. 296/2006 è previsto che i lavoratori interessati possano agire in giudizio entro il termine massimo di 2 anni dalla fine dell'appalto.

fraudolenta, interposizione illecita nell'appalto.

La prima delle tre fattispecie si concretizza ove la fornitura di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dal D.lgs. n. 276/2003. In tal caso il prestatore può adire l'autorità giudiziaria e con ciò ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. La seconda ipotesi si caratterizza, invece, per la specifica finalità elusiva (dolo specifico) per cui il contratto è stato stipulato: anche in questo caso, sebbene in mancanza di una esplicita previsione, si è ritenuto debba applicarsi la sanzione di cui sopra.

Del tutto analogamente alla prima ipotesi si concretizza una interposizione illecita nell'appalto nel caso in cui l'appalto stesso risulti privo dei requisiti di legge e, così come previsto nel caso della somministrazione fraudolenta, al lavoratore è riconosciuto il diritto di ottenere giudizialmente la costituzione di un regolare rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

## **6. Conclusioni: flessibilità o precarietà?**

Nel contesto "globalizzato" di un tessuto economico-produttivo sempre più improntato alla destrutturazione dell'impresa e caratterizzato dal ricorso graduale alla esternalizzazione di interi processi produttivi e di funzioni aziendali, la riforma Biagi e, nello specifico, il D.lgs. n. 276 per quanto interessa in questa sede, si è posto il precipuo obiettivo di "dotare" l'impresa di un sistema particolarmente flessibile e del tutto favorevole a riconoscere ad essa una maggiore

libertà d'azione garantendo nel contempo le legittime aspirazioni e prerogative del lavoratore.

Le pressanti richieste da parte di una classe imprenditoriale alle prese con i profondi cambiamenti di una economia globalizzata e fortemente competitiva oltre che l'urgenza di un deciso intervento atto a favorire la regolarizzazione di milioni di lavoratori in nero e di "collaboratori a progetto" hanno dunque determinato il legislatore ad intervenire al fine di trovare un punto di equilibrio tra due opposte ma ugualmente legittime istanze, quella della flessibilità e quella della tutela del lavoro.

La prima risulta ampiamente soddisfatta nella misura in cui si è provveduto a riconoscere all'impresa una opportunità che con la vigenza della nota L. n. 1369/1960 era a lungo stata negata: ad oggi l'ampio margine di libertà riconosciuto all'impresa garantisce alla stessa la possibilità di ridurre notevolmente i costi, di reperire personale qualificato in tempi brevi, di rispondere prontamente ai cambiamenti di un equilibrio, quello tra domanda e offerta, dominato sempre con maggiore evidenza dall'imperativo della variabilità di mercato.

Nella stessa misura si è inteso offrire ai lavoratori una maggiore tutela che si è concretizzata nella previsione di requisiti "legittimanti" l'attività delle agenzie di somministrazione, nella recente "messa in mora" della somministrazione a tempo indeterminato operata mediante la L. n. 247/2007, nella previsione di presupposti legittimanti il ricorso alla somministrazione, nella chiara e netta distinzione dei poteri e dei doveri datoriali riconosciuti in capo al somministratore e all'utilizzatore, nella previsione di un apparato sanzionatorio piuttosto severo che include finanche

ipotesi di responsabilità penale da riconoscersi in capo all'imprenditore nei due casi della somministrazione fraudolenta e della interposizione illecita nell'appalto.

Il persistere tuttavia, soprattutto nelle regioni del sud Italia, di sacche di disoccupazione e precariato dimostra la complessità del sistema economico italiano che vede contrapporsi due "emisferi": quello economicamente sviluppato delle regioni settentrionali e quello arido e depresso del mezzogiorno. Difatti a molti è parso che la tanto discussa riforma Biagi abbia sortito due effetti opposti laddove da un lato ha dato ossigeno alle "virtuose" imprese del nord, pronte a far tesoro dell'opportunità offerta dalla stessa riforma con effetti positivi e tangibili sia sul fronte occupazionale che, naturalmente, su quello della competitività nel contesto internazionale, dall'altro sembra aver dotato le piccole imprese del sud Italia, perlopiù a gestione familiare, di uno strumento di "precarizzazione di massa" che ha gettato nella depressione e nello sconforto un'intera generazione.

In effetti i "privilegi" riconosciuti dalla legge Biagi, sulle cui encomiabili intenzioni non credo sia ragionevole nutrire dubbi di sorta, hanno rappresentato, per le imprese meridionali, un'occasione "mancata" laddove è piuttosto evidente come le stesse abbiano preferito "avvalersene" per scopi alquanto discutibili piuttosto che per innalzare il livello della propria competitività di cui, nel contesto globale in cui loro malgrado si trovano a dover operare, presto si troveranno ad aver bisogno.

Da più parti, infatti, era stato chiesto un intervento risolutore rispetto ai problemi dilaganti del lavoro nero e della precarietà tanto che ancor prima

dello storico intervento legislativo si registravano ben 5 milioni di lavoratori in nero e 2 milioni e mezzo di co.co.co., "limiti" che hanno trovato una spiegazione largamente condivisa nella rigidità del mercato del lavoro. Ci si chiede dunque se non sia il caso di richiamare almeno una parte del mondo imprenditoriale, che tanto ha battagliato per vedersi riconosciuti margini più ampi di libertà, ai propri doveri di buona fede e correttezza nel rispetto di quel "patto sociale" sulla cui base è sorta la riforma stessa.

|

# ATTUALITA'



## *L'anzianità e le capacità direttive quali criteri per la selezione del dirigente dell'ufficio pubblico*

di Fabio Cardanobile

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. L'inquadramento sistematico del Dirigente dell'Ufficio giudiziario. 3. Il *decisum* del Giudice Amministrativo.

### **1. Il fatto**

In tempi in cui è sempre crescente il richiamo ai concetti di *efficienza* e *buon andamento* dei pubblici uffici, sorprende che possa superare il vaglio di costituzionalità una disposizione (quale quella dell'art. 15 della legge n. 374 del 21 novembre 1991, relativa al *Coordinatore dell'ufficio del giudice di pace*) che ancora l'individuazione del capo dell'Ufficio giudiziario al solo criterio dell'anzianità.

Lo spunto di riflessione è suggerito da una recente sentenza del T.A.R. Lazio, del 16 giugno 2009 n. 5686, con la quale il giudice amministrativo, chiamato incidentalmente a rimettere la questione di costituzionalità del citato art. 15, ha escluso la necessità di trasmettere gli atti alla Consulta, argomentando la piena costituzionalità della norma sulla base di affermazioni che, per vero, lasciano qualche perplessità. Sicché, la questione si è "arrestata" al vaglio, non superato, della *non manifesta infondatezza* della sollevata questione di legittimità costituzionale.

La vicenda trattata aveva ad oggetto la nomina del Coordinatore del Giudice di Pace, figura di rilievo nell'ambito della magistratura onoraria poiché il Coordinatore costituisce, a tutti gli effetti, il **Dirigente** dell'Ufficio giudiziario.

La nomina di tale figura direttiva è disciplinata dall'art. 15 della legge n. 374/199 che testualmente prevede: "*nel caso in cui all'ufficio siano assegnati più giudici, il più anziano per le funzioni giudiziarie esercitate o, in mancanza, il più anziano avuto riguardo alla data di assunzione dell'incarico o, a parità di date, il più anziano di età, svolge compiti di coordinamento*".

L'interesse che la questione suscita muove dalla particolare circostanza che la norma ricollega automaticamente la nomina del **Coordinatore** del Giudice di Pace alla *anzianità* (nel triplice significato della *anzianità*: per le funzioni giudiziarie esercitate; per data di assunzione dell'incarico; per anzianità anagrafica), senza lasciare alcun margine per una verifica sulla **effettiva idoneità** del candidato allo svolgimento di funzioni direttive dell'Ufficio giudiziario cui sarà preposto.

La circostanza è degna di nota poiché tale norma appare essere una delle poche all'interno dell'ordinamento italiano (certamente l'unica nell'ambito delle norme che

disciplinano la Dirigenza degli uffici giudiziari) a prevedere una forma di automatismo tra l'anzianità del candidato e la sua nomina a Capo dell'Ufficio, escludendo qualunque possibilità di valutare le capacità direttive del "chiamato" alla carica.

Il Giudice amministrativo laziale è stato incidentalmente investito della questione circa la compatibilità di tale norma con l'attuale assetto normativo italiano, in particolare alla luce dei fondamentali principi costituzionali del *buon andamento* e dell'*efficienza* dei pubblici uffici; in punto di fatto, si misuravano da un lato il nominato Coordinatore - individuato in virtù del criterio dell'anzianità anagrafica - dall'altro il ricorrente, che affermava di possedere una maggiore e più specifica attitudine alla dirigenza dell'Ufficio, che tuttavia sarebbe stata obliterata in sede di scelta del Coordinatore in virtù di una norma, l'art. 15 appunto, che non consentiva una "*valutazione meritocratico-attitudinale*".

## **2. L'inquadramento sistematico del Dirigente dell'Ufficio giudiziario**

Al fine di comprendere l'effettiva portata della sentenza in commento, va necessariamente premesso l'inquadramento del Coordinatore dell'Ufficio del Giudice di Pace nell'ambito della categoria dirigenziale. Il Coordinatore, infatti, oltre a svolgere l'attività giurisdizionale (così come tutti i "giudici coordinati"), è chiamato altresì ad esercitare le funzioni di **amministrazione della giurisdizione**, che vanno da quelle di carattere prevalentemente burocratico, concernenti l'impiego dei locali e del personale ausiliario, fino a quelle

capaci di ripercuotersi sull'esercizio della giurisdizione (come l'assegnazione degli affari e la fissazione del calendario delle udienze, oltre quello di segnalare e riferire al Presidente del Tribunale ogni eventuale disfunzione rilevata nell'ambito dell'ufficio, anche relativa all'attività del personale amministrativo, nonché ogni altra disfunzione riscontrata nell'esercizio dell'attività giurisdizionale).

Come si legge in numerose delibere del C.S.M., "*le funzioni del coordinatore sono identiche a quelle del presidente del tribunale*" in quanto "*le funzioni del coordinatore si esplicano nel settore dell'amministrazione della giurisdizione in modo non diverso da quanto avviene in tutti gli altri uffici giurisdizionali (ciò con riguardo ai locali, al personale ausiliario, oltre che all'individuazione dei giorni e delle ore delle udienze e all'assegnazione degli affari)*". E "*con questa impostazione non contrasta la natura <<onoraria>> del giudice di pace*" (Delib. C.S.M. del 10 aprile 1996).

Orbene, è proprio la incontestata e riconosciuta natura dirigenziale dell'incarico del Coordinatore a far sorgere le maggiori perplessità circa la compatibilità della norma di cui all'art. 15 L. n. 374/1991 con l'attuale assetto normativo italiano.

Sul punto, infatti, va considerato che, soprattutto negli ultimi anni, il principio del buon andamento dell'attività amministrativa è divenuto il motore ispiratore di profonde riforme dell'ordinamento, in particolare poiché l'esigenza di garantire il rispetto dell'art. 97 Cost. si è via via accompagnata all'idea di responsabilizzare le figure di vertice degli uffici pubblici, vincolando così tali soggetti al conseguimento di

*risultati*, al fine di garantire l'efficienza dell'azione amministrativa<sup>1</sup>.

Si è così arrivati, anche grazie alla fondamentale pronuncia del 1995 della Consulta<sup>2</sup> a “collegare il principio di buon andamento dell'azione amministrativa ai criteri manageriali di efficacia, efficienza ed economicità”, al contempo istituendo - con le più recenti riforme - un sistema che valorizzasse le capacità direttive del Dirigente dell'ufficio ed effettivamente garantisse il rispetto dei principi costituzionali ora veduti<sup>3</sup>.

In tale contesto, la disposizione contenuta nell'art. 15 L. n. 374/1991 non si sottrae a seri profili di incostituzionalità in particolare lì dove, non consentendo alcun tipo di valutazione in ordine alle attitudini ed alle capacità direttive di chi sia

<sup>1</sup> Tra i primi che hanno interpretato il principio di buon andamento in termini di *efficienza*, cfr.: GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo, L'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 28, lì dove l'A. giunge ad estendere il principio di efficienza non solo all'*attività organizzativa*, ma anche all'*attività operativa*; NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, p. 67 ss.; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991 (decima edizione a cura di MODUGNO F. BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C.), p. 617 ss..

<sup>2</sup> Sentenza della Corte Cost. n. 29 del 27 gennaio 1995 consultabile sul sito internet <http://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>3</sup> Sul punto, si pensi al processo di riorganizzazione strutturale della pubblica amministrazione avviato negli anni recenti per snellire la macchina burocratica amministrativa: tali interventi (tra i quali deve annoverarsi anche la contrattualizzazione del pubblico impiego), oltre che diretti a contenere la spesa pubblica, sono stati adottati anche al dichiarato fine di “*managerializzare*” i pubblici uffici onde assicurarne la massima efficienza; si legga, in proposito, AA.VV., *La riforma dell'amministrazione dello Stato* in CARBONE L., CARINGELLA F., ROMANO F., *Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, Napoli, 2001, p. 187 ss..

chiamato a dirigere l'Ufficio, non sembra poter adeguatamente assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'Ufficio giudiziario.

Infatti, come emerge dalla lettura della norma, essa ricollega la nomina del Coordinatore esclusivamente ad una comparazione dell'anzianità (nell'esercizio delle funzioni o anagrafica), senza che, in alcun modo, possa assumere rilievo la sussistenza (o meno) di specifiche capacità attitudinali dei candidati.

La circostanza tanto più si rivela singolare, poiché già da tempo, in tutti gli uffici giudiziari diversi da quelli del Giudice di Pace, la selezione dei dirigenti (cariche direttive e semidirettive, quali quelle del Presidente del Tribunale, del Presidente di Sezione, del Presidente della Corte d'Appello, etc.) si fonda su un sistema che valorizza, quali criteri legittimanti la nomina, le “*attitudini*”, il “*merito*” e le “*capacità*” dei candidati, al contempo mitigando la rilevanza dell'anzianità, che per lungo tempo aveva costituito il criterio pressoché esclusivo di scelta dei dirigenti<sup>4</sup>.

E' proprio in tale contesto, d'altronde, che è stata varata la riforma contenuta nella legge 111 del 2007, con la quale è stato modificato l'art. 12, co. 10, 12, 13 del decreto legislativo n. 160 del 5 aprile 2006 (“*nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati*”). Tale disposizione (art.

<sup>4</sup> Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura ha fatto propri tali rilievi, aderendo costantemente a questa impostazione “*meritocratica*” ed “*attitudinale*” e valorizzando sempre più attitudini e merito per la scelta dei dirigenti, relegando, invece, il criterio di anzianità a mero requisito residuale (cfr. Circolare C.S.M. 7 luglio 1999, poi modificata il 7 marzo 2001 e il 22 giugno 2005).

12, D.lgs. n. 160/2006), a seguito della novella del 2007, fonda l'accesso alle cariche direttive e semidirettive degli uffici giudiziari su un complesso sistema che premia i soggetti che abbiano manifestato spiccate attitudini e capacità, al contempo sostanzialmente azzerando il valore della anzianità, il cui significato viene circoscritto a elemento di validazione delle capacità attitudinali e di merito.

E' indubbio che la funzione e la *ratio* dell'intera riforma sia quella di garantire che la scelta del Dirigente avvenga sulla base di una valutazione che individui il soggetto *più idoneo* a ricoprire un ufficio direttivo, sul presupposto che l'attività giudiziaria, nel suo profilo organizzativo, per essere svolta correttamente ed efficacemente deve confrontarsi con le diverse dimensioni degli uffici, con la struttura amministrativa disponibile, con gli strumenti tecnologici esistenti<sup>5</sup>.

Orbene, in tale "cornice ordinamentale" una disposizione quale quella contenuta nell'art. 15 L. n. 374/1991 si rivela priva di qualunque giustificazione formale, sostanziale e culturale, poiché, non consentendo alcuna comparazione delle capacità direttive dei candidati viola, sotto diversi profili, non solo l'art. 97 Cost. (i cui principi evidentemente vengono elusi), bensì anche le più elementari regole di coerenza normativa.

La norma, infatti, da un lato realizza una disparità di trattamento rispetto a situazioni obiettivamente simili: se è vero che *"le funzioni del coordinatore*

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. Risoluzione C.S.M., del 9 novembre 2006: *"...addivenire a scelte organizzative razionali... risponde ai principi consacrati dall'art. 97, primo comma, della Costituzione – riferibile anche alla amministrazione della giustizia – che richiama i valori del buon andamento e della imparzialità della amministrazione con riferimento alle scelte che gli uffici adottano nel loro insieme"*.

*sono identiche a quelle del presidente del tribunale"* (cfr. Delib. C.S.M. del 10 aprile 1996), una diversità di regime, così stringente, tra la nomina del Presidente del Tribunale e quella del Coordinatore del Giudice di Pace, non trova alcuna ragionevole spiegazione; e ciò tanto più se è vero che le esigenze poste alla base della riforma introdotta con la L. n. 111/2007 - scelta del *"miglior candidato, efficienza dell'Ufficio"* - non possono negarsi con riferimento all'Ufficio del Giudice di Pace<sup>6</sup>.

Per altro verso, la disposizione sembra essere affetta da un evidente vizio di illogicità ed irragionevolezza, in quanto si pone in contrasto con i fini che essa stessa intenderebbe tutelare: posto che anche per l'incarico del Coordinatore deve applicarsi l'art. 97 Cost., la individuazione dell'anzianità quale *unico ed esclusivo* criterio per la nomina del Coordinatore contraddice *in nuce* l'esigenza di garantire la nomina di un soggetto che abbia specifiche attitudini direttive.

### 3. Il decisum del Giudice Amministrativo

Con la citata sentenza n. 5686/2009, il T.A.R. Lazio ha affrontato la questione escludendo la necessità di rimettere gli atti alla Consulta in ordine alla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 15 L. n. 374/1991, in quanto: *"appare improprio effettuare un raffronto tra magistratura onoraria e magistratura professionale, anche sul piano organizzativo, in relazione ai plurimi tratti distintivi, rappresentati*

<sup>6</sup> D'altronde, come affermato dal C.S.M. già nel 1996, *"l'applicabilità dell'art. 97 Cost. non contrasta la natura 'onoraria' del giudice di pace"*.

soprattutto, nel primo caso, dalla deroga al principio del reclutamento per pubblico concorso, dalla durata, temporalmente delimitata, dell'incarico, dal diverso sistema di valutazione della professionalità. A ciò si aggiunga che il riferimento all'anzianità anagrafica, nel contesto della L. n. 374/91, è meramente residuale, mentre, il criterio principale di attribuzione dell'incarico è rappresentato dall'anzianità maturata nell'esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie, evidentemente ritenuta, secondo l'insindacabile valutazione di merito del legislatore, sintomatica di una sufficiente esperienza, utile anche ai fini dello svolgimento di un'attività di tipo organizzativo".

