

fondata e diretta da

Gaetano Veneto

www.**diritto**
dei lavori.it

COORDINATORE SCIENTIFICO

Antonio Belsito

VICEDIRETTORE

Tommaso Germano

COMITATO SCIENTIFICO

*Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Giuseppe Tucci
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, Ezio Bonanni
Roberta Bruno, Bruno Cantarone, Fabio Cardanobile, Marilena Cortese
Silvia Ardua D'Alesio, Pietro Difino, Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi
Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Emanuela Sborgia, Vincenzo Turco*

Realizzato dal Centro Studi Diritto dei Lavori
diretto da Gaetano Veneto

Tutti i diritti sono riservati
Copyright 2010 by Cacucci Editore

www.diritto_{dei}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:

Perché il diritto dei lavori continua ad ampliarsi: contributo del diritto penale del lavoro (<i>Gaetano Veneto</i>)	9
--	---

DOSSIER:

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

La previdenza (non più) sociale (<i>Tommaso Germano</i>)	17
---	----

LAVORI TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE

La figura del promotore finanziario tra autonomia e subordinazione. E' davvero un agente di commercio? (<i>Antonio Belsito</i>)	21
---	----

SICUREZZA SUL LAVORO

Provvedimento di sospensione dell'attività di impresa (<i>Maria Grazia Acampora</i>)	33
---	----

PENALE DEL LAVORO

La tutela dell'integrità psico-fisica del cittadino (e del lavoratore) e l'intervento nel processo delle formazioni sociali intermedie (<i>Ezio Bonanni e Emanuela Sborgia</i>)	39
--	----

Responsabilità penale del datore di lavoro del dirigente e del preposto (<i>Tiziana Valeriana De Virgilio</i>)	53
--	----

PREVIDENZA E WELFARE

Collegato lavoro e ammortizzatori sociali: sempre in attesa della riforma <i>(Umberto Antonio Castellano)</i>	61
Auspici per una riforma della previdenza agricola <i>(Mario Di Corato)</i>	65
Il trattamento di malattia degli autoferrotranvieri <i>(Luca Laurino)</i>	69

DIRITTO DEL LAVORO COMPARATO

Il lavoro autonomo nell'ordinamento spagnolo: la figura del TR.A.D.E. <i>(Valerio Belsito)</i>	81
--	----

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Quietanze a saldo e volontà abdicativa: risarcimento per danno biologico <i>(Pierluigi De Lillo)</i>	91
Responsabilità penale del datore di lavoro e rischio elettivo <i>(Tiziana Valeriana De Virgilio)</i>	97
Part-time verticale e lavoro stagionale <i>(Clarenza Binetti)</i>	103

EDITORIALE

PERCHE' IL DIRITTO DEI LAVORI CONTINUA AD AMPLIARSI CONTRIBUTO DEL DIRITTO PENALE DEL LAVORO

Con il lungo saggio che si presenta in questa introduzione della nostra rivista, che - non dimenticheremo mai di ricordare a tutti - ha scelto, insieme alla Collana da me diretta, il significativo titolo di "Diritto dei Lavori", inizia la collaborazione di due ancor giovani ma già validi ed affermati professionisti, impegnati in un'area estremamente significativa del diritto del lavoro, oggi da noi volutamente allargato ai "lavori".

Il diritto penale del lavoro negli ultimi anni, forse più esattamente negli ultimi mesi, ha acquisito una rinnovata vigoria attraverso i contributi che, mese dopo mese, arricchiscono la cultura giuridica e, soprattutto, rafforzano l'interesse, degli operatori del diritto ed insieme di tutti i cittadini, verso la tutela, talvolta drammaticamente più richiesta e sentita, dei diritti dei cittadini-lavoratori e, come si vedrà anche attraverso la lettura di questo saggio nelle pagine immediatamente successive, di tutti i cittadini interessati alla più piena applicazione ed al più generale rispetto del dettato costituzionale in tema di salute e di dignità psico-fisica di tutti. In una società, capitalistica e post-capitalistica, che nella accelerazione dei tempi di produzione e di consumo di beni e ricchezze, nelle cicliche crisi di assestamento e di aggravamento, talvolta, delle condizioni di vita e lavoro, nell'attività quotidiana, si finisce spesso col dimenticare il rispetto, o forse meglio col negare ogni rispetto, in tema di garanzia del

bene primario, la vita di ognuno, da vivere nella sua più ampia ricchezza di valori e nel suo significato più vero.

Così, in particolare negli ultimi anni dopo la legge 123 del 2007, il cd. T.U. 81/2008 applicativo della stessa, novellato e, come scrivono gli autori del saggio che segue, parzialmente "evirato" dalla recente novella del D. Lgs. 106/2009, il campo di applicazione, e di studio conseguente, della normativa penalistica a tutela della salute dei lavoratori, ma, più ampiamente di tutti i cittadini, finisce col vedere sottoposte ad attenta rilettura e revisione norme tradizionali anche in tema di tutela processuale dei diritti degli interessati.

Questa rivista, ed in voluti parallelo e sintonia la Collana di diritto dei lavori, non potevano non interessarsi a questi temi e vedono così, non a caso, apparire insieme, da un lato, su queste pagine il lungo contributo, particolarmente critico e stimolante, di Bonanni e Sborgia e, dall'altro di un testo di diritto penale del lavoro della giovane Allieva Daniela Cervellera, sempre per i tipi dello stesso Editore.

Così si coglie in questa sede l'occasione per ricordare anche che il Centro Studi di diritto dei lavori ha ampliato la sua attività a questa nuova area, quella appunto del diritto penale del lavoro e dei lavori, necessariamente dovendo fare i conti con confronti internazionali e, in particolare, comunitari. Si offre così a tutti una "palestra" per contributi critici e per forme di collaborazione, attraverso l'invio di sentenze significative, di articoli, di monografie, che servono a sviluppare l'area di intervento del Centro, a sua volta impegnato in nuovi rapporti sul territorio e nel mondo dell'Accademia, della ricerca applicata e funzionale ad una nuova realtà sociale che veda sempre più

protette condizioni, modalità, contenuti delle prestazioni di lavoro dei cittadini.

Il saggio di Bonanni e Sborgia è particolarmente critico verso una legislazione che si è mostrata recentemente insieme vitale quanto incerta nel dare concretezza e pregnanza alla tutela di diritti dei lavoratori e di tutti i cittadini. L'accentuato spirito critico degli autori non si esaurisce però in una sterile attività logico-distruttiva e quindi in una critica improduttiva. La ricostruzione del ruolo degli enti e delle associazioni di tutela diffusa dei diritti dei cittadini attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale, costituiscono insieme una strada di riferimento ed una proposta per dare concreta e profonda effettività alle norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, non soltanto nell'interesse dei lavoratori ma di tutti coloro che in questi luoghi si trovino per avventura ad operare, rivitalizzando, come prima si notava, e nuovamente offrendo spazi di interventi diretti alle norme costituzionali, altrimenti sottoposte da un lato all'oblio e dall'altro ad una lenta corrosione critica, sotto l'influenza di dottrine, più o meno palesemente eterodirette, volte a sostenere un presunto "invecchiamento" della nostra Carta fondamentale che, viceversa, proprio attraverso le leggi applicative quali quelle sulla sicurezza e la tutela dei lavoratori-cittadini, mostrano ancora tutta la loro attualità.