Sebbene evidenti esigenze di brevità non consentano in questa sede di affrontare criticamente tutti i profili problematici che la sentenza pone, si ritiene comunque opportuno sottolineare sinteticamente due aspetti di non poco conto.

In via del tutto preliminare, la dedotta "disomogeneità del tertium comparationis", che renderebbe "improprio effettuare un raffronto tra magistratura onoraria e magistratura professionale", non spiega come aspetti differenziali (attinenti al reclutamento per pubblico concorso, alla durata temporalmente delimitata dell'incarico, al diverso sistema di valutazione della professionalità) possano giustificare una diversità di disciplina direttamente incidente sul rispetto ai principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost.. Infatti, sia il sistema di reclutamento dei magistrati onorari, sia la durata dell'incarico (di 4 anni), sia il sistema di valutazione dei giudici onorari (riconosciuto solo *ex post*, ossia in sede di eventuale riconferma del Coordinatore) non incidono affatto sull'organizzazione dell'Ufficio,

attenendo tali aspetti a profili che non impingono affatto la questione dell'organizzazione dell'ufficio.

In secondo luogo, non sembra cogliere nel segno neanche l'affermazione secondo cui "l'anzianità maturata nell'esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie, [è] evidentemente ritenuta, secondo l'insindacabile valutazione di merito del legislatore, sintomatica di una sufficiente esperienza, utile anche ai fini dello svolgimento di un'attività di tipo organizzativo". Sul punto, infatti, ferme restando le già sollevate perplessità sull'automatismo tra anzianità nello svolgimento delle funzioni e sussistenza di capacità organizzative, è in ogni caso evidente, proprio alla luce delle più recenti riforme, che il legislatore ha escluso la sussistenza di un nesso di consequenzialità tra la "anzianità" e la "idoneità a dirigere un ufficio giudiziario": con gli ultimi interventi normativi si è infatti istituito un sistema che impone la valutazione *in concreto* della capacità (*rectius*: dell'attitudine) direttiva di quanti debbano essere preposti a capo di un Ufficio pubblico, di talché è quantomeno dubbio che l'opzione normativa formulata nel 1991 possa oggi ritenersi coerente con un *corpus normativo* che si è plasmato nella direzione diametralmente opposta.

In tal senso, allora, la pronuncia in esame si rivela particolarmente degna di nota in quanto, ingiustamente ancorata a criteri formali di "omogeneità del tertium comparationis", ignora la sostanziale esigenza - comune a tutti i pubblici uffici - di garantire il fondamentale principio di efficienza e buon andamento, ed in tal senso pericolosamente legittima qualunque scelta normativa in nome della *insindacabile valutazione di merito del*

*legislatore*, probabilmente omettendo di considerare che le valutazioni di merito del legislatore non sono *ipso jure* sottratte al vaglio di costituzionalità, tanto più ove comportino la compromissione di interessi costituzionalmente tutelati.

## **BOSS-NAPPING: “Il sequestro del dirigente”**

di Valerio A. Belsito

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. La Francia e l'Italia 3. Quando non si ha nulla più da perdere 4. Il fine giustifica i mezzi ? 5. Scegliere 6. L'odio verso il padrone.

### **1. Introduzione**

“*Chi semina miseria, raccoglie la collera*”. E' uno slogan, divenuto ormai famoso in Francia, perché esposto in una manifestazione del 19 marzo, tenutasi a Clairoix.

La gente disperata protestava per la chiusura di una fabbrica di pneumatici, facente capo ad un noto marchio tedesco.

E' l'emblema di un Paese dove i lavoratori stanno vivendo un periodo terribile e se è vero che la crisi economica è assolutamente globale, è pur vero che i lavoratori francesi sembrano sentirla di più. Sicché le proteste sindacali, talvolta semplici valvole di sfogo, talvolta strumento per ottenere “un tozzo di pane” in più, assumono le forme più disparate e più strane, fino ad avvicinarsi - e forse a superare - il confine dell'accettabile.

Va subito detto che molti di questi manifestanti, sono persone che non hanno nulla da perdere nel senso che - dal punto di vista lavorativo - se perdono il posto, non sanno più dove andare.

Ed è chiaro, che la paura di qualcosa che è in una posizione più forte (il “padrone”, ma l'espressione è quanto mai impropria) spinge a coalizzarsi, perché tante voci insieme, hanno sicuramente un peso specifico maggiore.

Questa è naturalmente l'idea di base da cui nasce l'associazionismo sindacale ed è un'idea che, certo, non nasce oggi.

Ciò che è nuovo, piuttosto, sono le forme nelle quali tale idea si concreta.

Ed una di queste forme è il **boss-napping** (*napping* = *essere preso alla sprovvista*).

### **2. La Francia e l'Italia**

Ma cos'è il *boss-napping*? Si tratta di una nuova forma di protesta sindacale, che vede i lavoratori sequestrare il dirigente per un tempo limitato in ufficio. Può trattarsi di qualche ora, ma anche di una notte.

Il primo episodio di *boss-napping* si è verificato proprio in Francia, in una fabbrica Michelin di Toul. I lavoratori, minacciati dalla prospettiva di perdere il lavoro, sequestrano un dirigente, facendo un estremo tentativo di dialogo con lo stesso. E' chiaro che il ruolo di “sequestratori” li pone, momentaneamente, in una posizione più forte e l'obiettivo è proprio questo: intimorire il dirigente, affinché “ci

pensi due volte” prima di licenziare qualcuno.

Ma vediamo un altro caso di *boss-napping*.

Agli inizi di marzo Serge Foucher, amministratore delegato della Sony France, era stato rapito da alcuni lavoratori, arrabbiati a causa dei licenziamenti. Dopo aver passato la notte in azienda, il dirigente venne liberato. Ancora una volta, i lavoratori, ritenendo, che l'azienda non ascoltasse le proprie richieste, sceglievano questa strana ed estrema forma di “dialogo”.

Restiamo alla Francia.

E' notizia del 26 marzo, quella della liberazione di Luc Roussellet, direttore industriale di una azienda chimica americana, bloccato nella fabbrica di Pithiviers nel cuore della Francia, a causa di un piano di ristrutturazione, che prevedeva il taglio di 110 posti su 235 totali. Pare che il rilascio sia seguito alla firma, di un accordo notevolmente più vantaggioso per i lavoratori.

Ad un mese di distanza, un nuovo episodio. Villemur-sur-Tarn, è una città del Sud della Francia, che ospita una fabbrica della Molex, costruttore americano di accessori per auto. L'azienda intendeva (e forse, intende ancora) chiudere lo stabilimento sito in questa cittadina. Così i lavoratori, di fronte al rischio di 300 licenziamenti, hanno sequestrato due manager.

Stesso copione, degli altri casi.

Un fenomeno tutto francese? Niente affatto. E' corretto dire che il fenomeno è nato in Francia, ma anche che si sta espandendo, a macchia d'olio, in tutto il mondo capitalista.

Infatti, a seguito degli episodi francesi, ma prima, in ordine cronologico, di quello di Villemur-sur-Tran, ecco il primo sequestro di dirigente tutto italiano.

E' avvenuto a Milano nella sede di Omnia network, ma in questo caso, gli operai protestavano per i mancati pagamenti.

La contestazione è scattata quando i dipendenti della sede di Via Breda a Milano hanno saputo dell'ulteriore proroga, stabilita dai vertici aziendali, nel pagamento degli stipendi.

Gli impiegati hanno indetto un'assemblea spontanea ed hanno messo in atto l'ennesimo curioso caso di *boss-napping*: il primo, in Italia.

Di fatto pare che a seguito di questo episodio, la Omnia network, abbia pagato gran parte degli stipendi.

La nuova forma di protesta è stata attuata nei giorni scorsi anche presso lo stabilimento di Colleferro di una fabbrica francese, la Alstom, che si occupa di manutenzione dei treni.

Gli operai, avevano appreso che lo stabilimento rischiava la chiusura e così hanno deciso di bloccare le uscite della fabbrica, impedendo a chiunque di uscirvi.

Riguardo a questo recentissimo episodio, verificatosi per l'esattezza il 7 di ottobre, i tre dirigenti in questione, hanno sminuito la questione, sostenendo di non essere stati “sequestrati”, perché non avevano necessità di uscire dall'azienda fino a sera. Quindi, non si sarebbe trattato di un sequestro di dirigente, ma solo di un blocco delle uscite della fabbrica.

Strano però che, a quanto pare, le uscite siano state sbloccate solo dopo che, secondo alcune fonti, sarebbe stata raggiunta l'ipotesi di un accordo.

Dunque il caso in questione, è un po' diverso dagli altri, anche se comunque inquadrabile, approssimativamente, tra gli episodi di *boss-napping*.

C'è da star certi, che nei prossimi mesi (ma anche nelle prossime settimane) si riscontreranno molti altri

casi, similissimi, per metodo, e per scopo, a quelli sopra citati.

### **3. Quando non si ha più nulla da perdere**

Stiamo attraversando una delle peggiori crisi economiche di tutti i tempi.

Qualcuno ha paragonato, per entità ed effetti, la crisi attuale, a quella del 1929.

E' vero, forse questo qualcuno ha un po' esagerato. Ma ciò che è certo, è che questa crisi ha investito e sta investendo, in un mondo ormai completamente globalizzato, gran parte delle economie del pianeta.

Chi paga la crisi? E' una domanda molto inflazionata, di questi tempi, soprattutto perché si presta a facili speculazioni politiche.

Mi sembra corretto dire che tutti paghiamo la crisi, la stiamo pagando, e forse, la pagheremo ancora. E' chiaro però che, chi è in una "posizione debole" sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista lavorativo (che poi è la stessa cosa) ha più paura e sente la crisi maggiormente rispetto agli altri.

E allora quando si verifica, a causa della crisi, la necessità per un grosso marchio di chiudere una fabbrica e, per intenderci, di licenziare 150, o più persone, qualcuno si muove.

Questo qualcuno, ovviamente, coincide, con quelle 150 (o più) persone, che hanno perduto il posto di lavoro e che, trovandosi in una situazione di crisi, con bassi consumi, e quindi scarso incremento della produzione, o ridimensionamento della stessa, sa che potrebbe non trovare un altro "posto di lavoro".

Con chi se la prende chi è stato licenziato? Con chi lo ha licenziato.

Ed il dirigente, il manager, essendo il referente dell'azienda, viene preso di mira.

### **4. Il fine giustifica i mezzi?**

Per tutte queste ragioni, sarebbe molto comodo, dare al fenomeno del *boss-napping*, "astro nascente della lotta sindacale" un significato puramente politico, o comunque sociologico. Si sarebbe anche tentati di farlo visto che, se un dirigente miliardario, guadagna e specula sulla "pelle" di quelli che licenzia, dal punto di vista umano, non dispiacerebbe più di tanto, se passa cinque, sei o forse dieci ore in più in azienda. Soprattutto se questo serve a dare un concreto taglio ai licenziamenti.

Ma non sarebbe serio, abbandonarsi a demagogici sentimentalismi e trascurare l'aspetto giuridico della vicenda. E quindi ci si chiede "il fine giustifica i mezzi"?

E, più concretamente, per stare al caso in questione, il *boss-napping* è una forma legale, seppur estrema, della protesta sindacale?

Me lo chiedo, perché una risposta precisa a questo interrogativo, porta a delle conseguenze.

Una risposta affermativa, renderebbe leciti gli episodi di cui sopra; una risposta negativa, aprirebbe scenari, piuttosto beffardi, nei confronti dei lavoratori, che forse potrebbero incorrere in pesanti responsabilità penali nei confronti del manager.

Ed una risposta di questo tipo, pur se beffarda, è vero, nei confronti dei lavoratori, cioè nei confronti dei più deboli, sembra essere quella corretta.

### **5. Scegliere**

Il fenomeno del *boss-napping*, è completamente innocuo, cioè privo di ogni forma di violenza (fisica) nei confronti del dirigente.

Ma pare evidente il rischio cui si va incontro se si accetta la tesi positiva.

Dal sequestro non violento, al sequestro violento, il passo è brevissimo.

E dal sequestro violento ai morti, il passo non è poi così lungo.

E tutto ciò trascura l'aspetto, pur importante, ma certamente meno rispetto ai rischi prospettati, che anche un sequestro non violento, procura al dirigente un danno, in termini di tempo, ma anche in termini psicologici (la paura di essere sequestrato da 300 persone che non hanno più nulla da perdere).

Queste manifestazioni, sono ai limiti della legalità? O forse, il *boss-napping*, è un fenomeno che oltrepassa tali limiti?

Il fenomeno è sovranazionale e per questo occorre trovare una soluzione condivisa, a livello comunitario.

Comunque, se così non fosse, la soluzione, dovrebbe essere trovata, a partire dal territorio nazionale. E quindi, in ogni caso bisognerà scegliere.

Sempre ammesso, che tale scelta, non sia stata già operata dal nostro legislatore.

Personalmente, ritengo che sia così, ed in questo caso, i lavoratori, avrebbero messo in atto una condotta penalmente rilevante e, precisamente, un delitto.

Si tratterebbe del reato previsto ex art. 605 c.p., sequestro di persona, se non addirittura, quello previsto ex art. 630 c.p. (sequestro a scopo di estorsione).

## 6. L'odio verso il padrone

Le manifestazioni sindacali, si sono sempre mosse, sul confine tra ciò che è legale e ciò che invece non lo è. Ma credo che nessuno, che sia in buona fede, possa sostenere che in Italia il diritto sindacale sia restrittivo, o comunque che conceda poco spazio, a chi cerca di proteggere gli interessi suoi e dei colleghi. Mi sembra anzi, come è giusto che sia, che i diritti dei lavoratori, in ambito sindacale, siano assolutamente garantiti dalla Costituzione *in primis* e dalle leggi, in seconda battuta. Eppure non credo che il *boss-napping*, possa rientrare nell'alveo di detti diritti.

Chi non ha niente da perdere, cerca di sopravvivere, in qualunque modo.

E quindi, ecco il *boss-napping*.

Ma è davvero "il non aver niente da perdere" la causa di tutto ciò?

Forse. O forse, c'è almeno un'altra concausa, che affonda le sue radici, in ragioni puramente ideologiche, che nulla hanno a che vedere, con quelle che possono essere le materiali esigenze di un padre di famiglia. E questa "concausa" è la concezione del padrone come il nemico.

O perlomeno, la concezione del dualismo lavoratore-padrone (che poi in questo caso è lavoratore-dirigente) come qualcosa di contrapposto ed insolubile.

Questo tipo di mentalità porta ineluttabilmente a guardare il dirigente (che in quel momento rappresenta la proprietà) come un nemico.

Ma è proprio questa la strada da seguire in tempi di crisi?

A mio avviso, se riusciamo, a scardinare, il concetto di padrone, cosa che, lo riconosco, non è facile, siamo già a metà dell'opera.

Ciò può avvenire, solo a patto che si lavori in questa direzione, sia da un

lato e cioè quello dei lavoratori, sia dall'altro, quello appunto di chi gestisce l'azienda.

Perché il solo che può convincere i lavoratori di non essere un nemico, è proprio il datore di lavoro, o nel caso di specie, il dirigente.



# **RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**



# Giurisprudenza di legittimità



## LEGITTIMITA' DEL LICENZIAMENTO E OBBLIGO DI PUBBLICITA' DEL CODICE DISCIPLINARE

di Pierluigi De Lillo

**Corte di Cassazione - Sez. lavoro**  
**Sentenza 10 agosto 2009 n. 18169**  
(Pres. Est. Mattone)

*“I comportamenti del lavoratore che costituiscono gravi violazioni dei suoi doveri fondamentali sono sanzionabili con il licenziamento disciplinare a prescindere dalla loro inclusione o meno tra le sanzioni previste dalla specifica regolamentazione disciplinare del rapporto e anche in difetto della pubblicazione del codice disciplinare, purché siano osservate le garanzie previste dall’art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 300/1970”*

\* \* \* \* \*

(Omissis)

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso alla Corte di appello di Trieste R. ha impugnato la sentenza del Tribunale di Udine, con la quale era stata rigettata la domanda da lui proposta per sentir dichiarare invalido e/o illegittimo il licenziamento intimatogli con lettera del 6 aprile 1999 dalla N. s.p.a., alle cui dipendenze egli aveva lavorato, dal 1° febbraio 1991, con la qualifica di “assistente al direttore acquisti”, consistendo le sue mansioni principali nel controllare l’attività dei “copackers”, ossia delle piccole aziende incaricate di lavorazioni per conto della F.. Con sentenza del 24 marzo 2006 la Corte d’appello ha affermato che, alla stregua

degli elementi probatori acquisiti, dovevano ritenersi provati i gravi fatti posti a fondamento del licenziamento, essendo emerso che R. aveva chiesto notizie al contitolare della G.; M.F., in ordine alle caratteristiche tecniche ed ai costi dei contenitori per mangimi; aveva poi messo questi in contatto con X., fornitore della F.; aveva quindi confermato il suo personale interesse alle iniziative di X.; ed aveva così violato l’art. 70 del CCNL (che tra le cause di licenziamento disciplinare annoverava anche la “concorrenza sleale”). Ha precisato che R. aveva in realtà favorito X. (la cui intenzione di iniziare la produzione in proprio di alimenti per animali gli era ben nota) nel fornirgli notizie sia tecniche che contabili sui contenitori, tanto è vero che il secondo, ottenute le informazioni necessarie, aveva chiesto a F. di produrre per lui 500.000 astuccini usando la fustella utilizzata per la F., per di più nella consapevolezza che lo stesso X. non intendeva solo commercializzare gli astuccini, ma produrre anche con quella confezione alimenti per animali. Ha osservato che l’aver favorito X. nell’iniziare la sua nuova attività costituiva violazione dell’obbligo di fedeltà sancito sia dall’art. 2105 cod. civ. che dall’art. 70 del CCNL e che in tali circostanze neppure è necessario indagare sull’avvenuta affissione del codice disciplinare, che a detta del teste D. risultava ad ogni modo esposto. Ed ha rigettato, pertanto, l’appello.

Avversa tale sentenza R. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi. La controparte ha resistito mediante controricorso.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso - come detto - si articola in quattro motivi.

Con il primo motivo è denunciata insufficienza e contraddittorietà della motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 n. 5 c.p.c.); violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., dell'art. 7 legge 300/70, degli artt. 421 e 437 c.p.c., dell'art. 111 Cost. e degli artt. 2727 e 2729 cod. civ. (art. 360 n. 3 c.p.c.).

Deduce al riguardo il ricorrente che la sentenza impugnata ha ritenuto legittimo il licenziamento sulla base di una circostanza (l'aver egli riferito a X. notizie tecniche e contabili) che non aveva formato oggetto di contestazione, così come non era stata contestata la circostanza relativa alla richiesta di mere informazioni contabili. Afferma, inoltre, che è da ritenere apodittica l'affermazione del giudice di appello secondo cui egli avrebbe favorito il X. nel fornirgli notizie sui contenitori, così come risulta dagli elementi probatori acquisiti. Così come erroneamente la corte territoriale ha asserito, anche qui in difetto di adeguati elementi di prova, che egli avrebbe avuto un interesse personale nella vicenda e che fosse a conoscenza dell'intenzione del X. di iniziare la produzione in proprio di alimenti per animali.

Con il secondo motivo - concernente la violazione degli artt. 5 L. 15 luglio 1996 n. 604, 2967 cod. civ., 155 c.p.c. (art. 360 n. 3 c.p.c.); insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.) - assume il ricorrente che le circostanze poste a fondamento del recesso non sono state in realtà adeguatamente dimostrate, avendo la corte d'appello fatto ricorso ad un personale giudizio probabilistico di verosimiglianza e dimenticato che la regola sull'onere

probatorio serve ad evitare l'arbitrio del giudice.

Con il terzo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 4 Cost., 2106 cod. civ. (art. 360 n. 3 c.p.c.); omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.). A giudizio del ricorrente, l'addebito sarebbe dimostrato da una sola telefonata tra lui e F., nella quale sono state fatte confluire circostanze rispetto alle quali egli era rimasto del tutto estraneo e dalla quale si è poi dedotta la volontà di favorire una ditta concorrente, telefonata che non è stata peraltro oggetto di attenta valutazione ed alla quale non poteva in ogni caso attribuirsi valenza concorrenziale. Inoltre - prosegue il ricorrente - la corte d'appello ha avallato la sanzione più grave senza considerare che egli aveva lavorato per la N. s.p.a. per 33 anni ed aveva realizzato apprezzabili risultati ed omettendo di tener conto dell'elemento soggettivo, potendosi al più ritenere che la condotta così gravemente sanzionata si era sostanziata in un'unica telefonata di contenuto incerto, se non irrilevante, inidonea pertanto a ledere l'elemento fiduciario.

Con il quarto ed ultimo motivo si lamenta la violazione dell'art. 7, 1 co., L. 300/70 (art. 360 n. 3 c.p.c.); omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.), rilevandosi che l'obbligo di previa affissione del codice disciplinare è stato voluto dalle parti sociali anche per l'ipotesi di concorrenza sleale (cfr. artt. 68, lett. d, e 70 CCNL) e che tale previsione non è stata nella specie rispettata, con la conseguenza che già sotto questo profilo il licenziamento è da ritenersi illegittimo.

I primi tre motivi sono inammissibili in quanto i relativi quesiti non rispondono ai requisiti prescritti dall'art. 366 bis c.p.c..

Nell'interpretazione di tale disposizione è stato affermato da questa Corte che il quesito di diritto deve compendiare: a) la riassuntiva esposizione degli elementi di fatto sottoposti al giudice di merito; b) la sintetica applicazione della regola di diritto

applicata da quel giudice; c) la diversa regola di diritto che, ad avviso del ricorrente, si sarebbe dovuta applicare al caso di in esame (ex multis, Cass. 17.7.2008 n. 19679). Con riferimento alla esigenza che il quesito abbia una specifica attinenza alla questione devoluta alla cognizione della Corte, è stato, poi, precisato esso non può risolversi in un'enunciazione di carattere generale ed astratto, priva di qualunque indicazione sul tipo della controversia e sulla sua riconducibilità alla fattispecie in esame, tale da non consentire alcuna risposta utile a definire la causa nel senso voluto dal ricorrente, non potendosi peraltro il quesito desumere dal contenuto del motivo o integrare il primo con il secondo, pena la sostanziale abrogazione dell'art. 366 bis c.p.c. (Cass. Sez. UU., 11.3.2008 n. 6420). In altri termini, è da ritenersi inammissibile il motivo di ricorso sorretto da un quesito la cui formulazione sia del tutto inidonea ad assumere rilevanza ai fini della decisione del motivo stesso ed a chiarire l'errore di diritto imputato alla sentenza impugnata in relazione alla concreta controversia (in tal senso, Cass. 25.3.2009 n. 7197; Id., Sez. un. 30.10.2008 n. 26020).

Ora, in disparte la questione relativa ad una molteplicità di quesiti collegati dal ricorrente ad un solo motivo di ricorso, va rilevato che gli stessi sono stati formulati, quanto al primo dei motivi, nei termini che seguono:

“atteso che ai sensi dell'art. 7 L. 300/70 l'immutabilità e immodificabilità dell'addebito è elemento sostanziale della contestazione disciplinare, in specie con riferimento ai fatti dedotti, il licenziamento per giusta causa può essere giustificato allegando in causa fatti ulteriori e diversi?”;

“il giudice è tenuto a decidere rispettando i precetti posti dagli artt. 115 e 116 del codice di rito, i quali sanciscono il principio della completezza della valutazione, che è correlata al potere-dovere del giudice di prendere in considerazione tutti gli elementi di prova, comunque acquisiti?”;

“la contestazione degli addebiti, assolvendo allo scopo di consentire al lavoratore incolpato una immediata e adeguata difesa, deve essere specifica ossia deve contenere i dati e gli aspetti essenziali del fatto nella sua materialità, in guisa tale che sia consentita l'esatta individuazione sia dell'infrazione contestata che del comportamento nel quale il datore di lavoro ravvisa l'addebito disciplinare sanzionabile?”;

“il giudice del lavoro può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondato sull'onere della prova o è tenuto...ad esercitare il potere-dovere di provvedere di ufficio agli atti istruttori sollecitati dal materiale probatorio che risulta in causa al fine di superare l'incertezza sui fatti rilevanti utili alla decisione e alla ricerca della verità materiale?”;

“il giudice del lavoro è tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali non ritiene di far ricorso ai propri poteri istruttori ove sussistano ragionevoli probabilità di accertare attraverso di essi la verità?”;

“l'art. 2729 c.c., stabilendo che le presunzioni semplici devono essere ammesse solo se siano “gravi, precise e concordanti”, consente al giudice di utilizzarle con valore pari alla prova piena anche quando queste, diversamente da quanto prescritto dall'art. 2727, derivino da altra presunzione?”.

Come è reso evidente dalla testuale trascrizione dei sei quesiti, tutti relativi al primo motivo, in nessuno di essi vi è alcun riferimento alla concreta fattispecie, né tanto meno si individua l'errore imputabile alla sentenza impugnata, risolvendosi essi il più delle volte “in un interrogativo circolare, che già presuppone la risposta ovvero la cui risposta non consenta di risolvere il caso sub iudice” (così Cass. Sez. un., 12.12.2008 n. 28536). Per fare un solo esempio, tanto risulta con particolare chiarezza in relazione all'ultimo quesito, riguardo al quale la risposta negativa è scontata e la cui formulazione, in assenza del riferimento ai

termini concreti della questione controversa ed alla regola iuris che sarebbe stata violata dal giudice dell'appello, appare totalmente inidonea ad assumere quel carattere significativo che a tale istituto è stato assegnato dal legislatore.

I medesimi rilievi tornano pienamente utili - ed assumono anzi maggiore evidenza - quanto ai quesiti che accompagnano il secondo motivo, nei quali ci si chiede se "il datore di lavoro ha l'onere di fornire la prova per i fatti, per come contestati disciplinarmente, posti a giustificazione del licenziamento per giusta causa o può soddisfare tale onere rendendo soltanto verosimili le proprie affermazioni?"; e se "il giudice, salvo i casi tassativi di decisione secondo equità, deve seguire le norme di diritto... tra le quali rientrano l'art. 2697 c.c. e l'art. 5 L. 15.7.1966 n. 604?"; nonché in relazione ai quesiti che concludono l'esposizione del terzo, caratterizzati da pari genericità, essendo essi formulati nei seguenti termini: a) "il giudizio di proporzionalità tra fatto addebitato al lavoratore e licenziamento disciplinare va effettuato in astratto, o con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, all'entità della mancanza (considerata non solo da un punto di vista oggettivo, ma anche nella sua portata oggettiva ed in relazione al contesto in cui è stata posta in essere), ai moventi, all'intensità dell'elemento intenzionale ed al grado di quello colposo?"; b) "il giudice può concludere nel senso della legittimità del licenziamento in tronco per giusta causa anche se la mancanza di cui il dipendente si è reso responsabile: - non è tale da far venir meno l'elemento fiduciario che costituisce il presupposto fondamentale della collaborazione tra le parti nel rapporto di lavoro; - non riveste una gravità tale che qualsiasi altra sanzione risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro?".

Il quarto motivo propone, viceversa, un quesito che può considerarsi ammissibile in quanto individua con sufficiente precisione

la questione controversa ("il datore di lavoro è tenuto ad applicare la norma del contratto collettivo che dispone, nel suo tenore letterale, la previa affissione del codice disciplinare anche con riguardo a mancanze che violino il c.d. minimo etico o il disposto di legge, pena l'illegittimità della sanzione erogata?"), ma la Corte lo ritiene infondato. Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, che il Collegio condivide, i comportamenti del lavoratore che costituiscano gravi violazioni dei suoi doveri fondamentali sono sanzionabili con il licenziamento disciplinare a prescindere dalla loro inclusione o meno tra le sanzioni previste dalla specifica regolamentazione disciplinare del rapporto e anche in difetto della pubblicazione del codice disciplinare, purché siano osservate le garanzie previste dall'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 300/1970 (in tal senso, da ultimo, Cass. 9.9.2003 n. 13194; Id., 19.8.2004 n. 16291). Nell'affermare che avendo l'attuale ricorrente violato un obbligo fondamentale, quale quello sancito dall'art. 2105 cod. civ., poteva prescindere dall'avvenuta affissione, o meno, del codice disciplinare, la sentenza impugnata ha pertanto applicato correttamente nella fattispecie i principi testé richiamati.

Né può prendersi in esame la doglianza relativa all'omesso esame di una norma del contratto collettivo, secondo cui l'obbligo di affissione disciplinare sarebbe stato concordato - e sarebbe, quindi, vincolante per il datore di lavoro - anche nell'ipotesi in cui il licenziamento sia fondato sulla "concorrenza sleale" da parte del dipendente. Non risulta affatto, invero, che tale deduzione sia stata formulata da R. in grado di appello, ove si è limitato ad affermare (v. pag. 5 del ricorso per cassazione), da un lato, che l'avvenuta affissione del codice non poteva ritenersi provata in base alla deposizione del teste D. e, dall'altro, che non vi erano i presupposti per invocare l'applicazione dell'art. 70 del c.c.n.l., atteso che egli non aveva - in

particolare - posto in essere una qualche attività di concorrenza sleale, con la conseguenza che la questione da lui ora sollevata, comportando un accertamento di fatto, non può essere esaminata in questa sede.

Il ricorso deve essere, quindi, rigettato.

Per il principio della soccombenza, il ricorrente va condannato a pagare le spese processuali del presente giudizio, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali  
(*Omissis*)

\* \* \* \* \*

#### NOTA

Con la recente sentenza riportata in epigrafe la Suprema Corte ha nuovamente offerto un concreto e utile spunto interpretativo sul tema concernente i c.d. “obblighi integrativi” a cui il lavoratore subordinato è tenuto a conformare la propria prestazione, obblighi che contribuiscono a circoscrivere tanto il *proprium*, ossia lo specifico, quanto il *quomodo*, ovvero il modo di essere della medesima. Di analogo interesse risulta la posizione della Consulta rispetto alla legittimità del licenziamento disciplinare pur disposto in mancanza di una apposita previsione da parte della specifica regolamentazione disciplinare e, finanche, in difetto della pubblicazione del codice disciplinare.

Nello specifico il giudice di legittimità, analogamente a quanto in precedenza statuito dal Tribunale di Udine nonché, in secondo grado, dalla Corte di appello di Trieste, ha rigettato il ricorso proposto da un lavoratore subordinato con qualifica di “assistente al direttore acquisti” il quale, dopo

aver rivelato notizie di matrice tecnico-contabile ad una impresa concorrente, si vedeva intimare dal proprio datore di lavoro il licenziamento per violazione del disposto di cui all’art. 70 del CCNL di riferimento ovvero sia per “concorrenza sleale”.

In questa sede giova dare il giusto rilievo ad un aspetto caratterizzante la prestazione di lavoro subordinato che non consta esclusivamente di una mera messa a disposizione del “*proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore*” così come sancisce l’art. 2094 c.c., bensì implica il sorgere in capo al lavoratore di obblighi integrativi che “specificano” il contenuto della prestazione stessa assolvendo nel contempo la fondamentale funzione di “indici di misura” dell’adempimento. Essi, stante il parere della dottrina maggioritaria, assurgono al ruolo di specificazioni o requisiti della prestazione lavorativa pur non costituendo posizioni giuridiche autonome né tantomeno doveri accessori.

In effetti, alla disciplina “*dei diritti e degli obblighi delle parti*” il legislatore ha riservato il Titolo II, Capo I, Sezione III del Libro quinto del codice civile in cui fornisce una descrizione del lavoratore diligente, obbediente e fedele e per la quale “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall’interesse dell’impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall’imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*” (art. 2104) e, ancora, “*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie*

*attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio"* (art. 2105). Come evidente, è proprio da quest'ultima disposizione codicistica che scaturisce un preciso duplice dovere a carico del lavoratore a tutela della capacità di concorrenza e di competitività dell'imprenditore: quello del divieto di concorrenza e quello dell'obbligo di riservatezza, entrambi espressione dei più generali principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 del codice civile<sup>1</sup>. Per quanto di interesse in questa sede, si pone in debito risalto che il primo dei due obblighi accessori di cui all'art. 2105 viene a manifestarsi solo ed esclusivamente in costanza del rapporto di lavoro rilevando, in particolare, la distinzione dello stesso dall'obbligo che derivi dalla stipula di un apposito accordo (il c.d. patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c.), intercorso tra datore di lavoro e lavoratore, con cui il prestatore si vincola, entro determinati limiti di oggetto, di luogo e di durata, a non svolgere attività concorrenziali con quelle dell'imprenditore anche in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro. Di diversa natura, inoltre, si rivela il divieto di concorrenza sleale ex

<sup>1</sup> Secondo un recente orientamento giurisprudenziale il nesso che lega inscindibilmente le tre disposizioni di cui sopra comporterebbe il sorgere in capo al prestatore di un obbligo che non può identificarsi puramente e semplicemente con il dovere di astensione dalle condotte espressamente vietate ai sensi dell'art. 2105, bensì da qualsivoglia condotta che, per la sua natura e per le sue possibili implicazioni, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto (Cass. civ., Sez. Lav., 04 aprile 2005, n. 6957).

art. 2598 c.c. nella misura in cui esso attiene a condotte che possono essere poste in essere da chiunque, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto contrattuale e che, per tale ragione, si configura in termini di responsabilità extracontrattuale differentemente da quella che può scaturire dalla violazione dell'obbligo di cui al già citato art. 2105, di natura contrattuale.

Il secondo obbligo, d'altra parte, impone il divieto di divulgazione o di sfruttamento, a vantaggio proprio o altrui, di notizie concernenti l'organizzazione nonché i metodi di produzione dell'impresa in modo da arrecare ad essa pregiudizio. Esso, differentemente dal divieto di concorrenza, si protrae finanche dopo la cessazione del rapporto di lavoro e, quantomeno, sino a che risulti degno di tutela l'interesse ad esso correlato.

Di notevole interesse "ermeneutico" risulta altresì il terzo motivo di gravame, sebbene lo stesso, analogamente ai primi due, sia stato dichiarato dal giudice di legittimità inammissibile in quanto non rispondente ai requisiti prescritti dall'art. 366-bis c.p.c.; con esso, in effetti, la ricorrente richiama due dei tre requisiti sostanziali condizionanti il legittimo esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro alla luce del limite delle forme di esercizio e di controllo di cui agli artt. 2106 c.c. e 7 St. Lav., presupposti dalla cui violazione derive la nullità assoluta della sanzione. Trattasi rispettivamente del presupposto della sussistenza ed imputabilità del fatto e di quello della adeguatezza della sanzione secondo cui perché qualsivoglia sanzione datoriale sia legittima è indispensabile che essa derivi dalla colpevole violazione di doveri contrattuali imposti al

lavoratore in costanza del rapporto di lavoro e concretizzanti in una violazione di quegli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà a cui si è già fatto riferimento (artt. 2104-2105 c.c.). Dal secondo dei tre requisiti deriva il fondamentale principio per cui l'inosservanza può dare luogo esclusivamente alla applicazione di sanzioni proporzionate alla gravità dell'infrazione<sup>2</sup> che non risultino, comunque, più gravi di quelle previste dalla contrattazione collettiva di riferimento<sup>3</sup>.

Quest'ultima norma è integrata dalle previsioni di cui all'art. 7, comma 4, St. Lav. per il quale *“Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni”*. Tale disposizione ha stimolato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale laddove il richiamo alla nota legge sul licenziamento individuale sembrava ammettere nel nostro ordinamento un *tertium genus* di recesso datoriale che, in quanto tale, si riteneva potesse essere destinatario di una apposita disciplina.

Nello specifico, il duplice “dilemma” interpretativo si riferiva sia alla possibilità di qualificare il licenziamento tra le sanzioni disciplinari e, in caso affermativo, se da ciò derivasse o meno la necessità che lo stesso fosse espressamente previsto nel codice disciplinare sia alle garanzie procedurali applicabili ovvero

quelle di cui alla L. n. 604/1966 piuttosto che o in aggiunta a quelle previste dall'art. 7 St. Lav.