Gaetano Veneto

DOSSIER

Contrattazione collettiva

LA PREVIDENZA (NON PIU') SOCIALE

di Tommaso Germano

1. Non si può - facilmente - enumerare quanto volte, nell'ultimo decennio, un docente di diritto del lavoro (e di diritto della previdenza sociale) abbia avuto la tentazione di iniziare a trattare un particolare tema, pronunziando, quali prime parole: "C'era una volta...".

Questa spinta emotiva - grazie al "mestiere" - viene ben presto accantonata nel convincimento che sarebbe ben difficile illustrare, poi, agli ascoltatori quanto la "ragione di Stato" abbia avuto il sopravvento sulle ottimistiche volontà della "legge dello Stato"; e quanto la quotidiana attuazione (amministrativa e giurisprudenziale) abbia trascurato i diritti dei cittadini riconosciuti (legislativamente) e mai attuati.

Nel contempo, mode estemporanee di utilizzazione di definizioni, desunte da dizionari di altri Paesi, portavano - anche - a modificare la denominazione di intere branche dell'ordinamento vigente (si pensi a WELFARE, in luogo di Lavoro e Legislazione sociale) senza che ci si ponesse il problema di intendere se a "nuova" definizione corrispondessero (o meno) nuovi contenuti di diritto.

E' quanto - purtroppo - è avvenuto per il Diritto della previdenza sociale, che - oggi - registra istituti e modelli interpretativi completamente diversi da quelli che lo caratterizzavano fino ad alcuni anni or sono.

2. Non è questa la sede nella quale si possano percorrere - storicamente - le tappe di un insuccesso sociale ed economico.

In questa sede, ci si vorrà limitare ad illustrare il motivo per il quale è indispensabile - attraverso il contributo di

quanti studiosi intenderanno, liberamente, intervenire - ripensare se si siano modificati (e in quale misura) i connotati del sostantivo "previdenza" e dell'aggettivo "sociale"; se la tradizionale appartenenza di alcune prestazioni "sociali" sia ancora da annoverare nell'alveo della Previdenza; se la - pur - recente gestione di alcune prestazioni da parte degli Istituti previdenziali istituzionali non la collochi, piuttosto, nell'ambito della Legislazione sociale più generale piuttosto che in quella della Previdenza sociale - *stricto sensu*.

E' ben evidente che la tradizionale assegnazione all'area previdenziale di Istituti, quali l'indennità di disoccupazione o i trattamenti pensionistici (citati, solo, a titolo di esempi) entra in crisi nell'atto in cui si vadano a prendere in esame le molteplici innovazioni introdotte negli anni.

A parere di alcuni studiosi di Diritto della previdenza sociale potrebbe trattarsi - oggi - solo per quel che concerne i trattamenti pensionistici (specie dopo la "privatizzazione" del pubblico impiego).

Ogni altro Istituto indirizzato alla tutela della salute, piuttosto che al sostegno economico del prestatore di lavoro (e della sua famiglia), non può che costituire oggetto di studi da parte di altre branche dell'ordinamento.

L'osservazione può apparire degna di riflessione allorquando si pensi alle più recenti innovazioni legislative in tema di prevenzione e di sicurezza nei luoghi di lavoro, o di innumerevoli tentativi di riforma della più generale tematica di sostegno al reddito dei lavoratori, privati del posto di lavoro (e della molteplicità di interventi istituzionali).

3. Un aspetto pare non possa porsi in discussione: le “*quotidiane*” modificazioni delle esigenze della Società attuale hanno condotto al cambiamento del concetto di “*stato di bisogno*” individuale.

L’antico strumento assicurativo, posto a tutela - per di più - di alcune categorie di lavoratori mostra crepe non sanabili.

E’ in questo stato di cose che è compito dello studioso - dopo aver acquisito che il “*pianeta previdenza*” non riesce ad attingere al “*sociale*” - andare ad individuare attraverso quali soluzioni si possa pervenire ad assicurare l’attuazione dei principi contenuti nella “*dinamicità*” della nostra Carta costituzionale, indipendentemente dal soggetto istituzionale attuatore, ma - sempre e soltanto - nel rispetto della pari dignità del cittadino di fronte alla legge (e della stessa nei suoi confronti).

Lavori tra autonomia e subordinazione

LA FIGURA DEL PROMOTORE FINANZIARIO TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE

E' proprio un agente di commercio?

di Antonio Belsito

Sommario: 1. Introduzione. 2. La figura del promotore finanziario. 3. Attività con organizzazione autonoma o di terzi. 4. Natura parasubordinata? 5. Enasarco: obbligo di iscrizione. 6/a. Responsabilità del promotore. 6/b. Orientamenti giurisprudenziali. 7. Cessazione del rapporto di lavoro. 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Questa breve disamina sul promotore finanziario si deve al particolare e interessante ruolo che tale figura ha assunto negli ultimi anni soprattutto dopo l'intervento della normativa del 1991 e relative modificazioni, in seguito alla quale tali collaboratori di istituti di credito hanno ottenuto un primo effettivo riconoscimento giuridico.

Parlare della natura dell'attività lavorativa svolta dal promotore finanziario non è cosa semplice, come sarà meglio esposto in seguito.

Si ha infatti motivo di ritenere che la normativa contenuta nel T.U. del 1998 sia poco chiara e incompleta non aiutando a dirimere contrasti dottrinari né tantomeno a sciogliere i tanti nodi problematici strettamente connessi allo studio di siffatta tipologia di lavoratori.

Si rileva che proprio per superare le questioni interpretative sorte in merito all'obbligatorietà del versamento IRAP sono stati necessari diversi interventi della sezione tributaria della Corte di Cassazione e di circolari della Agenzia delle Entrate pronunciatesi anche interpretando e

qualificando taluni aspetti del rapporto di lavoro.

Numerose le perplessità sulla possibile equiparazione del promotore all'agente di commercio, proposta a più riprese da una parte della dottrina che sceglie di tralasciare le molte inconfutabili diversità che invece emergono dall'analisi comparata delle due figure tra cui la particolare differenza secondo cui l'attività di promotore deve essere svolta da una persona fisica e non da società.

2. La figura del promotore finanziario

La legge n. 1 del 1991¹ per la prima volta istituiva la figura degli intermediari finanziari.

Tale normativa, con il D.lgs. n. 415/1996, veniva in buona parte modificata ed abrogata ed in data 24/02/1998² entrava in vigore il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria che, all'articolo 31, n. 2 definisce il promotore finanziario come la persona fisica che, in qualità di agente collegato, ai sensi della Direttiva 2004/39/CE, esercita professionalmente "l'attività di

¹ L. 2/01/1991 n. 1 (in Gazz. Uff., 4 gennaio, n. 3) - Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari (in parte modificata ed abrogata dal D.lgs. n. 415/1996).

² D.lgs. 24/02/1998 n. 58 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

promozione e di collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari e di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede, legale o secondaria, del soggetto abilitato per il quale opera”.