In effetti, il citato articolo dello Statuto dei Lavoratori subordina la legittimità dell'estremo provvedimento disciplinare al rispetto di requisiti procedurali previsti rispettivamente ai commi 1, 2 e 5 ovvero quello della predeterminazione del codice disciplinare cioè di un testo che contenga, nel rispetto del principio di tipicità, sia le infrazioni che le relative sanzioni, quello della pubblicità per cui è necessario che esso sia *“portato a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”* (comma 1), quello della preventiva e specifica contestazione dell'addebito<sup>4</sup>, quello, infine, del diritto di difesa del lavoratore secondo il quale, dopo la contestazione dell'addebito, il datore di lavoro è tenuto a sentire oralmente il prestatore che ne faccia richiesta e ad accogliere le sue eventuali difese scritte, e con la assistenza di un rappresentante sindacale, ove richiesta, riconoscendogli un termine a difesa non inferiore a 5 giorni. E' dunque evidente quanto differenziata risulti essere la duplice disciplina di cui alle due disposizioni citate nonché quanto quella statutaria sia ampiamente più garantista e “vincolante” per il datore di lavoro. Risolutiva, all'uopo, si è rivelata una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 204 del 1982, con cui la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 7 St. Lav. nella misura in cui *“sono interpretati nel senso che sono inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali*

<sup>2</sup> Cass. civ. Sez. lav., 26 marzo 1998, n. 3214.

<sup>3</sup> Cass. civ. Sez. lav., 29 settembre 2005, n. 19053.

<sup>4</sup> E' necessaria la completa coincidenza fra il capo di incolpazione contenuto nella prevista contestazione e quello posto a base della sanzione disciplinare” (Cass. civ. Sez. Lav., 19 agosto 2004, n. 16249).

*detti commi non siano richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro".* Da ciò è conseguito il riconoscimento, nel nostro ordinamento, della nozione di "licenziamento ontologicamente disciplinare"<sup>5</sup> ossia di una sanzione risolutiva del rapporto di lavoro, la più grave, da comminarsi a seguito di un notevole oltre che colpevole inadempimento del lavoratore.

Tuttavia quanto sin qui argomentato non risulta sufficiente ai fini di una completa e corretta interpretazione della sentenza in esame se non richiamando quel parallelo e complementare orientamento giurisprudenziale, largamente condiviso dalla dottrina maggioritaria, venutosi ad affermare prepotentemente negli anni '90 grazie a due note sentenze della Corte di Cassazione da cui sono derivati rispettivamente i principi della legittimità del licenziamento anche in assenza di una espressa previsione di esso nel codice disciplinare aziendale<sup>6</sup> nonché quello della non necessaria previsione del medesimo nella normativa collettiva<sup>7</sup>.

Concludendo, questo giustifica ampiamente la decisione della Suprema Corte di dichiarare infondato il quarto motivo di gravame nei seguenti termini

*"Il quarto motivo propone [...] un quesito che può considerarsi ammissibile [...] ma la Corte lo ritiene infondato. Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, che il collegio condivide, i comportamenti del lavoratore che costituiscano gravi violazioni dei suoi doveri fondamentali sono sanzionabili con il licenziamento disciplinare a prescindere dalla loro inclusione o meno tra le sanzioni previste dalla specifica regolamentazione disciplinare del rapporto e anche in difetto della pubblicazione del codice disciplinare, purché siano osservate le garanzie previste dall'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 300/1970 (in tal senso, da ultimo, Cass. 9.9.2003 n. 13194, Id. 19.08.2004 n. 16291)".*

<sup>5</sup> G. VENETO, *Manuale del nuovo diritto del lavoro*, a cura di A. Belsito, Cacucci editore, Bari, 2009: "Il licenziamento disciplinare irrogato quale sanzione a conclusione di procedimento ex art.7 Stat. Lav., lungi dal costituire un "tertium genus" di licenziamento, rientra in ogni caso nelle sopra citate fattispecie di recesso datoriale" (ovvero quelle di cui alla L. n. 604/1966 nonché all'art. 18 St. Lav. così come modificato dalla L. n. 108/1990).

<sup>6</sup> Cass. civ. n. 11242/1993. Secondo i giudici di legittimità, inoltre, l'onere di pubblicità di cui al comma 1 vincolerebbe il datore solo nell'ipotesi in cui lo stesso abbia previsto fattispecie particolari integranti la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo.

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. Lav., 22 gennaio 1998, n.624.

## TRASFERIMENTO D'AZIENDA E TUTELA DEI LAVORATORI

di Tiziana Valeriana De Virgilio

**Corte di Cassazione - Sez. lavoro**  
**Sentenza 10 luglio 2009 n. 16198**  
(Pres. Est. Ianniruberto, Rel. Cons. Vidimi)

*“Anche in presenza di un intervento legislativo volto a disciplinare cessioni di aziende o di loro rami, devono trovare applicazione nel silenzio della legge i principi informativi e la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c., potendosi pervenire ad una diversa conclusione solo allorché la inapplicabilità della suddetta norma sia espressamente prevista o quando dall'intero contesto del suddetto intervento possa ricavarsi con certezza una volontà disapplicatrice o quando, infine, sia ravvisabile una oggettiva e totale incompatibilità tra la nuova legge e la norma codicistica. Nulla di tutto ciò si riscontra però nel d.lg. n. 79/99, in cui non vi è alcun elemento né espresso né tacito che possa indurre a ritenere che i generali principi sul trasferimento d'azione o di un suo ramo possano essere disapplicati, essendovi un richiamo al disposto dell'art. 2112 c.c. solo nel d.P.C.M. 4 agosto 1999, cui non può assegnarsi - al di là del suo contenuto - una generale forza disapplicativa della norma civilistica”*

\* \* \* \* \*

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I.I. riferiva al Tribunale di Napoli di essere stata dipendente della alfa s.p.a. sin dal 30 giugno 1989, assegnata dal luglio 1997 alla Unità di supporto tecnico della Divisione di Produzione Ingegneria - Supporto tecnico specialistico, struttura operante in tutto il territorio nazionale e non facente parte delle Direzioni territoriali.

Senza il suo consenso, a decorrere dal 1 ottobre 1999 era stata trasferita da detta società alla beta s.p.a., nell'ambito del processo di riorganizzazione del settore elettrico attuato con D.P.C.M. 4 agosto 1999 di approvazione del piano per la cessione della alfa ai sensi del D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, art. 8, comma 1 (Decreto Bersani). Alla beta s.p.a. erano state cedute le centrali elettriche di (...), mentre la restante parte degli impianti era stata incorporata dalla alfa s.p.a. trasferita ad una società di nuova costruzione, denominata alfa Produzione s.p.a..

Nel D.P.C.M. era previsto che al trasferimento degli impianti anzidetti doveva seguire il trasferimento di tutti i rapporti di lavoro del personale che, alla data del conferimento, era in forza presso gli impianti conferiti, con l'aggiunta di una aliquota di personale di staff facente parte delle direzioni territoriali dei quali l'impianto ceduto faceva parte.

Con accordi tra la alfa e le organizzazioni sindacali si era altresì convenuto che il

criterio principale di individuazione doveva - essere quello della "prevalenza", cioè che sarebbe stato trasferito quel personale che, pur non facente parte del personale delle unità produttive trasferite, era parte di unità e/o reparti delle Direzioni territoriali che svolgevano attività prevalenti per gli impianti trasferiti. Riferiva ancora la ricorrente che sebbene non facesse parte delle Direzioni territoriali ed avesse svolto sempre attività prevalente - anche se non assorbente - per impianti non trasferiti alla beta s.p.a. nell'ambito di una struttura operante in tutto il territorio nazionale, a fondamento del suo trasferimento erano stati richiamati il disposto dell'art. 2112 c.c. ed i criteri fissati con le organizzazioni sindacali. Le attrezzature e le strumentazioni di cui era dotata la struttura presso cui operava non erano state cedute alla beta s.p.a. ma erano rimaste alla alfa s.p.a. e, quindi, trasferite alla alfa Produzione s.p.a., proprio perchè detta struttura costituiva una unità distinta e diversa dagli impianti trasferiti e, quindi, la sua organizzazione ed il complesso dei beni non rientravano nell'ambito del programmato trasferimento del ramo aziendale. Assumeva per tutte le evidenziate ragioni la illegittimità della cessione del proprio contratto di lavoro alla beta s.p.a. in quanto unilateralmente disposta dalla alfa, non ricorrendo gli estremi per l'applicazione del disposto dell'art. 2112 c.c.. Chiedeva pertanto che: venisse dichiarata la illegittimità del licenziamento - trasferimento del proprio rapporto dalla alfa alla beta con conseguente sua reintegrazione nel suo posto di lavoro; che venisse affermato che il suo rapporto di lavoro dovesse successivamente considerarsi trasferito dalla alfa s.p.a. alla s.p.a. alfa Produzione, avendo questa società incorporato il ramo d'azienda nel quale essa istante era stabilmente integrata; che la s.p.a. alfa Produzione venisse condannata ad inquadrarla alle proprie dipendenze, con piena continuità del rapporto, dalla data

dell'avvenuto trasferimento di azienda dalla due società.

Dopo la costituzione del contraddittorio l'adito giudice accoglieva il ricorso ed, a seguito di gravame della s.p.a. alfa e della s.p.a. alfa Produzione, la Corte d'appello di Napoli accoglieva in parte l'appello ed, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, dichiarava la illegittimità del trasferimento del lavoratore alla s.p.a. beta - poi s.p.a. gamma Power - e, conseguentemente, della unilaterale risoluzione del rapporto del lavoro con la s.p.a. alfa a far data dal 30 settembre 1999, e per l'effetto dichiarava la continuità del rapporto di lavoro tra I.I. e la s.p.a. alfa Produzione.

Avverso tale sentenza la s.p.a. alfa, la s.p.a. alfa Produzione e la s.r.l. alfa servizi (quest'ultima costituitasi quale datore di lavoro della I. per essere stata cessionaria del ramo di azienda presso la quale la lavoratrice era addetta in virtù della reintegra in servizio presso la s.p.a. alfa Produzione) propongono ricorso per Cassazione, affidato a cinque motivi.

Resiste con controricorso I.I., che spiega anche ricorso incidentale.

Le società resistono al ricorso incidentale con controricorso.

La s.p.a. gamma Power non si è costituita.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Ai sensi dell'art. 335 c.c. il ricorso principale e quello incidentale vanno riuniti perchè proposti contro la medesima decisione.

2. Con il primo motivo la s.p.a. alfa e la s.p.a. alfa Produzione e la s.r.l. alfa servizi deducono violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione al D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ed al successivo D.P.C.M. 4 agosto 1999.

Sostengono le dette società che tale normativa non sarebbe applicabile almeno per quanto concerne i criteri di scelta del personale alfa che doveva passare alle dipendenze delle società neocostituite - con

la quale la stessa alfa avrebbe dovuto competere in ragione delle esigenze del libero mercato - in quanto le finalità e la ratio sottese al c.d. Decreto Bersani erano ben diverse rispetto a quelle perseguite dalla norma civilistica. Più specificamente il Decreto Bersani in relazione alle nuove società - nate dallo smembramento della impresa monopolistica alfa - ed al loro personale provvedeva specificamente con l'art. 8 per il settore della distribuzione (con riferimento al quale per la cessione del relativo ramo d'azienda e per la sua identificazione era stato attribuito rilievo determinante all'accordo tra l'impresa acquirente e l'alfa costretta a cedere), e con l'art. 9 per il settore della produzione.

In questo contesto le società di nuova costituzione, per essere messe in condizioni di operare ab origine autonomamente e competitivamente sul mercato elettrico liberalizzato, venivano assoggettate ad una regolamentazione attraverso il ricordato D.P.C.M., che stabiliva testualmente - in deroga all'art. 2112 c.c. - che alle risorse trasferite sarebbero state applicate *“le medesime caratteristiche contrattuali previste per i dipendenti alfa”*. I parametri, dunque, utilizzati per l'individuazione del personale da conferire alle società costituite - tra le quali rientrava la s.p.a. beta - non erano limitati al criterio della *“prevalenza”* dell'attività svolta dal lavoratore in quanto erano stati previsti - anche con l'accordo delle organizzazioni sindacali - gli ulteriori criteri della competenza e della sede lavorativa, finalizzati tutti a garantire un adeguato utilizzo delle professionalità, presenti nell'ex Divisione Produzione, in tutte le nuove società nonchè a favorire contestualmente la permanenza del maggior numero possibile di lavoratori nella loro originaria sede di lavoro, evitando fenomeni di mobilità forzata. E proprio tenendo conto dei suddetti criteri si era realizzata l'attribuzione dell'unità di supporto tecnico specialistico di Napoli a beta s.p.a..

2.1. Con il secondo motivo le società lamentano omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia. A fondamento di tale censura osservano che una volta riconosciute, come aveva fatto la decisione impugnata, le peculiari finalità insite nel *“Decreto Bersani”* ed una volta chiarito che la cessione dei beni alle nuove società regolata dalla legge era finalizzata non solo alla tutela dei posti di lavoro del personale interessato ma anche alla introduzione di una effettiva concorrenza nel mercato della produzione e distribuzione dell'energia elettrica, non era poi per coerenza logica consentito concludere per l'affermazione dell'integrale applicazione del disposto dell'art. 2112 c.c. perchè ciò avrebbe finito per rendere irrilevanti gli stessi presupposti della normativa scrutinata, correttamente evidenziati dal giudice d'appello.

3. I due motivi di censura, da esaminarsi congiuntamente per avere ad oggetto questioni tra loro strettamente connesse, vanno rigettati perchè privi di fondamento.

3.1. Il punto decisivo della controversia consiste nel individuare il rapporto corrente tra la normativa del Decreto Bersani e il disposto dell'art. 2112 c.c. e stabilire se il suddetto decreto, in ragione della lettera delle sue disposizioni e della loro ratio, comporti o meno una disapplicazione della norma civilistica.

3.2. La Corte territoriale con riferimento a tale problematica ha ritenuto che il D.Lgs. n. 79 del 1999, emanato in attuazione della Direttiva 96/92/CE - recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica onde conseguire la liberazione - con l'art. 8 ha provveduto a fissare gli obiettivi e le linee guida secondo cui avrebbe dovuto operare la liberazione dell'energia elettrica ed ha fissato le modalità di massima del piano per ridurre la capacità produttiva della s.p.a. alfa al fine di consentire una effettiva concorrenza. Tale finalità si è raggiunta attraverso la cessione di centrali elettriche a società neo-costituite, quale la s.p.a. beta

(ora gamma Power s.p.a.) cui erano state cedute le centrali elettriche di (...). A parere del giudice d'appello tale cessione configura un trasferimento d'azienda cui andava applicata integralmente la normativa dell'art. 2112 c.c. sul trasferimento d'azienda, poi erroneamente disattesa, non potendo essere tale norma derogata nel silenzio del legislatore dal D.P.C.M., che non poteva per la sua natura abrogare o modificare una disposizione di rango superiore e che doveva limitarsi - senza rinnegare norme di legge inderogabili - ad approvare il piano attuativo per le cessioni degli impianti predisposto dalla s.p.a. alfa ed a stabilire le concrete modalità della cessione degli impianti.

3.3. Orbene in base alle risultanze istruttorie era emerso che la unità lavorativa alla quale era addetta la lavoratrice non era inerente al ramo d'azienda ceduto dalla s.p.a. beta ma operava su tutto il territorio nazionale, e che tutte le strumentazioni e le attrezzature in dotazione e nella disponibilità della Divisione di produzione presso la quale si svolgeva l'attività lavorativa erano restite alla s.p.a. alfa. In definitiva, come aveva ritenuto anche il primo giudice - si era in presenza di una cessione del contratto avvenuto in violazione dell'art. 2112 c.c. - visto che il rapporto di lavoro in contestazione non poteva ritenersi rientrare nel trasferimento di ramo d'azienda attuato dall'alfa s.p.a. in favore della s.p.a. beta.

3.4. La sentenza impugnata per quanto attiene al riportato passaggio motivazionale si sottrae alle censure che le sono state mosse perchè sorretta da argomentazioni congrue, coerenti sul piano logico e perchè rispettosa dei principi giuridici applicabili alla problematica in oggetto.

3.5. La giurisprudenza dei giudici di legittimità - con riferimento alla normativa applicabile *ratione temporis*, dopo alcune incertezze sull'ambito applicativo di detta normativa - ha più volte ribadito che l'art. 2112 c.c. (nel testo modificato dalla L. n. 428 del 1990, art. 47 che ha recepito la direttiva comunitaria 77/187/Cee,

successivamente modificato dal D.Lgs. n. 18 del 2001, art. 1), in applicazione del canone dell'interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di diritto comunitario, ed in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con le sentenze 25 gennaio 2001, C - 172/99, 26 settembre 2000, C - 175/99, e 14 settembre 2000, C - 343/98, deve ritenersi applicabile anche nei casi in cui il trasferimento dell'azienda non derivi dall'esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile ad un atto autoritativo della P.A., con conseguente diritto dei dipendenti dell'impresa cedente alla continuazione del rapporto di lavoro subordinato con l'impresa subentrante, purchè si accerti l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese (cfr. ex plurimis: Cass. 8 ottobre 2007 n. 21023; Cass. 27 aprile 2004 n. 8054); che ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c., relativo al trasferimento dell'azienda, anche al trasferimento di un ramo della attività aziendale, è necessario che sia ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e servizi, mentre è da escludersi che il ramo d'azienda possa essere identificato potenzialmente come tale solo al momento del trasferimento quale astratta idoneità ad un'organizzazione futura di attività, altrimenti sarebbe l'imprenditore ad unificare il complesso dei beni (cfr. tra le tante: Cass. 17 ottobre 2005 n. 20012, cui adde più di recente: Cass. 17 luglio 2008 n. 19740; Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125, che ha precisato come il trasferimento d'azienda possa avere ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità sia assicurata dal fatto di essere dotati di particolari competenze, realizzandosi in tali ipotesi una successione legale non

bisognevole del consenso del contraente ceduto); che ai fini del trasferimento d'azienda, la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa - nella sua identità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione sicchè il trasferimento d'azienda è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa tanto da potersi - come affermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 1996, C-I 71/94 e C-172/94 - realizzare anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo (cfr.:

Cass. 13 gennaio 2005 n. 493); che in linea con un assetto produttivo diretto a dare sempre maggiore rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori, può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche i soli lavoratori che, per essere stati addetti ad un medesimo ramo dell'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni ed esperienze comuni, siano capaci di svolgere autonomamente - e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro o altri beni - le proprie funzioni pure presso il nuovo datore di lavoro, realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non bisognevole del consenso del contraente ceduto, ex art. 1406 c.c. e segg. (così: Cass. 23 luglio 2002 n. 10761).