Nella pratica i promotori finanziari sono spesso ex bancari che - dopo aver acquisito particolare esperienza e la necessaria competenza nel settore degli investimenti che ben conoscono - **proporgono**, per conto dell'istituto di credito per il quale lavorano, i prodotti di investimento.

L'attività di promotore finanziario è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto.

Il promotore finanziario è identificato come l'unico operatore dell'industria del risparmio gestito, autorizzato ad incontrare i risparmiatori fuori dai consueti luoghi - quali banche, S.G.R. (Società di Gestione Risparmio), S.I.M. (Società di Intermediazione Mobiliare) - per offrire strumenti finanziari o servizi di investimento. E' il soggetto tenuto all'osservanza di norme di comportamento rigide a garanzia dei risparmiatori e svolge un'attività atta a fornire consigli di investimento in base alle esigenze prospettate dal cliente, valutando la sua propensione al rischio, anche sulla base degli *input* di vendita ricevuti dalla stessa società per cui lavora. Ha altresì il compito di aggiornare periodicamente la situazione finanziaria dei propri clienti e, se necessario, proporre eventuali modifiche ai piani di investimento adottati in base all'andamento dei mercati finanziari o alle mutate esigenze della clientela, fornendo così assistenza personalizzata e continua³.

Il promotore finanziario può essere soltanto una persona fisica non potendo svolgere tali funzioni una persona giuridica.

Questi deve iscriversi nell'albo speciale tenuto presso la CONSOB e svolgere professionalmente la sua attività soltanto per un intermediario nella qualità di *“agente collegato”*.

³ Cfr. A. BELSITO, *Il lavoro degli agenti e dei rappresentanti tra autonomia e subordinazione*, Ed. Cacucci, Bari, 2010, pag. 42.

La direttiva 2004/39/Ce ha previsto a sua volta che l'*agente collegato* svolga la propria attività esclusivamente per un solo mandante ovvero vi sia l'obbligo del cd. **monomandato**.

La retribuzione dei promotori, elargita dalla società e mai dai clienti, consta di una quota-parte fissa, una legata al portafoglio clienti ed un'altra prevista in misura percentuale e proporzionale all'attività di nuova raccolta effettuata dal promotore.

L'art. 31, comma 4, D.lgs. n. 58/1998 stabilisce infatti che requisito abilitante allo svolgimento della professione di promotore finanziario su tutto il territorio nazionale sia l'iscrizione all'*albo unico nazionale*⁴ istituito presso la CONSOB, cui possono accedere tutti coloro i quali, persone fisiche, siano in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità, abbiano superato l'Esame di Stato⁵ indetto dalla CONSOB (con cadenza di tre sessioni per anno) ed abbiano svolto sei mesi di

⁴ L'Albo Unico Nazionale è composto da elenchi gestiti da Commissioni Regionali e Provinciali istituite presso le Camere di commercio con sede presso i capoluoghi di regione e le province autonome di Trento e Bolzano. Tali Commissioni sostituiscono l'organismo istituito con il decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (art. 31) fino ad ora non ancora realmente costituito. Esse oltre ad avere compiti di controllo anche disciplinare sui promotori, si occupano prevalentemente della tenuta e aggiornamento dell'albo, della raccolta delle domande di iscrizione e cancellazione dall'albo, di partecipazione agli esami di idoneità ecc..

⁵ L'esame può essere ripetuto una sola volta a distanza di due anni dal primo e consta di una prova scritta consistente in un questionario a risposta multipla (quattro risposte tra le quali andrà individuata quella corretta), di trenta domande da risolvere in trenta minuti vertenti sulle norme che regolano i mercati finanziari, la disciplina normativa e deontologica della professione e una prova orale cui potranno accedere solo i candidati risultati idonei nella prova a test nella quale dovrà rispondere a domande non solo su materie della prova scritta quanto sulla disciplina dei contratti e sulle norme tributarie dei mercati finanziari. Non è necessaria la laurea essendo richiesto il solo titolo del diploma di scuola media superiore.

pratica⁶ presso una SIM (Società di intermediazione mobiliare).

Il promotore, considerato imprenditore a tutti gli effetti, è sottoposto alle stesse norme fiscali applicabili al reddito d'impresa.

La banca, la "SIM" o la "SGR" per cui il promotore opera, è responsabile in solido con il promotore stesso in rapporto all'attività da questi svolta nonché rispetto all'eventuale configurarsi di responsabilità penali (si veda avanti).

3. Attività con organizzazione autonoma o di terzi

L'indicazione sulla natura dell'attività lavorativa svolta dal promotore finanziario meglio precisata nel paragrafo seguente, cui si rimanda, deve considerarsi altresì legata a talune interessanti recenti indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate e dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

A tal proposito, la circolare del 13/06/2008 n. 45/E dell'Agenzia delle Entrate, anche in ossequio alla sentenza della Cassazione n. 8374/2008⁷ - nel pronunciarsi in materia di applicazione dell'imposta IRAP - ha stabilito dei criteri distintivi onde poter individuare e qualificare l'esercizio delle varie attività svolte di fatto dai promotori e poterle diversificare e di conseguenza renderle o meno assoggettabili all'imposta predetta.

Stante quanto riferito in questa circolare occorrerebbe in effetti operare un distinguo tra il promotore finanziario esercitante attività d'impresa come qualsiasi altro professionista e colui che svolge invece lavoro autonomo non esplicito con organizzazione di lavoro altrui e con impiego di mezzi eccedenti le necessità richieste per l'esercizio dell'attività.

⁶ Per alcune categorie come per esempio i brokers e coloro i quali hanno operato con posizioni direttive per almeno tre anni in istituti di credito la legge contempla la possibilità dell'esonero dal praticantato.

⁷ Cass. civ. Sez. trib., 31 marzo 2008 n. 8374.

Secondo la circolare occorrerebbe valutare la differenza intercorrente tra **attività autonoma e autonoma organizzazione** riconducibile al promotore finanziario che svolge la sua attività in qualità di imprenditore commerciale assumendone il rischio (cfr. Cass. 8177/07).

Secondo anche quanto si legge nella citata sentenza n. 8374/2008, i promotori potranno ritenersi lavoratori autonomi qualora impieghino nella loro attività professionale prerogative personali non risultando rilevante l'impiego dei mezzi strumentali.

Si avrà autonoma organizzazione tutte le volte in cui risulti ravvisabile uno dei seguenti requisiti:

- a) utilizzo dei beni strumentali eccedenti per quantità e valore le necessità minime per l'attività d'impresa;
- b) impiego non occasionale del lavoro altrui.

Siffatti principi sono riscontrabili altresì nella sentenza n. 3678/2007⁸ ove la Corte di Cassazione seguendo l'interpretazione della Corte Costituzionale ha sottolineato che l'esercizio della professione abituale, ancorché non esclusiva di attività di lavoro autonomo, diversa dall'impresa commerciale costituisce presupposto dell'IRAP qualora si tratti di attività autonomamente organizzata ed il requisito di autonoma organizzazione sussiste tutte le volte in cui il contribuente che eserciti l'attività di lavoro autonomo:

"a) sia, sotto qualsiasi forma, il responsabile dell'organizzazione e non sia, quindi, inserito in strutture organizzative riferibili ad altrui responsabilità ed interesse;

b) impieghi beni strumentali eccedenti le quantità che secondo l'id quod plerumque accidit costituiscono nell'attualità il minimo indispensabile per l'esercizio dell'attività in assenza di organizzazione, oppure si avvalga in modo non occasionale di lavoro altrui".