3.6. Il breve excursus sui precedenti giurisprudenziali in tema dello scrutinato istituto è sufficiente ad attestare la nozione ampia, che è andata ad assumere la nozione di trasferimento d'azienda ed il suo ambito applicativo, tanto da configurarsi, come si è visto, anche in assenza di un qualsiasi

rapporto diretto tra le parti ed a prescindere dalla natura del titolo e della causale che ha dato origine alla successione. Ne consegue che può affermarsi che nell'interpretazione del disposto dell'art. 2112 c.c. si è pervenuto ad un approdo giurisprudenziale che individua - in linea con quanto emerge dalle direttive comunitarie in precedenza richiamate - come elemento essenziale e qualificatorio dell'istituto il dato oggettivo del mero trasferimento di una entità economica di non trascurabile rilievo concretizzantesi nel passaggio tra soggetti diversi di strutture, capitali e/o lavoratori di adeguata professionalità, capaci quindi di assicurare al ramo aziendale una propria autonomia funzionale.

3.7. Da tutto ciò e specificamente dal descritto ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. e dalla ratio della norma - da individuarsi in equilibrato bilanciamento tra contrapposti interessi a copertura costituzionale (libertà di intrapresa imprenditoriale, da una parte, e diritto dei lavoratori a non fuoriuscire dal mondo occupazionale, dall'altra) - consegue il principio che anche in presenza di un intervento legislativo volto a disciplinare - come nel caso in esame - cessioni di aziende o di loro rami devono trovare applicazione nel silenzio della legge i principi informativi e la disciplina dettata dalla suddetta norma civilistica, potendosi pervenire ad una diversa conclusione solo allorché la sua inapplicabilità è espressamente prevista o quando dall'intero contesto del suddetto intervento si ricava con certezza una volontà disapplicatrice o quando, infine, è ravvisabile una oggettiva e totale incompatibilità tra la nuova legge e la norma codicistica.

3.8. Nulla di tutto cò' si riscontra però nel D.Lgs. n. 79 del 1999, in cui non vi è alcun elemento nè espresso è tacito che possa indurre a ritenere che i generali principi sul trasferimento d'azione o di un suo ramo possano essere disapplicati, essendovi un richiamo al disposto dell'art. 2112 c.c. solo

nel D.P.C.M., cui non può assegnarsi - al di là del suo contenuto - una generale forza disapplicativa della norma civilistica.

3.9. Nè può sottacersi che l'assunto delle società ricorrenti - volto a sottrarre la lavoratrice in epigrafe alla disciplina ed alle regole generali di cui all'art. 2112 c.c. ed alle garanzie sulla futura collocazione lavorativa sì da sottrarla anche ad un criterio regolativo, quale quello della "prevalenza", da essa evocato (alla stregua del quale si sarebbe dovuto attuare il passaggio nelle nuove società di quei dipendenti non inclusi nel personale delle unità produttive trasferite, ma che erano parte di unità e/o reparti delle Direzioni che presiedevano a più impianti o che erano compresi in staff che spiegavano la loro attività senza specifici e rigidi vincoli territoriali) - viene ad essere smentito non solo dal contenuto del D.Lgs. n. 78 del 1999, art. 8 e da quello dello stesso D.P.C.M. (che, come evidenziato dal giudice d'appello, più che derogare sembra applicare la disciplina dell'art. 2112 c.c.), ma anche dall'intervento attivo delle organizzazioni sindacali in sede di accordi relativi al trasferimento del personale alle nuove società, la cui portata sembra incompatibile con un sistema di regolamentazione del trasferimento destinato a lasciare ampio spazio alla discrezionalità della s.p.a. Enel nella definitiva collocazione lavorativa di una categoria di dipendenti di particolare qualificazione professionale, cui apparteneva la I.

3.10. Il primo e secondo motivo del ricorso principale vanno dunque, come detto, rigettati.

4. Con il terzo motivo la s.p.a. alfa e la s.p.a. alfa Produzione addebitano alla sentenza impugnata violazione degli artt. 420 e 427 c.p.c. nonché dell'art. 2697 c.c., deducendo che nel giudizio di merito erano state erroneamente rigettate le richieste di prova per testi e di consulenza tecnica destinate ad accertare se nel caso di specie erano stati rispettati i criteri che - in ragione del D.Lgs. n. 79 del 1999 e del successivo D.P.C.M. -

dovevano trovare applicazione nel passaggio del personale della s.p.a. alfa alle nuove società e se ancora sussisteva la necessità di inserire nell'organizzazione aziendale della s.p.a. beta uno staff di soggetti dotati di adeguate conoscenze relative al tipo di attività svolta dalla Funzione Ingegneria dell'ex Divisione produzione alfa e idonee pertanto ad assicurare alle nuove società una propria autonomia.

4.1. Per dimostrare che la suddetta censura non può trovare ingresso in questa sede è sufficiente evidenziare come le suddette società non abbiano indicato in alcun modo di avere avanzato ritualmente e tempestivamente - nel rispetto del principio dell'autosufficienza del ricorso per Cassazione - la richiesta di espletamento della prova testimoniale nè hanno indicato, in maniera specifica e chiara, le circostanze da accertare al fine di consentire a questa Corte un giudizio sulla rilevanza delle stesse ai fini decisori.

5. Con gli ultimi due motivi le società ricorrenti denunciano ancora violazione dell'art. 2112 c.c. ed insufficienza della motivazione deducendo al riguardo che la sentenza impugnata andava riformata perchè, senza seguire un corretto iter argomentativo, aveva dichiarato che il rapporto lavorativo dedotto in giudizio doveva proseguire con la s.p.a. alfa Produzione in forza del verbale dell'accordo del (...) intervenuto tra quest'ultima società e la s.p.a. alfa. Il giudice d'appello a tale conclusione era pervenuto ravvisando che tutti i rapporti residuati a seguito degli operati trasferimenti dalla s.p.a. alfa alle nuove società Genco in applicazione del D.Lgs. n. 79 del 1999 - erano stati trasferiti alla s.p.a. alfa Produzione. La Corte d'appello così decidendo aveva però errato perchè aveva ritenuto che la s.p.a. alfa avrebbe dovuto trasferire alla s.p.a. alfa Produzione tutta la Divisione Produzione che, in attuazione della disciplina speciale indicata, era stata invece ceduta solo in quota parte alle nuove società. In altri

termini il perimetro aziendale della s.p.a. alfa Produzione non era stato individuato in via residuale dallo scorporo dalla s.p.a. alfa delle cosiddette società Genco, bensì era stato determinato contestualmente ad esse, come dimostrato da documentazione in atti, e con effetti della medesima data del (...).

5.1. Anche tali ultimi due motivi risultano privi di fondamento.

5.2. Va premesso che la Corte territoriale ha riformato la sentenza del primo giudice nella parte in cui quest'ultima aveva ritenuto configurabile un licenziamento reputando invece che si fosse in presenza di un atto di trasferimento, con cessazione del rapporto lavorativo alle dipendenze della s.p.a. alfa a far data dal (...). Ed infatti la Corte d'appello di Napoli, dopo avere accertato l'illegittimità del trasferimento per violazione del disposto dell'art. 2112 c.c., ne ha fatto scaturire una continuità del rapporto tra la parte appellata e la s.p.a. alfa Produzione, tutto ciò in ragione del contenuto di un accordo sindacale del (...) sulla base del quale dovevano essere trasferiti a quest'ultima società - a partire dal (...) (e cioè dal giorno successivo a quello di cessazione del rapporto lavorativo con la cedente s.p.a. alfa) - il ramo d'azienda costituito dagli impianti dedicati alla esercizio dell'attività di produzione e quindi anche "i rapporti di lavoro di tutto il personale che, alla data del conferimento medesimo risulta(va) in forza alla Divisione Produzione". Ne conseguiva che l'ambito del ramo d'azienda ceduta dalla s.p.a. alfa alla s.p.a. alfa Produzione era proprio quello che residuava a seguito degli altri trasferimenti di rami d'azienda alle neo costituite Genco.

5.3. Da quanto esposto consegue che il quarto e quinto motivo del ricorso principale vanno dichiarati inammissibili perchè attraverso essi si tende ad accreditare una diversa ricostruzione dei fatti di causa tramite il richiamo a documenti di cui non si precisa il contenuto ed a seguito di una ricostruzione di elementi fattuali, che non

possono essere oggetto di accertamenti in questa sede di legittimità.

6. Le considerazioni svolte in relazione al quarto e quinto motivo del ricorso principale inducono alla declaratoria della infondatezza anche del ricorso incidentale, con il quale si sostiene che nel caso di specie si è in presenza di un recesso della s.p.a. alfa per avere la società "allontanato" coattivamente il resistente dal suo posto di lavoro cancellandolo dai suoi libri paga e matricola, sì da porre in essere un vero e proprio recesso da qualificarsi, appunto, come licenziamento illegittimo, con ricadute sul piano del risarcimento dei danni nella misura minima di cinque mensilità' ex art. 18 stat. lav..

6.1. A tale riguardo, va ribadito in questa sede che la sentenza ha - con una motivazione congrua, priva di salti logici ed applicativa di corretti principi giuridici e, pertanto, non suscettibile di alcuna censura in ragione della natura del giudizio di cassazione - rimarcato come la cessazione del rapporto lavorativo in esame si inquadri in un contesto di generale scomposizione della s.p.a. alfa attraverso il trasferimento di rami d'azienda, ceduti a società di nuova costituzione al fine di evitare situazioni monopolistiche nella produzione e distribuzione dell'energia elettrica.

Nell'ambito di una siffatta scomposizione trova, dunque - è opportuno evidenziarlo ancora una volta - causa la cessazione del rapporto lavorativo in esame con la s.p.a. alfa, che si colloca all'interno di un trasferimento riguardante una pluralità di lavoratori presso nuove società, sicchè risulta privo di qualsiasi fondamento l'assunto della illegittimità del licenziamento per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo.

7. Ricorrono giusti motivi - in considerazione della natura della controversia e delle questioni trattate nonchè della infondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale - per compensare

tra le parti costituite le spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta. Compensa tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

*(Omissis)*

\* \* \* \* \*

#### NOTA

La sentenza della Suprema Corte del 10 luglio 2009 n. 16198 affronta il tema del trasferimento d'azienda nell'ambito della procedura di scorporo di un'azienda pubblica in seguito all'emanazione del D. Lgs. 16 marzo 1999 n. 79 ed il D.P.C.M. 4 agosto 1999.

Nel caso di specie la lavoratrice ricorrente ha proposto ricorso nei confronti dell'azienda datrice di lavoro, denunciando la violazione della normativa di cui all'art. 2112 c.c. durante l'attività lavorativa, in seguito alla cessione del proprio rapporto di lavoro alla società di nuova costituzione, divenuta titolare di alcune centrali elettriche cedute dall'azienda cedente.

La contestazione principale riguarda l'utilizzo, nell'ambito delle procedure di riorganizzazione dell'azienda, del criterio non solo della "prevalenza" - al fine di individuare i dipendenti da trasferire alla nuova società - ma anche quello della sede lavorativa e della competenza. In virtù dell'uso di tali ulteriori parametri - adottati secondo la ricorrente ingiustificatamente - essa avrebbe subito un'illegittima cessione del rapporto di lavoro, per di più senza aver mai prestato il suo consenso a tale atto.

Punto focale dell'intera vicenda è la compatibilità tra la disciplina codicistica dell'art. 2112 c.c. e le disposizioni del cosiddetto decreto Bersani del '99 che è intervenuto per attuare una riforma delle imprese precedentemente pubbliche in ragione delle esigenze di libero mercato. Infatti, i resistenti hanno eccepito come le finalità di tale intervento legislativo fossero diametralmente diverse da quelle di cui all'art. 2112 c.c. e che per tale motivazione esso non potesse trovare applicazione nell'ambito della cessione del ramo d'azienda in questione.

La tematica riveste un ruolo importante innanzitutto poiché pone la questione circa i profili di compatibilità tra delle fonti giuridiche in relazione non solo al proprio ordine gerarchico, ma anche alle finalità perseguite.

Viene in risalto anche il ruolo che ricopre la normativa europea quale fonte giuridica verso cui le norme interne debbano compiere un'opera adeguatrice.

Nello specifico, proprio il decreto Bersani fu emanato in attuazione della Direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica per consentirne la liberalizzazione. All'art 8 esso fissava obiettivi e linee guida a mezzo dei quali la società pubblica di produzione di energia elettrica avrebbe potuto ridurre la capacità di produzione elettrica e così consentire una effettiva concorrenza.

La volontà adeguatrice alla normativa europea però, non esclude né tantomeno consente la disapplicazione della lettera codicistica che sul trasferimento d'azienda o di propri rami incontra una disciplina puntuale che non ammette deroghe.

La Suprema Corte ha confermato tale orientamento già precedentemente sostenuto<sup>1</sup>, secondo il quale laddove non vi sia un'espressa previsione del legislatore che consenta la disapplicazione di una norma, essa non può dedursi implicitamente derivante da un'altra disposizione di legge.

L'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. è deducibile alla luce di un principio, ricavabile dal temperamento di quelli costituzionali di libertà imprenditoriale e del diritto dei lavoratori a non fuoriuscire dal mondo occupazionale, secondo cui anche qualora un intervento legislativo sia volto a disciplinare cessioni d'azienda o propri rami, nel silenzio dello stesso, vada applicata la norma civilistica. Solo un intervento esplicito può quindi configurare il caso di incompatibilità totale ed oggettiva tra una nuova legge e la norma codicistica.

Deve quindi affermarsi che il disposto dell'art. 2112 c.c. debba continuare ad applicarsi anche in questo caso, con le conseguenti tutele da accordare ai lavoratori oggetto del trasferimento. Il decreto n. 79/99 non contiene infatti alcuna deroga esplicita all'art. 2112 c.c. ma di contro ne fa un richiamo che ne impone la sua osservanza.

Veniamo dunque alle tutele che derivino dall'art. 2112 c.c. per il lavoratore oggetto del trasferimento d'azienda o del ramo d'azienda. Al comma 1 esso dispone che “ *in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*”.

La disposizione ha come finalità quella di consentire che il lavoratore mantenga tutte le condizioni del proprio rapporto lavorativo e non

subisca dei demansionamenti o in casi limite il licenziamento, che in tal caso si assumerebbe come illegittimo.

Nella specie il lavoratore lamentava il trasferimento del proprio rapporto lavorativo presso la società di nuova costituzione, la quale però non comprendeva attrezzature e strumentazioni di cui era dotata la struttura presso cui operava in precedenza. A fondamento del proprio ricorso quindi, vi era la illegittimità del trasferimento.

A questo proposito è necessario chiarire in quali termini sia configurabile il trasferimento del ramo aziendale: esso comprende singole unità produttive che possono costituire autonomamente un complesso produttivo nel contesto dell'impresa cessionaria. Il requisito dell'autonomia è fondamentale poiché identifica il complesso di elementi materiali ed immateriali che possano essere uno strumento dell'impresa cessionaria, dotato di autonomia organizzativa e funzionale, che sia preesistente alla cessione. L'elemento della preesistenza invece, è rivelatore della realtà economica produttiva che non sia stata creata *ad hoc* dal cessionario, ma costituisca già precedentemente una autonoma unità produttiva.

La giurisprudenza di legittimità, in riferimento all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ha precisato come è necessario che sia oggetto del trasferimento il complesso di beni che oggettivamente si presenti come entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni e servizi<sup>2</sup>. Vi è inoltre da notare come oggetto del trasferimento possano

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. lav., 13 gennaio 2005 n. 493.

<sup>2</sup> Cass. civ. Sez. lav. 17 ottobre 2005 n. 20012; Cass. civ. Sez. lav., 17 luglio 2008 n. 19740.

essere non solo beni strumentali all'attività aziendale ma anche, e solamente, i dipendenti, purché costituiscano un gruppo dotato di particolari competenze e che siano stabilmente organizzati tra loro, in modo da rendere la propria attività idonea a tradursi in beni e servizi individuabili<sup>3</sup>.

Si richiede come elemento necessario, un legame funzionale tra le attività svolte dai dipendenti del gruppo ceduto che siano interagenti tra loro in modo da tradursi in detti beni e servizi.

Dunque, in presenza di tali elementi identificativi del trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, non può che configurarsi la piena applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c. con conseguente violazione della stesso qualora la cessione del contratto lavorativo del dipendente sia incompatibile con la permanenza presso l'azienda cedente di tutte le strumentazioni ed attrezzature in dotazione allo stesso e senza le quali non può sostenersi un vero e proprio trasferimento del ramo d'azienda.

Nella fattispecie esaminata vi è un aperto contrasto applicativo del comma 4 dell'art. 2112 c.c. laddove afferma la facoltà per il lavoratore di esercitare il recesso da rapporto contrattuale, qualora nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, le proprie condizioni di lavoro subiscano una modifica sostanziale.

La presunta inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. invocata dal ricorrente dinanzi alla Suprema Corte, non può trovare accoglimento, ancor più poiché essa risulta chiaramente dalla volontà espressa della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che con le sentenze 25 gennaio 2001 C-172/99, 26 settembre 2000 C-172/99 e 14

settembre 2000 C-343/98, ha affermato che l'art. 2112 c.c. debba ritenersi applicabile anche nei casi in cui il trasferimento d'azienda non derivi da contratto tra cedente e cessionario, ma da atto autoritativo della P.A., con il diritto conseguente dei lavoratori dipendenti dell'impresa cedente alla continuazione del rapporto di lavoro subordinato con l'impresa subentrante, purché si accerti l'esistenza della effettiva cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese.

Nella specie la Corte ha stabilito che, anche nel contesto di generale scomposizione della società di produzione di energia elettrica, attraverso la cessione di rami d'azienda a società di nuova costituzione, per evitare situazioni monopolistiche nella produzione e distribuzione dell'energia elettrica, debbano applicarsi ai passaggi di personale, allo scopo realizzati, le regole generali sul trasferimento d'azienda, confermando, pertanto, l'illegittimità del trasferimento del dipendente ricorrente, perché fatta in violazione dell'art. 2112 c.c..

Laddove, quindi tale cessione non rispetti i criteri imposti dalla normativa codicistica, nella specie quello della "prevalenza", non potrà ritenersi sussistente un effettivo trasferimento d'azienda, o meglio esso avverrà in violazione del dettato normativo. Tale criterio avrebbe dovuto consentire il trasferimento delle sole unità produttive, che a loro volta erano parti di unità e/o reparti delle Direzioni che presidevano a più impianti o che erano compresi in staff che spiegavano la loro attività senza specifici e rigidi vincoli territoriali.

Lo stesso art. 8 del decreto Bersani e il D.P.C.M. di sua attuazione, nonché l'intervento degli accordi sindacali

<sup>3</sup> Cass. civ. Sez. lav. 11 gennaio 2008 n. 511.

relativi al trasferimento del personale alle società di nuova costituzione, hanno negato la discrezionalità dell'azienda cedente nella decisione della collocazione lavorativa dei propri dipendenti, specie quelli, come la ricorrente, con una qualifica professionale particolare.