⁸ Cass. civ. Sez. trib., 16 febbraio 2007 n. 3678. Conforme a Cass. civ. Sez. trib., 5 febbraio 2008 n. 2702.

Invero era già intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza del 21 maggio 2001 n. 156 in tema di assoggettamento all'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive) ritenendo che tale imposta "... è pienamente conforme ai principi di uguaglianza e di capacità contributiva".

La Corte aveva evidenziato la legittimità di tale imposta del valore aggiunto prodotto da ogni tipo di attività autonomamente organizzata di carattere imprenditoriale o professionale.

In riferimento alla nozione di impresa la Corte ha ritenuto possibile ipotizzare un'attività professionale svolta in assenza di organizzazione di capitali o di lavoro altrui.

In conclusione, quindi, i promotori finanziari che svolgono la loro attività come autonomi senza stabile organizzazione oppure con rapporto di lavoro dipendente sono esentati dal pagamento dell'IRAP.

Non saranno soggetti al pagamento dell'imposta tutti quei promotori che espletano la loro attività negli uffici della Banca utilizzando magari gli strumenti della stessa, a nulla rilevando l'utilizzo di proprie attrezzature quali ad esempio potrebbero essere i propri computer portatili.

4. Natura parasubordinata?

Sebbene come già specificato, il promotore finanziario possa farsi rientrare tra le figure di lavoratore parasubordinato, va considerato, che la sua attività può talvolta svolgersi secondo i canoni propri della forma subordinata soprattutto qualora sia ravvisabile la sottoposizione al potere disciplinare, di controllo ed alle costanti direttive ovvero quando la sua attività sia espletata in via esclusiva per il committente e soggetta a specifici vincoli di orario.

Molti sono i dubbi afferenti l'esatta qualificazione della attività lavorativa dei promotori, considerato che spesso finiscono per sostituire il personale dirigente di un istituto bancario e svolgere

la loro professione proprio nelle banche o in locali attrezzati e gestiti dalla banca stessa.

Il riferimento, nello specifico, è a tutti quegli uffici che, pur riportando all'esterno l'insegna della Banca che, tra l'altro, provvede spesso a fornire sia l'arredamento che il materiale di cancelleria, nonché l'inequivocabile dicitura di "uffici finanziari", di fatto finiscono con il non vedersi riconosciuta alcuna forma di autonomia⁹.

La giurisprudenza di legittimità chiarisce che: "*Ai fini della configurabilità della natura subordinata del rapporto tra un promotore finanziario ed una società non rileva, in presenza di altri indici utili per la qualificazione del rapporto come autonomo, il pagamento da parte della società del canone di affitto dei locali in cui il promotore svolge l'attività, non potendo essere qualificati come dipendenza della stessa società sulla base del solo pagamento del canone*"¹⁰.

L'attività di promotore finanziario può invero esercitarsi secondo tre differenti modalità negoziali e precisamente con contratto di agenzia, con contratto di mandato o con rapporto di lavoro subordinato. Volta per volta occorrerà effettuare un'analisi puntuale dell'attività espletata onde accertare l'eventuale sussistenza degli indici rivelatori affinché, secondo il principio di effettività e indipendentemente dal *nomen iuris*, si possa qualificare l'attività espletata.

⁹ Cfr. A. BELSITO: op. cit..

¹⁰ Cass. civ. Sez. lav., 24 novembre 2003 n. 17797. Un conto è accertare la competenza territoriale per elaborare un giudizio, altra cosa è poi accertare la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato. "... senza che l'accertamento in ordine alla natura autonoma o subordinata del rapporto possa ritenersi superato per il fatto che il giudice di primo grado abbia ritenuto la propria competenza territoriale considerando i locali di lavoro del procuratore come "dipendenza" dell'azienda, atteso che la pronuncia sulla competenza è limitata a finalità di ordine processuale e non ha autorità di giudicato sulle questioni di merito, essendo la competenza individuata in base alla domanda e non all'oggetto dell'indagine di merito".

Inutile ribadire che se l'attività dovesse risultare svolta sotto le costanti direttive del datore di lavoro, che esercita altresì poteri di controllo e disciplinari, potrà parlarsi di subordinazione. Qualora, al contrario, il lavoratore risultasse esente da vincoli di orario e non fosse sottoposto ai poteri del datore di lavoro sopra citati la sua attività potrebbe essere riconducibile a quelle previste al n. 3 dell'art. 409 c.p.c.. Nel caso in cui, poi, siffatta attività fosse espletata in totale autonomia con propria organizzazione e senza vincoli allora occorrerà qualificarla come lavoro autonomo ex art. 2222 cod. civ..

Spesso accade che la giurisprudenza di legittimità, chiamata a dirimere controversie inerenti l'attività di intermediazione finanziaria, si avvalga delle norme codicistiche in materia di contratti di agenzia anche sulla base del legame che tale figura ha con quella dell'agente di commercio anche se si deve far rilevare che, ad oggi, non esiste un accordo economico collettivo dei promotori finanziari né questi ultimi sono firmatari dell'accordo degli agenti di commercio, elemento questo di non poco conto.

5. ENASARCO: obbligo di iscrizione

La legge n. 662/1996, che ha previsto l'assoggettamento dei promotori finanziari ad una gestione speciale INPS, ha altresì instaurato un rapporto di specialità tra il regime della contribuzione INPS e quello della contribuzione ENASARCO.

Motivo questo che spinge taluni uffici istituzionali ad escludere la possibile applicabilità del regime previdenziale ENASARCO ai promotori finanziari.

La questione è controversa poichè qualora si dovesse far riferimento alla L. n. 12/1973, che prevede l'obbligatorietà dell'iscrizione all'ENASARCO, i promotori finanziari che svolgono la loro attività lavorativa autonomamente dovrebbero dar

luogo ad un rapporto giuridico identificabile con il rapporto di agenzia¹¹.

A tal proposito nella nota del Ministero del Lavoro del 24/10/2005 si legge: "... a prescindere dal nomen iuris utilizzato dalle parti, l'esistenza di un contratto di agenzia ai sensi dell'art. 1742 cod. civ. determina l'appartenenza dei promotori finanziari alla più ampia categoria degli agenti e rappresentanti di commercio indipendentemente dal fatto che l'attività di promozione si riferisca ad un prodotto finanziario piuttosto che ad un bene materiale o di altro tipo...".

Quanto appena precisato, non sembra comunque mettere fine alle tante perplessità dato l'aspetto anacronistico della questione: la legge cui si fa riferimento in quello scritto (L. 12/1973) così come le disposizioni codicistiche sono invero antecedenti alla legge istitutiva della figura dei promotori finanziari (L. 1/1991 art. 1).

Come già anticipato, molti sono stati nel corso degli anni i conflitti interpretativi che hanno investito i diversi uffici istituzionali. A titolo esemplificativo basterebbe recuperare quanto dedotto dalla Direzione Provinciale del lavoro di Padova nel marzo 2005 - secondo cui ai promotori finanziari non sarebbe applicabile il regime previdenziale ENASARCO - e confrontarlo con la nota appena sopra citata che prevede sia l'obbligatorietà all'iscrizione all'ENASARCO sia il versamento dei contributi integrativi previdenziali.

Orbene se è vero che l'obbligatorietà dell'iscrizione all'ENASARCO potrebbe significare anche l'obbligatorietà del versamento dei contributi è altrettanto vero che la L. 662/1996 (successiva alla L. 12/1973 che non conosceva ancora la figura del promotore finanziario) ha previsto espressamente per i promotori

¹¹ Cfr. Ministero del Lavoro – Direzione Generale per l'attività ispettiva nota del 24/10/2005 (risposta ad istanza di interpello avanzata dalla Fondazione ENASARCO sulla assoggettabilità dei promotori finanziari-agenti all'obbligo contributivo ENASARCO).

finanziari l'assoggettamento di una gestione speciale INPS.

La problematicità dell'argomento e la diatriba che ne è derivata è tutt'altro che superata anche perché se l'interpretazione di cui alla nota Ministeriale fosse così semplicistica verosimilmente non ci sarebbe stata alcuna necessità di ricorrere ad una prima legge istitutiva dei promotori finanziari nel 1991 ed una successiva legge, nel 1996, che prevedesse l'assoggettamento alla gestione speciale INPS.

Probabilmente sarebbe opportuno cominciare a pensare in modo differente, magari prendendo le distanze dal discorso analogico su cui si basa parte della dottrina e propendere per un diverso inquadramento del promotore finanziario quale figura autonoma non così facilmente confondibile con l'agente di commercio.

D'altronde, a ben vedere, mentre l'attività di agenzia può essere svolta anche da una società (l'agente infatti può strutturarsi come società), il promotore deve essere soltanto una persona fisica solitamente priva di autonoma organizzazione.

6.a. Responsabilità del promotore

Il promotore finanziario è responsabile¹² solidalmente con l'intermediario per il quale opera, per tutti quei fatti illeciti da lui commessi durante l'esercizio della propria attività lavorativa.

Siffatto vincolo di solidarietà sussiste sempre e non può considerarsi escluso neppure nell'ipotesi in cui il promotore ponga in essere comportamenti dolosi o esorbitanti l'incarico conferitogli.

Anche qualora i danni siano rivenienti da responsabilità penali, le società di intermediazione mobiliare (SIM) risponderebbero in solido con i loro

¹² Art. 31 T.U.I.F. (Testo Unico Intermediazione Finanziaria) D.lgs. 24/02/1998 n. 58: *“il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertate in sede penale”*.

promotori per i danni da questi arrecati ai terzi.

All'uopo la Suprema Corte pronunziandosi in materia di responsabilità penale ravvisa la responsabilità dell'intermediario anche nel caso di appropriazione indebita di denaro da parte del promotore: *“In tema di intermediazione mobiliare, la mera allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle non vale, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività di promotore e la consumazione dell'illecito e non preclude la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario. Né un tal fatto può essere addotto dall'intermediario come concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto”*¹³.

In sede civile quella che investe il soggetto intermediario è una forma di responsabilità oggettiva che, a seconda dei casi, può altresì essere qualificata come **responsabilità rinforzata** essendo l'intermediario chiamato a rispondere anche qualora il promotore abbia agito come agente senza rappresentanza.

La responsabilità *de quo*, che esula dalla statuizione ex art. 2049 cod. civ., può anche varcare i confini della responsabilità oggettiva o aquiliana soprattutto se ci si sofferma a leggere la disposizione dell'art. 31 del T.U.I.F. dal cui esame appare chiara la possibilità che si possa ricorrere alla cosiddetta responsabilità mista (contrattuale ed extracontrattuale).

Come si deduce dalla sentenza penale appena sopra citata e come è facilmente intuibile leggendo altre massime della Suprema Corte, i soggetti cui riferirsi sono 3: clienti, promotori e intermediari.

¹³ Cass. civ. Sez. pen., 7 maggio 2009 n. 34526.

La giurisprudenza riconosce che *“La banca è responsabile in solido ogni volta che il danno risulta causato dal promotore finanziario nell’ambito delle attività legate alle incombenze di cui il professionista è investito. Il cliente, però, non è esente da colpe se all’atto della richiesta di disinvestimento viola le regole accettando di versare le somme di sua pertinenza sul conto personale del promotore”*¹⁴.

A confermare tale indirizzo talune decisioni della sezione lavoro della Cassazione (cfr. Cass. civ. Sez. lav. 24 luglio 2009 n. 17393).

6.b. Orientamenti giurisprudenziali

Numerosi sono stati gli interventi operati negli ultimi tempi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito sia in materia di responsabilità che in riferimento alla natura giuridica del rapporto di lavoro del promotore finanziario. Qui di seguito si riportano alcuni cenni su massime che sono sembrate particolarmente significative.

In tema di responsabilità indiretta della società di intermediazione mobiliare (S.I.M.) per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate, recente giurisprudenza di legittimità così stabilisce: *“l’accertamento di un rapporto di necessaria occasionalità tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli comporta l’insorgenza di una responsabilità diretta a carico della società, la cui configurabilità non è preclusa dall’art. 5, comma 4, L. n. 1 del 1991 (ed ora art. 31, comma 3, D.lgs. n. 58 del 1998), il quale si limita a prevedere un’estensione della responsabilità al fatto altrui, non impedendo tuttavia anche l’accertamento della potenziale responsabilità per fatto proprio, ai sensi dell’art. 2055 c.c.”*¹⁵.

La giurisprudenza di merito chiamata ad esprimersi sulla diligenza dei terzi

ricorda che *“Non è consentito far gravare su di un terzo regole di diligenza imposte dall’ordinamento in capo a soggetti qualificati, quali quelle previste del Regolamento Consob di attuazione del TUIF sulle forme di pagamento ricevibili dal promotore, essendo norme che non configurano un onere di diligenza in capo al risparmiatore, ma sono, al contrario, poste a sua esclusiva tutela”*¹⁶.

Ed ancora sempre in materia di responsabilità: *“L’art. 31 comma 3 D.lgs. n. 58 del 1998, che pone a carico dell’intermediario la responsabilità solidale per i <<danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale>>, presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all’esercizio delle incombenze a lui attribuite; la ratio della norma, intesa a responsabilizzare l’intermediario che, nell’ambito del perseguimento della propria attività imprenditoriale, ha accreditato di fronte al pubblico dei possibili investitori determinati soggetti, implicitamente richiede all’intermediario di esercitare un efficace controllo al fine di prevenire o scoprire tempestivamente le eventuali condotte illecite poste in essere dal promotore”*¹⁷.

Occorre a questo punto ricordare che vi sono decisioni della giurisprudenza di merito che aderiscono all’orientamento secondo cui non vi è automatica sussistenza della responsabilità solidale della SIM e del promotore finanziario, ma correttamente subordinano la responsabilità alla prova della sussistenza della negligenza o malafede del promotore.