Vi è poi a riconferma dell'esigenza di tutela del lavoratore, la Direttiva Cee 77/187, la quale richiede il consenso del lavoratore per la cessione del rapporto di lavoro o comunque prevede la possibilità di opposizione alla cessione nel caso in cui vi sia la sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito del lavoratore. In questo caso, l'art. 4 n. 2 della direttiva impone agli Stati membri di prevedere che la rescissione, o meglio la risoluzione, sia posta a carico del datore di lavoro<sup>5</sup>.

La Suprema Corte quindi, riconferma la pronuncia del Giudice d'Appello che ha configurato l'esistenza del trasferimento d'azienda, posto in essere in modo erroneo dalle società ricorrenti, che non può giustificare una deroga all'art. 2112 c.c. nel silenzio del legislatore, il quale non poteva per la sua natura abrogare o modificare una disposizione di rango superiore e che si doveva limitare ad approvare il piano attuativo per la cessione degli impianti predisposto dalla società cedente ed a stabilire le concrete modalità della cessione degli impianti.

La pronuncia interviene sul tema del rapporto tra fonti codicistiche ed altre fonti normative, soprattutto laddove debbano adempiere al bisogno di coordinazione con le direttive comunitarie.

Si ribadisce il primato della norma codicistica laddove vi sia il silenzio del legislatore, proprio in virtù della posizione gerarchica di supremazia che esso ricompre. Ciò proprio perché è opinione comune della Suprema Corte che la tutela del lavoratore sia primaria ed irrinunciabile rispetto a qualunque tipo di intervento legislativo che non abroghi esplicitamente la norma del codice.

Le finalità di tutela della concorrenza e di ridimensionamento delle situazioni monopolistiche cui è stata volta la direttiva comunitaria e il decreto Bersani, non possono giustificare la deroga della disposizione di cui all'art. 2112 c.c. poiché esso assolve ad una esigenza di garanzia della posizione del lavoratore laddove si trovi ad essere interessato dal trasferimento d'azienda o del ramo d'azienda.

Tali procedure benché siano volte a migliorare la struttura organizzativa e produttiva dell'azienda, spesso non tengono in adeguata considerazione le esigenze dei lavoratori e la tutela delle proprie condizioni lavorative. A tal fine è necessario contemperare le diverse finalità e gli obiettivi cui esse tendono e soprattutto attenersi alla lettera legislativa in modo da assicurare quel bisogno di tutela che, laddove si tenga in considerazione come i mutamenti degli assetti aziendali possano incidere sui lavoratori e sulle proprie condizioni e prospettive lavorative, è possibile comprendere quanto sia fondamentale per assicurare tutte le garanzie previste dal legislatore.

<sup>5</sup> F. GISMONDI, *Trasferimento d'azienda: garanzie e limiti del diritto dei lavoratori*, in Collana Diritti dei Lavori Bari, Cacucci editore, Bari, 2008.



## **FENOMENO MOBBING: continua l'avventura tra interpretazione e realtà**

di Miriana Nacucchi

**Corte di Cassazione - Sez. IV penale  
Sentenza 9 aprile 2009 n. 23923  
(Pres. Sebastian, Rel. Cons. Marzano)**

***“Provocare ansia e stress nel dipendente con comportamenti ingiuriosi e minacciosi è una forma di mobbing che, come tale, va risarcita indipendentemente dalla responsabilità penale per i reati commessi”***

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

*(Omissis)*

1.0. Il 30 novembre 2005 la Corte di Appello di Genova confermava la sentenza in data 15 dicembre 2003 del Tribunale di Imperia, con la quale (...), riconosciutegli le attenuanti generiche, era stato condannato alla pena (condizionalmente sospesa nella sua esecuzione) di giorni venti di reclusione, nonchè al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile, per imputazioni, unificate per concorso formale, di cui agli artt. 594 e 612 c.p., art. 81 cpv., e art. 590 c.p..

Si contestava all'imputato, funzionario dirigente della Pretura di (...), di avere minacciato C.R., operatrice amministrativa presso lo stesso ufficio, e di averne offeso l'onore ed il decoro profferendo al suo indirizzo le espressioni *“lei è una falsa, non finisce qui, gliela farò pagare...”, è una irresponsabile, non si vergogna, gliela farò pagare*”; e di avere cagionato, per colpa, alla stessa C., per i fatti sopra indicati e *“con atteggiamento quotidiano violento,*

*aggressivo, alimentato da intemperanze, gesti di violenza e di prevaricazione”*, uno *“stato ansioso depressivo, con tachicardia in stress emotivo, malattia che imponeva ai medici di prescrivere prima, il (...), 7 giorni di riposo e cura e poi, il (...), altri 15 giorni di riposo e cure”*.

1.1. I fatti in questione si erano verificati nel contesto del comune rapporto di lavoro che legava l'imputato e la persona offesa a quell'ufficio, con le rispettive diverse qualifiche sopra indicate: l'imputato era ivi stato distaccato dal Tribunale di (...) verso la fine del (...), con funzioni di dirigente in sostituzione della Dott.ssa S., in congedo per maternità, e la sua applicazione era durata sino al (...); la C. svolgeva mansioni di operatore amministrativo presso l'ufficio G.I.P. dell'allora Pretura di (...) ed assolveva, di fatto, *“mansioni di livello superiore, ottemperando all'intera assistenza al magistrato anche in udienza”*. Nella sporta querela, la persona offesa, poi costituitasi parte civile, aveva rappresentato una serie di atti vessatori posti in essere dall'imputato nei suoi confronti, che le avevano anche provocato le lesioni indicate nel capo di imputazione, *“un continuo e pressante stillicidio finalizzato a sminuirne le capacità professionali, percepito come pubblico ludibrio”* (così annota la sentenza di prime cure).

1.2. Il giudice di primo grado premetteva, innanzitutto, che *“la legittimità e la liceità delle disposizioni del funzionario dirigente mai sono state messe in dubbio...”*, ma che

non era questo l'oggetto della imputazione e del procedimento, che "deve più propriamente inquadrarsi nell'ambito di quel fenomeno che la scienza medica prima e la giurisprudenza poi - in aderenza a quella - hanno indicato con la locuzione inglese mobbing", fenomeno, questo, che "non solo prescinde dall'assunzione di atti (quantomeno) illegittimi, ma - anzi - spesso diparte da atteggiamenti orali e scritti assolutamente leciti se non anche dovuti".

Si soffermava, poi, innanzitutto, sull'episodio "del fax del (...)", che riteneva "acquisire una fondamentale importanza nell'economia del processo non tanto per il contenuto in sé dell'episodio, quanto per la globale valutazione dell'attendibilità non solo della persona offesa, ma anche degli altri ulteriori testimoni, poichè il dr. D.M. ha negato la propria presenza in ufficio quel giorno... ovvero la effettiva esistenza del fax in questione". Aveva affermato la persona offesa che ella, su disposizione dell'imputato, aveva inviato un fax all'ufficio matricola del locale istituto penitenziario; sull'atto "la C. aveva apposto l'indicazione di un'ora (10,45)" e l'atto medesimo "riporta annotazione di pugno del dr. D.M. nonchè la firma per ricevuta della Procura". Essendosi accertato che il fax, in realtà, era stato inviato, e non ricevuto, dall'istituto penitenziario, annotava il primo giudice che "poco importa se fu la Pretura a inviare il fax o se lo ricevette dal carcere... In ogni caso, ciò che rileva è che, in effetti, il (...) vi fu un carteggio relativo ad un fax proveniente dalla Casa circondariale di (...)..., il che è prova indiscutibile del presupposto di fatto indicato dalla C...."; questa aveva denunciato che infondatamente l'imputato le aveva contestato di aver apposto una falsa indicazione oraria e le aveva rivolto quelle espressioni ingiuriose e minacciose riportate nel capo di imputazione (sub a) della rubrica).

Ritenuta, quindi, la "attendibilità intrinseca della p.o.", il giudice richiamava gli esiti delle acquisite dichiarazioni dei numerosi

testi escussi (...) e riteneva che "è indubbio come la condotta tenuta dal dr. D.M. nei confronti di C.R. assuma i connotati di quello che ormai comunemente viene definito mobbing..."; evocava le risultanze della "pregevole perizia" del dr. B., alla stregua della quale evidenziava la effettiva sussistenza delle lesioni lamentate dalla persona offesa; riteneva, in conclusione, comprovatamente realizzate le due ipotesi di reato contestate, quanto a quella di lesioni colpose (sub b) della rubrica ritenendo la prevedibilità del "risultato del proprio operato", secondo il modello di agente dell'homo eiusdem professionis et condicionis; liquidava il danno ritenuto dovuto, argomentando sulle singole voci al riguardo.

1.3. I giudici di secondo grado, dal canto loro, condividevano "l'eshaustività della sentenza del primo giudice, che ha argomentato su ogni piano logico e giuridico a sostegno della sua decisione"; davano contezza della ritenuta insussistenza di condizioni di legge per la richiesta rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale; ritenevano che "la qualità e la durata della malattia siano state accertate con sufficiente grado di certezza" e che "l'entità del risarcimento è del tutto condivisibile...": donde la conferma della sentenza impugnata.

2.0. Avverso tale decisione ha proposto ricorso l'imputato con due atti, uno a sua firma, l'altro a firma del proprio difensore.

2.1. Con l'atto sottoscritto dal difensore si denuncia:

a) "mancanza di motivazione sull'esistenza della colpa". Premesso che con l'atto di appello ci si era doluti "che il primo giudice avesse fondato la responsabilità del D.M. in relazione al reato di lesioni colpose contestato sub b) assumendo una prevedibilità dell'evento che invece nel caso concreto - secondo l'imputato - non era riscontrabile", assume che "la motivazione non è affatto coerente con le censure mosse". Specifica che "il problema prospettato dall'appellante consisteva nel

rilievo che un funzionario di cancelleria, per quanto esperto, non fosse in grado di interpretare quei segni manifestati dalla C. come sintomi di una malattia, anzichè come reazione umana ad un atto reputato ingiusto, mentre...la Corte di Appello risponde in termini di possibilità di percezione di reazioni patologiche senza motivare sul punto se il soggetto fosse o meno capace d'intendere le reazioni come sintomi di una malattia...". Saggiunge che "la Corte di Genova... ha frainteso la critica dell'imputato ritenendo che questi intendesse negare un collegamento causale tra condotta ed evento, mentre invece si faceva questione di colpa...";

b) il vizio di violazione di legge "in relazione alla mancata ammissione delle prove richieste (acquisizione dell'originale del fax ed esperimento giudiziale)". Poichè vi erano state contrastanti allegazioni di parte sul punto, "diventava indispensabile acquisire l'originale dell'atto per capire se l'annotazione della C. - che secondo la persona offesa rappresentava il motivo del dissidio tra lei e l'imputato... - fosse stata posta o meno; e ciò anche per consentire un'effettiva difesa dell'imputato...". La Corte di Appello aveva rigettato tale richiesta affermando che "i numerosi testi escussi sono stati concordi e non contraddittori nel ricostruire le modalità dell'ingiuria", mentre "in realtà una sola teste, oltre alla parte civile e cioè M.F., si sofferma sull'episodio, e sulla stessa grava un sospetto di nessuna credibilità...". Conclude rilevando che le "stesse considerazioni valgono per quanto concerne la deposizione dell'A..."; si era rappresentata la necessità di "provare che dal luogo ove l'A. aveva detto di trovarsi... non poteva assolutamente vedere il corridoio dove aveva dichiarato di aver visto transitare il Dott. D.M.: da qui la richiesta di un esperimento giudiziale per valutare la possibilità della visione da parte dell'A.", disattesa dai giudici del merito.

2.2. Con l'atto personalmente sottoscritto, il ricorrente assume:

v) che "il giudice di Genova ha esaminato soltanto l'impugnazione presentata dal proprio difensore e non anche gli otto motivi di appello presentati dal sottoscritto con atto separato, determinando un saltum in Cassazione di fatto";

d) che, quanto al teste A., "la mancanza di prova riferita dal giudice dell'appello è invece contenuta in un documento ufficiale sottoscritto dal medesimo teste, dal quale risulta che era impegnato in udienza tutti i martedì fino a tardi, e il (...) era un martedì...";

e) che, quanto "all'asserita concordanza dei testi", quelli "citati dalla parte civile hanno negato di avere assistito all'episodio riferito dalla medesima...";

f) che egli "ha adempiuto ad obblighi discendenti da disposizioni di legge dello Stato, regolando i suoi rapporti giuridici con il personale attraverso ordini scritti...";

g) che "la documentazione prodotta e ignorata testimonia che quella Pretura era stata caratterizzata, dal (...), in epoca antecedente all'arrivo del sottoscritto, da un clima di dissidi, di stress lavorativo, di denunce di privati, di esposti degli avvocati...";

h) che, quanto "all'asserita malattia della parte civile, il giudice dell'appello ha ignorato totalmente un documento fondamentale datato (...), con il quale il sottoscritto...tentò di assegnare compiti diversi alla parte civile per evitare che la stessa manipolasse fascicoli processuali penali e sentenze penali attestandone l'irrevocabilità...; la C. si ritirò in malattia perchè non intendeva accettare altre mansioni..." ed egli "non poteva assolutamente tollerare l'attività di cancelliere di fatto svolta dalla parte civile, che riveste la qualifica di operatore (...), assolutamente incompetente, ed in una materia delicatissima come il penale";

i) che, “relativamente all’episodio del fax..., la parte civile non ha prodotto alcun fax riportante un’asserita annotazione di orario”;  
l) che, infine, “supponendo una situazione quale asserita dalla parte civile, l’ingiuria e la minaccia sarebbero state giuste, perchè il procedimento era stato attivato dal G.I.P. di Genova e non da quello di Imperia e “sempre in ipotesi, se fosse stato vero il linguaggio colorito del sottoscritto..., sarebbe stato ampiamente giustificato in presenza di una situazione quale quella citata - impugnazione da parte di un detenuto - che richiede la massima e celere urgenza della procedura...”.

2.3. Il 12 marzo scorso il ricorrente ha prodotto una memoria a sua firma, con la quale reitera l’affermazione della sua innocenza, assumendo che “sono stato condannato, ingiustamente, per reati che risultano palesemente inventati...”.

2.4. Lo stesso ricorrente ha prodotto altra memoria a sua firma, datata 18 marzo 2009, rappresentando che “nell’ottica di ausilio, che ha sempre caratterizzato le mie funzioni..., mi sono permesso di stralciare dagli atti processuali alcuni documenti inseriti nelle seguenti cartelle, a supporto della memoria precedentemente depositata...”, ed allega copia di documenti vari.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

3.0. Per quel che concerne gli aspetti penali della vicenda che occupa, deve rilevarsi che, contestandosi i reati come commessi sino al (...), si è allo stato perento il termine prescrizione massimo di legge, ai sensi dell’art. 157 c.p., comma 1, n. 4, e art. 160 c.p., comma 3, nella lettura antecedente alla modifica normativa di cui alla L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 6, quella nella specie applicabile per l’art. 10, di tal ultimo disposto normativo, pur considerandosi i periodi di sospensione di tale termine intervenuti nel primo grado di merito.

Non si ravvisano ipotesi di inammissibilità del gravame, nè altre sussumibili nella previsione di cui all’art. 129 c.p., comma 2, per tutto quanto evidenziato nelle conformi statuizioni di merito e per quant’altro si dirà a proposito delle statuizioni civilistiche.

3.1. Quanto a queste ultime il ricorso è infondato.

Per quanto riguarda, invero, l’atto di gravame sottoscritto dal difensore, in riferimento a quanto ivi dedotto sub a) appare di intuitiva evidenza che, sotto il profilo della prevedibilità, quel comportamento addebitato potesse sfociare nelle conseguenze lesive lamentate, secondo il parametro di apprezzamento riferibile all’uomo medio, cioè ad un qualsiasi soggetto che, dotato di comuni poteri percettivi e valutativi, intenda doverosamente prefigurarsi la gamma delle possibili conseguenze del suo agire e sia, perciò, indotto ad attivare i suoi conseguenti poteri inibitori. E pertinentemente la integrativa sentenza di prime cure, dopo aver rilevato che “per la valutazione della colpa generica non può utilizzarsi un parametro esclusivamente personalistico” e “la prevedibilità va riferita al tipo di eventi che si tratta di prevenire mediante l’osservanza di date regole cautelari, valide per la generalità dei soggetti”, aveva pure annotato che “è comune esperienza che una condotta imprudente...come quella tenuta dal D.M. provoca, nella normalità dei casi, effetti quali quelli sopportati dalla parte offesa: è il perito Dott. B. che lo conferma”.

E per quanto riguarda quanto dedotto sub b), la sentenza impugnata ha dato atto che “i numerosi testi escussi sono stati concordi, e non contraddittori, nel ricostruire le modalità dell’ingiuria e la dinamica della stessa”, ed ha anche sottolineato che non è stata fornita “alcuna prova di uno spaventevole complotto ordito ai danni dell’imputato, per cui tutti gli impiegati della Pretura avessero deciso di costruire sulla personalità fragile della C. un castello di menzogne...”. La integrativa sentenza di primo grado, dal

canto suo, aveva ricordato che “il dr. D.M. ha in un primo tempo negato l’esistenza stessa del fax (...) (memoria del 10.10.01), per poi - una volta acquisito quel documento al dibattimento, recante scrittura di pugno dell’imputato - modificare la propria posizione, con memoria del 19.11.03...”; ed aveva giustamente rilevato che, a fronte del dato oggettivo così acquisito, “poco importa se fu la Pretura ad inviare il fax o se lo ricevette dal carcere...”. E “per quanto concerne la deposizione dell’A.”, i giudici del gravame hanno dato atto che “non è stato dimostrato che l’A. non si fosse mai allontanato dall’aula di udienza”, soggiungendo che “il fatto comunque è stato riferito anche dagli altri testi escussi”; il che toglie ogni rilievo decisivo al lamentato mancato espletamento di un “esperimento giudiziale”, sicchè a ragione i giudici dell’appello hanno disatteso la relativa richiesta, in riferimento al disposto di cui all’art. 603 c.p.p..

3.2. Quanto all’atto di gravame sottoscritto dall’imputato, il motivo dedotto sub c) è, assorbentemente, del tutto generico, giacchè, a fronte di un apparato argomentativo diffuso, articolato e puntuale su tutti i punti e le circostanze rilevanti ai fini della decisione, non si deduce quale ulteriore aspetto decisivo, contenuto negli “otto motivi di appello presentati dal sottoscritto”, sarebbe stato disatteso.

Per ciò che attiene al motivo sub d), concernente il teste A., s’è già sopra detto.

Quanto al rilievo sub e), è appena il caso di ricordare che il vizio di motivazione deducibile in sede di legittimità deve, per espressa previsione normativa, risultare dal testo del provvedimento impugnato, o - a seguito della modifica apportata all’art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), dalla L. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 8, - da “altri atti del procedimento specificamente indicati nei motivi di gravame”; e che tale vizio non può certo consistere in un diverso apprezzamento fattuale di circostanze logicamente valutate dal giudice del merito.

Le circostanze rappresentate sub f) e g) sono del tutto neutre rispetto al contenuto fattuale dell’addebito contestato.

Quanto al motivo sub h), concernente la “asserita malattia della parte civile”, il ricorrente inammissibilmente pretende di rimettere in discussione, in questa sede di legittimità, un accertamento di fatto logicamente compiuto dal giudice del merito. Quello di prime cure aveva, tra l’altro, richiamato “l’elaborato peritale depositato dal perito dr. B.”, che “appare assolutamente scevro da contraddizioni, idoneamente argomentato e coerente nelle sue complessive considerazioni...”. I giudici di secondo grado, dopo aver rilevato che “l’ampia istruttoria dibattimentale ha consentito di evidenziare come i sintomi della malattia, pur non ancora conclamata, erano palesi non solo all’imputato, ma ai colleghi della parte lesa...”, hanno conclusivamente dato atto che “la qualità e la durata della malattia sono state accertate con sufficiente grado di certezza...”.

Quanto, infine, ai motivi sub i) ed l), “relativamente all’episodio del fax”, di tanto si è già detto sopra; e davvero non è dato scorgere come e perchè, “supponendo una situazione quale asserita dalla parte civile, l’ingiuria e la minaccia sarebbero state giuste”, come vuole il ricorrente, certo tanto non potendo scaturire dalla irrilevante, e certamente non discriminante, circostanza “che il procedimento era stato attivato dal G.I.P. di Genova e non da quello di Imperia...”.

4. Conclusivamente: la sentenza impugnata va annullata senza rinvio agli effetti penali perchè estinti i reati per prescrizione; il ricorso va rigettato relativamente alle statuizioni civili.

P.Q.M.

La Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata agli effetti penali perchè i reati estinti per prescrizione. Rigetta il ricorso relativamente alle statuizioni civili.

(*Omissis*)

\* \* \* \* \*

## NOTA

Con la sentenza del 9 aprile 2009 n. 23923, la IV sezione penale della Corte di Cassazione affronta la discussa questione della tutela penale delle condotte c.d. di "mobbing". Il tema trattato dalla Suprema Corte aveva ad oggetto la condotta di un funzionario dirigente che - secondo quanto contestato dall'accusa - avrebbe minacciato una collega, operatrice amministrativa presso lo stesso ufficio, e ne avrebbe offeso l'onore ed il decoro proferendo al suo indirizzo espressioni ingiuriose ed offensive.

Tali comportamenti avevano indotto il giudice di primo grado a ricondurre la fattispecie concreta *"nell'ambito di quel fenomeno che la scienza medica prima e la giurisprudenza poi hanno indicato con la locuzione inglese mobbing"* fenomeno, questo, che *"non solo prescinde dall'assunzione di atti (quantomeno) illegittimi, ma - anzi - spesso dipende da atteggiamenti orali e scritti assolutamente leciti se non anche dovuti"*. Viene evidenziato il "valore aggiunto" del mobbing che consente di *"sanzionare anche quel complesso di situazioni che, valutate singolarmente, potevano non contenere elementi di illiceità ma che, considerate unitariamente ed in un contesto appunto mobbizzante, assumono un particolare valore molesto ed una finalità che non sarebbe stato possibile apprezzare senza il quadro d'insieme che il mobbing consente di valutare"*<sup>1</sup>.

Si tratta della caratteristica che è stata poi sottolineata dalla Corte di cassazione con la recente sentenza n. 22858 del 9 settembre 2008.

<sup>1</sup> Così testualmente nella sentenza di primo grado, Trib. Forlì 28-01-2005.

Si evince inoltre, che gli atteggiamenti assunti dal dirigente nei confronti dell'operatrice, erano "quotidianamente<sup>2</sup> violenti, aggressivi, alimentati da intemperanze, gesti di violenza e di prevaricazione", tanto da produrre sulla persona offesa stati ansiosi depressivi, con tachicardia in stress emotivo, malattia che imponeva ai medici di prescrivere prima 7 giorni di riposo e cure e poi altri 15 giorni e cure.

Tale tematica, diffusissima ormai in tutte le sezioni lavoro dei tribunali d'Italia, ha trovato, con la suddetta sentenza tutela sul piano civilistico e penalistico nei principi generali del nostro ordinamento.

Giova rammentare che tale argomento è spesso stato oggetto di numerose diatribe giurisprudenziali e dottrinali, che hanno dato vita a diverse definizioni<sup>3</sup>, fin quando si è arrivati a considerare mobbing la *"condotta posta in essere dal dirigente in un situazione lavorativa di conflittualità sistematica, preesistente ed in costante progresso all'interno del luogo di lavoro, in cui i ripetuti e sistematici attacchi, hanno lo scopo di danneggiare la salute, la reputazione e la professionalità della dipendente <<mobbizzata>>"*. Bisogna quindi prestare attenzione in quanto non ogni comportamento, anche se vessatorio nei confronti del dipendente, da parte del datore di lavoro, può essere considerato mobbing.

Il *discrimen* tra un comportamento e l'altro, rilevante ai fini della individuazione di un comportamento

<sup>2</sup> Corte d'Appello Torino 25-10-2004 ritiene "indispensabile la concorrenza di due elementi e precisamente quello della reiterazione e della sistematicità delle condotte, e l'intenzionalità delle stesse".

<sup>3</sup> Trib. Bari 20.02.2004; Trib. di Pinerolo 02.04.2004; Trib. Forlì del 28.01.2005.

propriamente qualificabile come “mobbizzante” è per vero assai incerto.

Nel caso in esame, attraverso le testimonianze dei colleghi della vittima, si era accertata la responsabilità del dirigente: infatti, è stato specificamente accertato che “*i comportamenti tenuti dal dirigente sono stati tali da fare sorgere stati di ansia e di depressione provocati dal suo comportamento aggressivo ed autoritario nei confronti della cancelliera*”.

Sul punto, giurisprudenza ed autorevole dottrina sono oramai concordi nel definire il mobbing quale “*serie di vessazioni ripetute nel tempo (da almeno 6 mesi) e che tra le azioni e le omissioni poste in essere dal dirigente o datore di lavoro e la patologia insorta nel lavoratore <<mobbizzato>> debba sussistere un nesso di causalità*”.

La persona offesa, sporta querela e costituitasi parte civile, aveva rappresentato una serie di atti vessatori posti in essere dall'imputato nei suoi confronti, richiedendo e poi ottenendo in Appello - per quanto attiene una certa giustizia in ambito civilistico - un risarcimento del danno per aver offeso il decoro e l'onore della stessa insieme alla malattia che valse alla donna più di 20 giorni di riposo; per quanto attiene invece l'ambito penalistico, il dirigente, sempre dinanzi al giudice di secondo grado, era stato condannato alla pena di 20 giorni di reclusione; facendo rientrare il reato del mobbing, poiché non punibile dal codice penale, al reato dei maltrattamenti in famiglia. Tra l'imputato e la cancelliera, vi era un rapporto quotidiano sempre basato su atteggiamenti e gesti violenti, aggressivi e di prevaricazione. I due erano legati dal comune rapporto di lavoro che legava l'imputato e la

persona offesa nello stesso ufficio con le rispettive diverse qualifiche. E' importante rilevare che al dirigente prepotente è addebitabile la colpa consistente nel fatto di non aver azionato i “consequenti poteri inibitori” per tenere a bada la sua condotta imprudente, una precauzione, dice la sentenza, che ogni “*uomo medio, dotato di comuni poteri percettivi e valutativi avrebbe dovuto fare per evitare le conseguenze dannose*” come quelle supportate dalla parte offesa.

Per quel che concerne gli aspetti penali della vicenda, deve rilevarsi che oramai, è subentrata la prescrizione del reato ascritto; nella fattispecie di lesioni colpose a cui era stato condannato in Appello. Contro il mobbing, quindi, la via penale appare difficilmente praticabile. Vi sono stati sforzi interpretativi volti a dare una tutela anche penale alle vittime di persecuzioni sul luogo di lavoro. I magistrati di legittimità hanno assimilato il fenomeno ai maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p..

Una recentissima sentenza, che ha seguito quella che si sta esaminando sempre facente parte della Cass. VI sezione penale del 26 giugno 2009 n. 26594 ha chiarito che non si può assimilare sempre e comunque il reato penale di cui all'art. 572 c.p..

Il datore di lavoro di una grande azienda, difatti, non potrà essere condannato in ambito penale. La motivazione è che il rapporto che lega quest'ultimo con un lavoratore, è diverso dal rapporto degli stessi soggetti lavoratori in una piccola azienda. Unica strada da intraprendere per chi vuole avere un minimo di giustizia, resta quella dell'azione civile per riavere il risarcimento del danno. Tale reato, per essere ascritto, prevede

relazione diretta tra il sottoposto e la piena influenza di chi lo vessa. Ecco perché la Cassazione esclude, con la sentenza n. 26594, che nell'ambito di una grande azienda si possa realizzare quella relazione che caratterizza il consorzio familiare che integra i presupposti del reato di maltrattamenti a cui la giurisprudenza costante ha assimilato il mobbing, per carenza di una specifica figura di reato.

Con la pronuncia della Cassazione quindi, è stata resa giustizia per quanto attiene l'ambito civile, poiché è stato addebitato al dirigente di risarcire il danno di cui è stato autore, ma ha invece anche ricordato quanto importante sia una normativa *ad hoc* nell'ambito penale, che regoli il reato del mobbing senza poterlo assimilare ad altri reati che poi per tante interpretazione ed *escamotage*, fa venir meno la condanna.

# Giurisprudenza di merito



## LA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE DEL MEDICO

di Tiziana Valeriana De Virgilio

**G.U.P. Trani Dott.ssa Miccoli  
Sentenza 22 giugno 2009 n. 210**

*“Non è penalmente responsabile ai sensi dell’art 589 c.p. il medico dipendente del Pronto Intervento quando, pur avendo posto in essere condotte caratterizzate da profili di superficialità ed omissioni inescusabili nella gestione del caso clinico, lo stato di salute del paziente sia già gravemente compromesso. Nei reati omissivi colposi, la riduzione della concreta possibilità di efficacia dell’intervento medico-chirurgico dovuta alle condizioni del paziente, interrompe il nesso di causalità tra la condotta del medico e l’evento morte occorso, assumendo la rilevanza di mera concausa dell’esito infausto della terapia”.*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

*(Omissis)*

1. Con atto depositato in data 16 dicembre 2006 il Pubblico Ministero ha esercitato l’azione penale nei confronti di X.Y. e Z.W., imputati del reato di omicidio colposo trascritto in epigrafe.

Entrambi gli imputati sono stati ammessi alla definizione del processo con il rito abbreviato, accettato anche dalle parti civili costituite.

E’ stata espletata una perizia medico legale e, all’udienza del 26 marzo 2009, rassegnate

dalle parti le conclusioni, il giudice ha deciso con lettura del dispositivo qui di seguito riportato.

2. Ad entrambi gli imputati è ascritta la condotta colposa di cui all’art. 589 cod. pen. perché “quali medici del Servizio 118 intervenuti su richiesta dei familiari di S.A., in cooperazione tra loro e ciascuno con la propria condotta caratterizzata da colpa professionate cagionavano la morte di S.A., avvenuta per arresto cardiocircolatorio secondario a massivo edema polmonare di natura emorragica. In particolare, il dr. Y. e la dr.ssa W., entrambi dopo aver visitato il S. presso la sua abitazione rispettivamente alle ore 17,16 e alle ore 3,30, non ne disponevano il necessario ricovero e gli opportuni approfondimenti diagnostici, omettendo di valutare correttamente il complesso quadro patologico del S.. Con detta condotta omissiva determinavano l’aggravarsi delle condizioni del Secchi e la conseguente morte dello stesso”.

In data 28 gennaio 2006 A.S. affetto da “cardiopatologia dilatativa e diabete”, decedeva in (...).

I parenti riferivano in un esposto che il giorno precedente a quello della morte, a seguito di un peggioramento delle condizioni di salute, il S. era stato visitato d’urgenza nella propria abitazione dal medico di fiducia (il dott. K.), il quale, rilevando una grave insufficienza cardio-respiratoria, aveva ritenuto necessario l’immediato ricovero in ospedale mediante intervento del

“118”. Chiamata l’ambulanza era arrivato anche il medico in servizio, il dott. Y. che, dopo una visita “approssimativa”, non aveva ritenuto necessario il ricovero e la somministrazione di ossigeno richiesta dal paziente. Aveva, quindi, disposto l’infusione di una fiala di diuretico.

Nel corso delle ore serali le condizioni del S. erano peggiorate repentinamente ed era stato richiesto nuovamente l’intervento del servizio “118”. Era quindi intervenuta presso l’abitazione del S. la dott. W., che aveva confermato l’inutilità del ricovero, trattandosi di una semplice infezione delle vie urinarie tanto che alle ore 3,30 era andata via. Alle ore 7,00, richiesto un nuovo intervento la dott. W. aveva disposto il trasporto urgente del S. presso il pronto soccorso, dove però era giunto cadavere.

Le indagini svolte dal Pubblico Ministero prima e gli accertamenti medico legali effettuati con la perizia disposta nel giudizio abbreviato hanno acclarato che entrambi i medici odierni imputati Posero in essere condotte caratterizzate da profili di superficialità ed omissioni inescusabili nella gestione del caso clinico di cui ebbero ad occuparsi in tempi diversi.

E’ utile, in merito, rinviare alle “considerazioni medico legali” contenute nella relazione peritale acquisita in atti, esente da vizi logici e di metodo e che, per questo, si fa propria nel percorso decisionale.

Senonché, così come verificato anche dal perito, nel caso di specie non è stato accertato uno degli elementi costitutivi del reato di omicidio colposo ovvero la c.d. “*efficienza causale*” tra la condotta colposa dell’autore e l’evento morte.

Ha affermato il perito nella sua relazione (pagg. 19 - 20): <<....Passando allora a valutare se la condotta assistenziale posta in essere dai sanitari, qualificata come negligente ed imprudente, abbia avuto efficienza causale nel determinismo dell’exitus, innanzitutto si sottolinea come la carenza dei dati obiettivi a disposizione e gli

elementi di contraddittorietà di taluni degli stessi (diagnosi del curante versus quella dei medici del 118) inficino la verifica del nesso stesso. Vero è che in caso di *provata* gravità respiratoria, quale quella segnalata dal medico curante, la condotta di tutti e tre (n.d.r.: il perito correttamente ha rilevato profili di colpa anche in capo al medico di famiglia, dott. K.) medici intervenuti a vario titolo, avrebbe avuto efficienza *concausale* nel peggioramento della insufficienza cardiaca, ritardando la diagnosi e soprattutto i trattamenti che il caso richiedeva: la persistenza per ore di una grave insufficienza cardiorespiratoria difatti potrebbe aver contribuito al peggioramento dello stato di salute portando allo scompenso cardiaco con edema polmonare esiziale. Deve tuttavia rilevarsi che il sig. S. fosse paziente affetto da grave compromissione del sistema cardiocircolatorio e respiratorio, a tipica evoluzione progressivamente peggiorativa nonostante i presidi terapeutici già in atto, tra i quali il posizionamento di un pace-maker defibrillatore: riscontri questi che certamente rendevano *severa* la prognosi *quoad vitam* dell’*edema polmonare* che complicò lo stato di scompenso cardiaco, sin dall’esordio, riducendo in concreto la possibilità di efficacia e successo dei presidi terapeutici quand’anchetempesivamente applicati. In conclusione, in un’ottica controfattuale non vi sono elementi di certezza che consentano di stabilire se un ricovero tempestivo in ambiente ospedaliero avrebbe migliorato la prognosi, di per sé già severa per le riferite preesistenze>>.

Ha quindi concluso il perito: <<....La gravità delle patologie dalle quali il sig. S. era affetto, le incertezze e carenze documentali sulle condizioni del paziente durante le fasi di assistenza a domicilio non consentono di poter stabilire, con certezza o alta probabilità logica, se la predetta condotta abbia influito in maniera concausale nel determinismo dell’exitus. Difatti, nell’ottica contro fattuale gli elementi a disposizione non sono sufficienti per stabilire con certezza se un

trattamento tempestivo ed adeguato avrebbe potuto migliorare la prognosi *quoad vitam* di paziente in precario equilibrio cardiorespiratorio da lungo tempo>>.

Se così è, gli imputati vanno assolti perché il fatto come ascritto non sussiste. Va, infatti, rammentato che la giurisprudenza da sempre ha affrontato il problema della causalità nel “reato omissivo improprio” o “compromissivo mediante omissione” posto in essere da chi viola gli speciali doveri collegati alle cc.dd. *posizioni di garanzia* non impedendo il verificarsi dell’evento (art. 40 comma 2 cod. pen.).

Come è noto, prima dell’intervento delle Sezioni Unite in materia (con la sentenza 10 luglio 2002 n. 30323, Franzese), la giurisprudenza basava il giudizio di responsabilità esclusivamente sul criterio probabilistico/statistico pur con significative differenze rispetto al *quantum* percentuale idoneo ad ascrivere il fatto lesivo alla condotta omissiva del medico.

Si andava dall’orientamento, per lungo tempo non controverso secondo cui per fondare il giudizio di responsabilità era sufficiente accertare che l’intervento del sanitario, doveroso ma omesso, avrebbe avuto “serie ed apprezzabili probabilità di successo”, fino all’altro, più recente, che invece pretendeva occorresse accertare che il comportamento doveroso ma omesso, avrebbe avuto “un alto grado di probabilità di successo” intendendosi, però, tale espressione, nel senso che dovesse esserci una probabilità vicina alla “certezza” cioè “quasi prossima a cento”, non bastando una semplice probabilità, o addirittura, una mera possibilità, più o meno elevata, di salvezza.

Più specificamente, in epoca meno recente è stato talora affermato che a far ritenere la sussistenza del rapporto causale, “quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di successo sono sufficienti” (Cass. Sez. 4, n. 4320/83); in altra decisione si è precisato che, pur nel contesto di una “probabilità anche limitata”, deve trattarsi di “serie ed apprezzabili probabilità di

*successo*” (considerandosi rilevante, alla stregua di tale parametro, una possibilità di successo del 30%: così Cass. Sez. 4, n. 371/92).