Si legge infatti in una sentenza del Tribunale di Bari che la domanda volta a conseguire l’accertamento della responsabilità solidale della SIM e del promotore finanziario ai sensi dell’art. 31, comma 3, D.lgs. n. 58/1998 va rigettata *“...per l’asserita violazione della normativa*

¹⁴ Cass. civ. Sez. III, 11 giugno 2009 n. 13529.

¹⁵ Cass. civ. Sez. I 13 dicembre 2007 n. 26172.

¹⁶ Tribunale di Milano, sez. IV, 01/04/2008, n. 4243.

¹⁷ Tribunale di Torino, sez. I, 05/10/2007.

*in tema di trasparenza dei prodotti finanziari, ed in particolare per non essere stata fornita un'adeguata informazione all'investitore circa i prodotti consigliati, laddove manca la prova della supposta negligenza o malafede del promotore, e, soprattutto, se la domanda appare strutturata a posteriori su uno schema di causa-effetto che da un lato, vede la gestione del portafogli a cura del promotore finanziario e, dall'altro, le perdite subite dall'attrice, in un nesso di consequenzialità immediata e diretta, senza però trovare alcun riscontro probatorio negli atti di causa"*¹⁸.

7. Cessazione del rapporto di lavoro

Al recesso dal contratto di lavoro sono legate diverse questioni tra le quali le due più interessanti afferiscono la eventualità che il promotore possa contattare la stessa clientela anche una volta avviato un nuovo rapporto di lavoro con altro Istituto di credito e quella riguardante la liquidazione delle spettanze.

Premesso che il promotore finanziario secondo quanto previsto dall'art. 31 del D.lgs. 58/1998 potrebbe avere espletato la propria attività o come lavoratore dipendente ovvero come agente o mandatario, risulta difficile applicare *sic et simpliciter* le disposizioni *ex lege* previste per gli agenti commerciali relativamente al patto di non concorrenza ai promotori trattandosi di una particolare attività non sempre assimilabile a quella dell'agente di commercio.

Bisognerà pertanto valutare caso per caso quali clausole risultino incluse nel contratto di lavoro per poter capire quali gli effettivi vincoli contrattuali cui sottostare, semprechè contenuti nella legalità.

Naturalmente i clienti, in quanto terzi, non sono tenuti a conoscere eventuali clausole vincolanti intercorrenti tra il promotore ed il precedente committente,

ragion per cui il promotore sarà libero di contattare i suoi clienti, che saranno eventualmente liberi di decidere, indipendentemente da tali "contatti", di seguire anche immediatamente il "proprio" promotore.

Tale aspetto di non poco conto non fa che mettere in risalto l'importanza del rapporto interpersonale che si instaura tra promotore e cliente.

Quest'ultimo potrebbe essersi rivolto all'istituto di credito cui il promotore "faceva capo" magari perché a lui legato da vincolo di amicizia o fiducia, poco rilevando il suo "collegamento" con l'Istituto di Credito.

E' di tutta evidenza che nei casi simili a quello appena esposto, neanche la prevista clausola del patto di non concorrenza produrrà alcun effetto.

La Banca infatti non potrà pretendere di trattenere i clienti che, ritenendo più affidabili i rapporti intrattenuti con lo stesso promotore, hanno scelto di seguirlo presso altro Istituto di credito.

Altre problematiche sono connesse alla liquidazione delle spettanze in favore del promotore.

Alla cessazione del rapporto di lavoro al promotore spetta la liquidazione del F.I.R.R. e altre indennità.

Regola generale vuole che l'obbligo di iscrizione all'ENASARCO produca il diritto di ottenere il F.I.R.R. che la banca è tenuta a versare presso tale Ente.

Il F.I.R.R. viene versato dalla ditta proponente ogni anno presso l'ENASARCO che provvede ad accantonarne le relative somme liquidate all'agente, al termine del rapporto di lavoro.

Tale procedura dovrebbe riguardare anche il promotore finanziario.

Infatti la ditta proponente, entro un mese dalla cessazione del rapporto di lavoro, dovrà inviare comunicazione alla fondazione ENASARCO che provvederà alla liquidazione delle somme accantonate direttamente nelle mani del promotore,

¹⁸ Tribunale di Bari, sez. II, 20/03/2007, n. 747.

riconoscendo su tali somme un interesse annuo¹⁹.

In realtà alcune Banche ritengono di dover trattenere tali importi che provvedono a liquidare entro novanta giorni dalla cessazione del rapporto.

Nella pratica accade spesso che gli istituti di credito, stante le rigide regole cui di solito devono attenersi i promotori nell'espletamento della loro attività, non trovino alcuna difficoltà nel trovare argomenti utili per interrompere il rapporto di lavoro intercorrente con i loro promotori, magari sostenendo la sussistenza di una giusta causa di risoluzione contrattuale, evitando così di pagare il preavviso e le altre indennità spettanti al promotore in caso di risoluzione del rapporto non colpevole.

Si fa presente che il grave inadempimento che le banche sono "abitate" a contestare, oltre ad essere fondato, deve altresì essere adeguatamente provato in sede giudiziaria, cosa che non sempre risulta facile.

A tanto si aggiunga la necessità di un'attenta valutazione di quanto dedotto nel contratto di lavoro che lega la banca al promotore, attesa la più volte già dichiarata difficoltà di individuazione della natura del rapporto.

8. Conclusioni

La figura del promotore finanziario lungi dall'essere ben inquadrato nella sfera dei lavoratori autonomi, sembrerebbe più vicina e facilmente confondibile con quella del lavoratore bancario subordinato.

L'orientamento prevalente vuole che il promotore finanziario rientri tra i soggetti genericamente inclusi nel n. 3 dell'art. 409 c.p.c.: cd. lavoratori parasubordinati ai quali la disposizione processuale citata garantisce la tutela dei diritti secondo il rito del lavoro affidandola, per l'appunto, al Giudice del lavoro del luogo ove sia stata espletata l'attività (art. 413 c.p.c.).

Il promotore è un lavoratore "apparentemente autonomo" che espleta la propria attività in uffici posti a disposizione dalla Banca sotto il diretto e costante controllo di un dirigente (dipendente della Banca) addetto "al settore promotori finanziari" proponendo in esclusiva i prodotti finanziari scelti dalla Banca secondo specifiche modalità e precisi termini rigorosamente indicati dallo stesso istituto di credito.

Secondo l'insegnamento costante della S.C. di Cassazione, ormai condiviso dalla dottrina, è qualificabile lavoratore subordinato chi è assoggettato ai poteri direttivi, di controllo e disciplinari del datore di lavoro, elementi questi facilmente riscontrabili nell'analisi del rapporto di lavoro del promotore.

L'art. 31 del T.U.I.F. più volte citato, ha evidenziato espressamente la possibilità che siffatta tipologia di attività venga svolta da lavoratori dipendenti o da lavoratori autonomi in qualità di agenti o mandatari.

Stante quanto appena esposto, risulta infatti oltremodo complicato distinguere la figura del promotore da quella di qualsiasi altro dipendente di banca considerato, da un lato, il rapporto di esclusiva che lo lega all'istituto di credito e, dall'altro, l'espletamento dell'attività che avviene, come già anticipato, proprio negli uffici della stessa filiale.