In un’altra decisione la Suprema Corte aveva affermato che “in tema di responsabilità per colpa professionale del medico, se può essere consentito il ricorso ad un giudizio di probabilità in ordine alla prognosi sugli effetti che avrebbe potuto avere, se tenuta, la condotta dovuta..., è necessario che l’esistenza del nesso causale venga riscontrata con sufficiente grado di certezza, se non assoluta...almeno con un grado tale da fondare su basi solide un’affermazione di responsabilità non essendo sufficiente a tal fine un giudizio di mera verosimiglianza (così Cass. Sez. 4, n. 10437/93).

In tempi più recenti la prevalente giurisprudenza della Corte ha costantemente posto l’accento sulle “*serie e rilevanti (o apprezzabili) probabilità di successo*” sull’*alto grado di possibilità*” ed espressioni simili (così, Cass. Sez. 4, n. 1126/2000: nella circostanza è stata apprezzata, a tali fini, una percentuale del 75% di probabilità di sopravvivenza della vittima, ove fossero intervenute una diagnosi corretta e cure tempestive).

Alla fine dell’anno 2000 la Suprema Corte in due occasioni (Cass. Sez. 4, 28 settembre 2000, Musto, e Sez. 4, 29 novembre 2000, Baltocchi) ha poi sostanzialmente rivisto “ex novo” la questione, procedendo ad ulteriori puntualizzazioni.

E’ stato invero rilevato che “*il problema del significato da attribuire alla espressione “con alto grado di probabilità”...non può essere risolto se non attribuendo all’espressione il valore, il significato appunto, che le attribuisce la scienza e, prima ancora, la logica cui la scienza si ispira, e che non può non attribuirgli il diritto*”; ed è stato, quindi, sostenuto che “*per la scienza non v’è alcun dubbio che dire “alto grado di probabilità” “altissima percentuale” “numero sufficientemente alto di casi” voglia dire che, intanto il giudice*

può affermare che una azione o omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che “enuncia una connessione fra eventi in una percentuale vicina a cento”..., questa in sostanza realizzando quella “probabilità vicina alla certezza”.

A tali risultati la giurisprudenza era pervenuta senza che venisse posta in discussione l'accettazione di quella che è considerata l'unica teoria sulla causalità che il nostro ordinamento prende in considerazione, cioè quella della *condicio sine qua non* o della equivalenza delle cause. Secondo tale teoria è causa penalmente rilevante la condotta umana, attiva od omissiva, che si pone come condizione necessaria nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato. La verifica della causalità, quindi, postula il ricorso al c.d. “giudizio controfattuale” nel senso che: A) la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; B) la condotta umana “non è” condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

Il giudizio controfattuale (ovvero “contro i fatti”) costituisce il fondamento della teoria della causalità accolta dal nostro ordinamento e va compiuto sia nella causalità commissiva che in quella omissiva ipotizzando, nella prima, che la condotta sia stata assente e, nella seconda, che sia stata invece presente, e verificando il grado di probabilità che l'evento si sarebbe prodotto ugualmente.

Il giudizio controfattuale va, quindi, effettuato su due livelli: se il fatto materiale non si fosse prodotto si sarebbe ugualmente verificato l'evento? E' chiaro che se la risposta è positiva la causa dell'evento non è

riconducibile all'azione o all'omissione dell'uomo. Se, invece, la risposta è negativa il giudizio va condotto anche in relazione alla condotta umana che ha avuto efficacia nel determinismo dell'evento: se quella condotta non fosse stata assente (o fosse stata presente) l'evento si sarebbe prodotto ugualmente?

Si transita, così, nel giudizio dalla causalità meramente materiale a quella particolare forma di causalità denominata “causalità della condotta”. Causalità materiale e causalità della condotta possono anche coincidere quando il fatto materiale che ha cagionato l'evento è costituito dall'opera dell'uomo. Nei reati colposi, però, l'indagine dovrà poi essere completata con l'accertamento dell'eventuale esistenza dell'elemento soggettivo del reato: è infatti necessario verificare se quella violazione della regola cautelare normativamente o meno prevista, abbia cagionato.

Già prima dell'intervento delle Sezioni Unite, la suprema Corte ha avuto modo di sottolineare la distinzione tra la probabilità statistica e la probabilità logica; è stato evidenziato come una percentuale statistica pur alta possa non avere alcun valore eziologico effettivo quando risulti che, in realtà, un certo evento è stato cagionato da una diversa condizione; e come, al contrario, una percentuale statistica medio-bassa potrebbe invece risultare positivamente suffragata in concreto dalla verifica della insussistenza di altre possibili cause esclusive dell'evento, di cui si sia potuto escludere l'interferenza (così Cass. Sez. 4, 23/1/2002, Orlando).

Atteso il radicale contrasto che nel tempo si era determinato all'interno della giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite si sono pronunciate con la nota sentenza *Franzese*, con la quale sono stati individuati i criteri da seguire perchè possa dirsi sussistente il flessio causale tra la condotta omissiva e l'evento, e sono stati enunciati taluni principi che sinteticamente si richiamano:

1) il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua: del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento "hic et nunc", questo non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato ma in epoca posteriore o con minore intensità lesiva;

2) non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poichè il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica";

3) l'insufficienza la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.

Pertanto, secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, potrà pervenirsi all'affermazione di responsabilità solo quando, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e "processualmente certa" la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado

di credibilità razionale" o "probabilità logica".

Nel caso di specie, tenuto conto - come si è visto - degli esiti incerti degli accertamenti sul c.d. giudizio controfattuale non si può che emettere pronunzia assolutoria

P.T.M.

Il giudice, letti gli artt. 438 ss. e 530 cod. proc. pen., assolve X.Y. e Z.W. dal reato ascritto loro perché il fatto non sussiste.  
(*Omissis*)

\* \* \* \* \*

#### NOTA

La sentenza in analisi, emessa dal G.U.P. del Tribunale di Trani, interviene nuovamente nell'ambito di una diatriba che da anni ormai ha condotto a diverse riflessioni sia in dottrina che in giurisprudenza di merito e di legittimità: quale debba essere la qualificazione della responsabilità medica e quali siano i confini e i riverberi dell'intervento medico-chirurgico sul paziente.

La pronuncia in oggetto benché di carattere penale, offre un valido spunto per affrontare la tematica della responsabilità medica su un duplice profilo: l'identificazione del problema del nesso causale e la sua rilevanza per la determinazione della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera in relazione al suo intervento nei confronti del paziente.

Il tema non è solo di grande interesse per la sua complessità e per la sua portata interdisciplinare tra il diritto penale e del lavoro, ma più di tutto riveste ancor più rilievo laddove lo si connota nell'ambito dell'identificazione e qualificazione che la figura del medico abbia nel nostro sistema sociale.

Inevitabilmente divergeranno anche le conseguenze nel giudizio penale rispetto all'eventuale giudizio di lavoro nei confronti del professionista. Infatti, se nel primo sarà oggetto di valutazione critica la diretta connessione causale tra condotta attiva/omissiva del medico e l'evento-danno occorso al paziente, nel secondo sarà la natura della prestazione e la sua competenza alla stregua dei caratteri di diligenza e perizia.

Dobbiamo considerare che recenti interventi della Suprema Corte hanno teso a distinguere la causalità penale da quella civile (Cass. civ., 16 ottobre 2007 n. 21619) e le ragioni sono essenzialmente tre: la prima riguarda la diversa funzione che il sistema penale debba assolvere rispetto a quello civile, ossia di tipo sanzionatorio a fronte della responsabilità aquiliana e contrattuale di matrice civilistica.

In secondo luogo, va notato come in sede civile siano previste forme di responsabilità oggettiva e presunzioni di colpa che in sede penale sono completamente negate: ciò in virtù dell'esigenza di una tutela rafforzata di determinati beni giuridici quali sono quelli definiti essenziali nel nostro ordinamento.

In ultimo è necessario considerare come tale tutela venga in evidenza con l'affermarsi del concetto esteso di esigenza di giustizia tramite la risarcibilità accordata anche alla cosiddetta perdita di chance, affermata anche in relazione all'intervento medico-chirurgico.

Per le motivazioni su esposte, va compreso come il rapporto di causalità rivesta un ruolo diverso nell'ambito civilistico proprio per la sua connotazione di matrice risarcitoria.

La fonte giuridica di tale obbligazione risarcitoria è stata a lungo discussa, ma gli ultimi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sono concordi nell'affermare che l'obbligazione a cui il medico debba adempiere sia da definirsi di "quasi-risultato". Si è giunti dunque ad una qualificazione dell'obbligazione medica, quale derivante dal cosiddetto contratto di prestazione atipica di spedalità tra il paziente ed il medico, che si assuma l'onere di predisporre tutte le proprie conoscenze al fine di eseguire la prestazione richiesta.

Si configurano dunque, due distinte responsabilità, della struttura ospedaliera e del medico in prima persona. La struttura ospedaliera che si avvalga della collaborazione del medico quale proprio dipendente, risponderà ex art. 1228 c.c. anche qualora non sussista un vero e proprio vincolo di subordinazione del medico ma anche in caso di collaborazione occasionale oppure qualora sia lo stesso medico di fiducia del paziente ad attuare un intervento su richiesta del proprio assistito. La responsabilità della struttura dunque, potrà essere esclusa solo qualora essa abbia assunto una posizione di "*mero collaboratore del creditore*" (Cass. n. 8826/2007).

Il rapporto di subordinazione tra struttura ospedaliera e medico sarà eventualmente fonte di un distinto giudizio che, laddove provata la negligenza e l'imperizia del dipendente, condurrà a sanzioni disciplinari gradatamente proporzionali alla condotta ed al danno provocato. In casi determinati ed in occasioni di comportamenti che ledano l'immagine della categoria professionale alla quale il medico appartiene, sarà poi lo stesso Ordine dei Medici ad avviare un

procedimento disciplinare nei suoi confronti.

Il professionista, assume nella propria veste un duplice obbligo: effettuare una prestazione lavorativa ed assolvere alle funzioni derivanti dal proprio rapporto lavorativo, che lo rende responsabile nei riguardi del proprio datore di lavoro, che dovrà anche eventualmente rispondere del suo operato.

In merito alla responsabilità del medico invece, essa va intesa sempre contrattualmente ma nell'ambito del rapporto qualificato che s'instaura tra professionista e paziente, definito da contatto sociale.

Si definisce in tali termini l'obbligazione che derivi non da una vera e propria pattuizione, bensì dall'obbligo che gravi su di un soggetto appartenente ad una categoria professionale che ne condizioni l'adempimento in base ai canoni di diligenza ex art. 1176, co. 2, e di perizia ex art. 2236 c.c..

Il rapporto tra medico e paziente viene fondato su di un contratto d'opera professionale così come specificato dalla recente sentenza della Suprema Corte n. 577/2008 e la diligenza richiesta al medico sarà qualificata trovando applicazione il combinato disposto degli artt. 1176 e 2236 c.c. che comportano un grado di diligenza maggiore in relazione ai vari gradi di specializzazione e dunque di conoscenza del medico. Per questo motivo, il medico che operi in una struttura ospedaliera e sia specializzato in un determinato settore sarà oggetto di maggiore rigore nel giudizio del suo operato, rispetto al medico del pronto intervento che possieda cognizioni generiche.

L'esigibilità del risultato da parte del paziente/creditore, sarà direttamente

proporzionale alle condizioni dello stesso, all'abilità tecnica del professionista ed alla capacità tecnico-organizzativa della struttura ospedaliera. Tali parametri saranno le linee guida per la valutazione dell'effettivo impatto dell'intervento medico-chirurgico, soprattutto nel caso di esito infausto, che dovrà essere rapportato a criteri di normalità.

Per quanto concerne il regime probatorio, la Corte precisa che il principio del favor per il creditore/paziente pone a suo carico il semplice onere di allegazione del titolo dal quale derivi l'obbligazione del professionista, nonché il peggioramento dello stato di salute del paziente derivante dalla sua prestazione.

Onere del medico invece, sarà quello di dimostrare che eventuali esiti infausti siano dovuti a fattori esterni alla propria sfera soggettiva e comunque non ricollegabili causalmente al proprio operato. Di conseguenza, si elimina la precedente distinzione operata dalla giurisprudenza tra interventi routinari e complessi ai fini del regime probatorio nonché della qualificazione dell'obbligazione medica come di mezzi o di risultato.

Attualmente si considera la prestazione medica nella sua interezza, finalizzata al raggiungimento del fine ultimo, ossia la guarigione del paziente, rapportandola nella sua valutazione, ai criteri di normalità suddetti ed all'impatto che eventuali errori del professionista abbiano avuto sulle condizioni del paziente.

Viene dunque nuovamente in risalto il problema della causalità, che diviene il punto focale della valutazione della condotta del medico. Infatti, al contrario di ciò che avviene nell'ambito penalistico, la causalità civile segue logiche meno rigide, e non sarà

necessario provare al di là di ogni ragionevole dubbio il nesso di causalità tra la condotta attiva od omissiva del medico e l'evento dannoso occorso: non può dunque trovare applicazione il criterio dell'*alto od elevato grado di credibilità razionale* in base al quale effettuare il giudizio controfattuale della fattispecie.

L'istruttoria del procedimento penale in oggetto ha condotto tramite gli accertamenti medico-legali, alla conclusione che effettivamente gli imputati "*posero in essere condotte caratterizzate da profili di superficialità ed omissioni inescusabili nella gestione del caso clinico*". Tuttavia, non è stata rinvenuta la necessaria efficienza causale che determinasse con un grado probabilistico prossimo alla certezza, (secondo i nuovi insegnamenti giurisprudenziali), la connessione di tali negligenze con l'*exitus mortis* del paziente.

La sentenza in esame, utilizza i parametri tracciati dalla ben nota sentenza Franzese n. 30328/2002, al fine di escludere la responsabilità penale degli imputati, laddove non sia possibile ricondurre nettamente alla stregua del ragionamento probatorio, l'evento lesivo al comportamento omissivo del medico, data l'interferenza di fattori esterni quali concause determinanti nell'accelerazione del decorso negativo della patologia della vittima.

Si abbandona definitivamente la precedente impostazione dottrina e giurisprudenziale, la quale richiedeva una causalità "*sufficiente*" a sostenere l'evento danno sulla base del giudizio prognostico effettuato tramite la sussunzione sotto le leggi scientifiche, che potesse ricondurre l'azione/omissione al danno prodotto.

Vi è un punto di svolta con la pronuncia del 2002 nella definizione del concetto di causalità, poiché si sceglie di affiancare il dato probabilistico a quello logico, ammettendo come il cosiddetto "*grado di probabilità prossimo alla certezza*" voglia assolvere ad un'esigenza di formazione di una certezza processuale e non statistica.

Ben diversa però dovrà essere l'impostazione della questione in ambito civilistico, laddove si ravvisi l'intima connessione tra la prova della sussistenza del nesso di causalità e l'accertamento della relativa responsabilità del medico, la cui esclusione sarà onere dello stesso professionista. Sarà dunque necessaria l'applicazione in tale ambito del concetto di "perdita di chance" di guarigione del paziente, al fine di individuare l'effettivo impatto lesivo dell'operato del medico.

La pronuncia della Suprema Corte n. 4400/2004, ha chiarito come s'intenda per chance, la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato giuridicamente rilevante ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, tramite la tecnica dello sconto percentuale in base alla chance considerata.

Si dovrà quindi distinguere tra la domanda risarcitoria da perdita di chance, nella quale l'accertamento probabilistico atterra individuazione del nesso di causalità e quella per il mancato raggiungimento di uno specifico risultato, in cui sarà determinante il momento di manifestazione del danno<sup>1</sup>.

Scopo ultimo ed imprescindibile del giudizio civilistico, sarà dunque la

<sup>1</sup>.CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike giuridica 2009.

tutela del bene della vita che la condotta del medico ha esposto ad ulteriori rischi, valutati tramite il dato probabilistico e con l'impiego delle regole scientifiche.

L'esigenza risarcitoria di tale bene, che nel nostro ordinamento supera le antiche remore che conducevano ad un protezionismo di determinate categorie professionali, è oggi sentita come primaria, proprio in virtù di quel contatto sociale che prima ancora di essere un principio giuridico è essenzialmente un principio sociale irrinunciabile.

## Autori

- in ordine alfabetico -

**ACAMPORA Maria Grazia** - Avvocato, Tutor alla prima Cattedra di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**AMORUSO Valentina** - Laureanda in Giurisprudenza.

**BELSITO Antonio** - Avvocato giuslavorista, cassazionista e docente presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali e presso il Master sul Mobbing, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**BELSITO A. Valerio** – Laureando in giurisprudenza.

**BINETTI Clarenza** - Praticante avvocato, collabora nelle pubblicazioni della rivista scientifica [www.dirittodeilavori.it](http://www.dirittodeilavori.it).

**BONGERMINO Vitalba** - Praticante avvocato.

**BRINDICCI Gaetano** – Avvocato giuslavorista.

**BRUNO Roberta** - Avvocato, Tutor alla prima Cattedra di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**CARDANOBILO Fabio** - Avvocato, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**CARONE Arturo** - Dottorando in Diritto del Lavoro all'Università degli Studi di Siena.

**CERVELLERA Daniela** - Avvocato penalista, responsabile di redazione delle rivista scientifica [www.dirittodeilavori.it](http://www.dirittodeilavori.it).

**CORTESE Marilena** - Avvocato penalista.

**D'ALESIO Silvia Ardua** - Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell'U.O. "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

**DI BIASE Incoronata Marika** - Avvocato.

**DE LILLO Pierluigi** - Praticante avvocato.

**DE VIRGILIO Tiziana Valeriana** - Praticante avvocato.

**GERMANO Tommaso** - Professore Associato, Titolare di Previdenza Sociale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

**GISMONDI Francesco** - Avvocato giuslavorista, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**LA NOTTE CHIRONE Maria Antonietta** - Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Trani.

**MANGIATORDI Maria** - Avvocato.

**MARALFA Giuseppe** - Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

**NACUCCHI Miriana** – Praticante avvocato.

**PAPAGNI Felicia** - Avvocato.

**ROMANO Raffaella** - Avvocato.

**TIRABOSCHI Michele** - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Direttore del Centro Studi "Marco Biagi".

**VENETO Gaetano** - Titolare della prima Cattedra di Diritto del Lavoro e Direttore del Master sul Mobbing presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari, Direttore del Centro Studi Diritto dei Lavori.