Si rende pertanto necessaria volta per volta la verifica della eventuale sussistenza del rapporto di lavoro subordinato a prescindere dal *nomen iuris* contrattuale.

Verosimilmente l'indice cui sarebbe opportuno riportarsi per distinguere l'attività del promotore dalle altre risiederebbe nella mancanza del rigido vincolo di osservanza dell'orario di lavoro contrattualmente stabilito.

In effetti qualora si dovesse far riferimento a tutti i requisiti essenziali la cui sussistenza - anche secondo i costanti insegnamenti della Suprema Corte - consente la qualifica di un'attività come subordinata, ci si renderebbe subito conto che troppo spesso siffatta tipologia di

¹⁹ D. BALDUCCI, *Il promotore Finanziario*, III^a Edizione, ED. FAG, 2006, Milano.

contratto di lavoro mal cela un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti.

In particolare quasi sempre si potrà parlare di sottoposizione al potere direttivo poiché in ogni istituto di credito vi è un responsabile dei promotori che costantemente impartisce disposizioni esercitando altresì il potere di controllo sull'operato dei diversi promotori.

Anche la banca esercita il proprio potere di controllo direttamente servendosi dei suoi ispettori, la cui attività viene utilizzata per esercitare un vero e proprio potere disciplinare nei confronti dei promotori, potere che consente all'istituto di credito di contestare eventuali inadempimenti e, qualora ritenuto opportuno, di avviare procedimenti disciplinari a loro carico.

Se pertanto, come appena spiegato, il promotore finanziario che decide di espletare la propria attività negli uffici aventi sede all'interno della filiale, potrà facilmente "perdere" il grado di autonomia riconosciutagli dall'ordinamento giuridico quale lavoratore parasubordinato, purtuttavia tale figura non può confondersi con quella dell'agente di commercio *sic et simpliciter*.

Diverse infatti le "sfumature" che ci consentono di comprenderne le differenze.

Il riferimento è in *primis* alle conseguenze rinvenienti dalla violazione del patto di non concorrenza difficilmente provabile; nella iscrizione alla gestione speciale INPS, prevista per i promotori finanziari, a prescindere dall'obbligo di iscrizione all'ENASARCO; nella promozione di prodotti finanziari e non di semplici beni materiali e di altro tipo come accade per l'agente/rappresentante e in secondo luogo nella non trascurabile circostanza secondo cui l'agente - che può svolgere la sua attività anche come persona giuridica e quindi in forma societaria - non è chiamato alla necessaria presenza fisica all'interno dei locali dell'azienda committente diversamente dal promotore finanziario tenuto all'assidua frequenza dell'ufficio sito nella filiale cui è assegnato.

La figura del promotore per le particolari caratteristiche della sua attività

potrebbe essere comparabile a quella, contemplata dalla normativa in vigore dal 2007 nell'ordinamento iberico del "TR.A.D.E."²⁰ cioè del lavoratore autonomo in qualità di piccolo imprenditore non necessariamente munito di organizzazione autonoma aziendale.

Verosimilmente la disciplina sui promotori meriterebbe un'attenta rivisitazione onde poter disporre di una normativa più completa ed organica.

²⁰ "TRabajador Autonomo Economicamente Dependiente".

Sicurezza sul lavoro

PROVVEDIMENTO DI SOSPENSIONE DELL'ATTIVITA' DI IMPRESA

Nota alla Circolare n. 33/2009
del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali

di Mariagrazia Acampora

L'art. 14 del D.lgs. n. 81/2008, rubricato <<Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori>>, è stato sostanzialmente modificato dall'art. 11 del D.lgs. n. 106/2009. Per fornire le linee di indirizzo in ordine alla suddetta modifica, la Divisione generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro ha emanato la circolare n. 33/2009, che di seguito si analizzerà.

La predetta circolare intende fornire, attraverso un quadro unitario, le indicazioni necessarie al fine di una corretta applicazione della normativa in esame, comportando il superamento di quelle precedentemente emanate.

La suddetta circolare, nel sottolineare che la finalità a cui la norma tende è sempre la medesima, ossia la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, nonché fornire uno strumento di contrasto del lavoro sommerso e irregolare, in primo luogo, pur in presenza della identica terminologia "*organi di vigilanza*" rispetto alla precedente formulazione, evidenzia che <<la prima modifica sostanziale da parte del D.lgs. n. 106/2009 è l'attribuzione della competenza alla adozione del provvedimento interdittivo, non già al personale ispettivo, ma agli organi di vigilanza>>. Successivamente specifica che titolare del potere è l'Ufficio da cui dipendono i funzionari ispettivi, che sono solo lo strumento attraverso cui esercitarlo.

I soggetti legittimati ad adottare il provvedimento di sospensione sono il personale ispettivo del Ministero del Lavoro

e quello delle AA.SS.LL., nel rispetto delle proprie competenze in materia di vigilanza.

Più in particolare, l'art. 13, comma 2, del D.lgs. n. 81/2008 stabilisce quali sono gli ambiti di competenza del personale ispettivo del Ministero del Lavoro. La circolare in esame, poi, specifica che il personale ispettivo dell'A.S.L., avendo una competenza generale in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, può adottare il provvedimento di sospensione senza particolari limitazioni di settore.

Altro punto evidenziato dalla circolare è la discrezionalità nell'adozione del provvedimento: esso deve essere "di norma" adottato tutte le volte in cui sia accertata l'esistenza dei presupposti legittimanti; vi sono, tuttavia, circostanze particolari, che impongono una valutazione mirata.

Occorre tener sempre presente qual è la finalità perseguita dalla normativa in esame: la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro; nel caso in cui, quindi, la sospensione dell'attività possa creare una situazione di maggior pericolo per la sicurezza dei lavoratori, il provvedimento potrebbe anche non essere adottato. Il personale ispettivo, in altri termini, dovrà valutare caso per caso l'opportunità di sospendere l'attività. La circolare n. 33/2009, a tale proposito, riporta delle particolari situazioni a titolo esemplificativo: la sospensione di uno scavo in presenza di una falda d'acqua o di scavi aperti in strade di grande traffico potrebbe generare situazioni di pericolo

maggiori, rispetto a quelle che il provvedimento è volto a eliminare.

Allo stesso modo il personale ispettivo dovrà valutare l'opportunità di adottare o meno il provvedimento di sospensione, quando questo incida su una attività di servizio pubblico, tale da ledere il godimento di altri diritti costituzionalmente garantiti. Sempre a titolo esemplificativo la circolare indica attività di trasporto, fornitura di energia elettrica, acqua, luce, gas. In tutti questi casi dovrà essere fatta una valutazione specifica che miri a un contemperamento del diritto alla salute, protetto attraverso il provvedimento di sospensione, e gli altri diritti costituzionalmente garantiti.

Occorre inoltre specificare che la circolare in esame fornisce una puntuale indicazione nel caso in cui si sia riscontrato l'impiego di lavoratori "in nero": se il provvedimento rechi un grave danno agli impianti o alle attrezzature o a beni, esso non deve essere adottato. Allo stesso modo, come stabilisce in modo chiaro il comma 11 dell'attuale art. 14, il provvedimento di sospensione per le ipotesi di lavoro "irregolare" non si applica nel caso in cui il lavoratore "in nero" sia l'unico occupato dall'impresa.

L'immediata conseguenza, però, sarà l'allontanamento del lavoratore dal luogo di lavoro, finché il datore non provvederà a regolarne la posizione.

La circolare, inoltre, precisa che per "occupato" si intende <<qualsiasi prestatore di lavoro, anche autonomo, a prescindere dalla tipologia contrattuale utilizzata>>.

Il documento in esame prosegue analizzando quali sono i presupposti che devono verificarsi per poter legittimare l'adozione del provvedimento. Essi sono due, essendo stata abrogata l'ipotesi di sospensione in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro: l'impiego di lavoratori "in nero" e il riscontro di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

In ordine al primo presupposto, la circolare ricorda che l'art. 14 del D.lgs. n.

81/2008 prevede la possibilità per il solo personale ispettivo del Ministero del Lavoro di adottare il provvedimento di sospensione in presenza di personale irregolare. Più precisamente, vi deve essere l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro. In altri termini, si potranno considerare "irregolari" i lavoratori per cui non è stata effettuata la comunicazione al Centro per l'impiego o, comunque, per cui il datore di lavoro non abbia provveduto a formalizzare il rapporto.

A nulla vale la differenziazione tra lavoratore subordinato e autonomo: il requisito della subordinazione non costituisce elemento essenziale. Il T.U., infatti, ha quale finalità la tutela di tutti i lavoratori, indipendentemente dalla forma contrattuale o dalla presenza di sinallagma retributivo.

Si diceva che vi è una percentuale minima, 20%, per adottare il provvedimento di sospensione; tale percentuale va calcolata sul totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro al momento dell'accesso ispettivo. La circolare, poi, fa il seguente esempio: se in una azienda si rilevi la presenza di 10 lavoratori, di cui 3 "in nero", la percentuale andrà calcolata sulla base di 10 e non sulla base di 7, che rappresentato i lavoratori regolari.

Il secondo presupposto che legittima l'adozione di un provvedimento di sospensione è rappresentato da <<gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro>>. L'allegato I al D.lgs. n. 81/2008, in attesa del decreto del Ministro del Lavoro, individua le suddette violazioni.

La circolare in esame, poi, nel riportare il concetto di reiterazione, che si ha quando <<nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione oggetto di prescrizione dell'organo di vigilanza ottemperata dal contravventore o di una violazione accertata con sentenza definitiva, lo stesso soggetto commette più violazioni della stessa indole>>, ne

interpreta il significato. Per aversi reiterazione il datore di lavoro dovrà commettere più violazioni, e quindi almeno due, anche contestuali, nei cinque anni successivi rispetto alla prima violazione accertata. Per “*stessa indole*” si intende una violazione della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse, così come individuate dal citato Allegato I. Le violazioni che comporteranno reiterazione, inoltre, saranno solo quelle commesse successivamente all’entrata in vigore del D.lgs. n. 106/2009, ovvero dal 20 agosto 2009 in poi, e riferibili alla medesima impresa, essendo ininfluyente la persona fisica che le ha commesse.

Occorre precisare, inoltre, che, anche a seguito di un provvedimento di sospensione per violazioni in materia di salute e sicurezza, sarà possibile proseguire le attività per il tempo strettamente necessario alla eliminazione delle irregolarità accertate.

Proseguendo l’analisi del documento, lo stesso si sofferma sugli effetti del provvedimento di sospensione, differenziando due profili: uno “spaziale” e uno “temporale”.

In relazione al primo, appare opportuno sottolineare che il provvedimento ha efficacia solo per la parte dell’attività imprenditoriale interessata dalla violazione. In altri termini, gli effetti devono essere circoscritti alla singola unità produttiva in cui è stato utilizzato personale “irregolare” o sono state riscontrate violazioni in materia di sicurezza. In maniera più specifica, nel settore dell’edilizia, la sospensione deve interessare l’attività svolta dall’impresa nel singolo cantiere.

Per ciò che attiene il profilo temporale, invece, lo stesso art. 14 fornisce una puntuale indicazione in tal senso: gli effetti della sospensione possono essere fatti decorrere dalle ore dodici del giorno successivo o dalla cessazione dell’attività lavorativa in corso, se la stessa non può essere interrotta. La circolare, poi, evidenzia che <<*il differimento degli effetti può aversi nei soli casi di sospensione per lavoro “nero” - salvo le*

situazioni di pericolo imminente e grave rischio per la salute dei lavoratori e dei terzi - e non nei casi di violazioni prevenzionistiche, considerata la finalità che il provvedimento assume in dette circostanze>>. Chiarisce, inoltre, che per “*giorno lavorativo successivo*” si intende quello di apertura dell’Ufficio che ha emanato il provvedimento.

La sospensione dell’attività può avvenire anche sulla base di segnalazioni tempestivamente inviate da parte di altri soggetti pubblici che accertino l’esistenza dei presupposti legittimanti l’adozione del provvedimento. Quest’ultimo può essere adottato dall’Ufficio senza la necessità di una ulteriore verifica, sempre che non siano trascorsi più di sette giorni dalla data dell’accertamento.

Un’altra novità introdotta dal D.lgs. n. 106/2009 riguarda la fattispecie della revoca. Il provvedimento di sospensione può essere revocato da parte dell’organo di vigilanza che lo ha adottato, inteso come Ufficio. Condizioni per la revoca del provvedimento da parte degli ispettori del Ministero del Lavoro sono:

- la regolarizzazione dei lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria;
- l’accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro;
- il pagamento di una somma aggiuntiva, rispetto a quella prevista dal comma 6, pari a 1.500 euro nelle ipotesi di sospensione per lavoro irregolare e a 2.500 euro nelle ipotesi di sospensione per gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La circolare in esame, a tal proposito, effettua una serie di chiarimenti.

Per quanto riguarda la regolarizzazione delle posizioni lavorative “in nero”, precisa che non sono ammesse le tipologie contrattuali che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, né il lavoro intermittente. Con riferimento alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari “clandestini” e

dei minori illegalmente ammessi al lavoro, puntualizza che, ferma restando l'impossibilità di una piena regolarizzazione, si dovrà comunque procedere al versamento dei contributi ex art. 2126 c.c.. Nel caso in cui vi è una regolarizzazione dei lavoratori prima dell'emanazione del provvedimento di sospensione, quest'ultimo sarà annullato in sede di autotutela.

Appare interessante, inoltre, analizzare la circolare n. 33/2009 anche nella parte in cui si sofferma sui rapporti tra il provvedimento di sospensione e il sequestro penale di cui agli artt. 354 e 355 c.p.p.. Nel caso in cui ricorrano le condizioni per l'adozione di quest'ultimo, il provvedimento amministrativo non deve essere emanato; chiaramente, ciò accade quando gli ambiti di applicazione dei due provvedimenti coincidano.

Una immediata conseguenza che scaturisce dall'adozione del provvedimento di sospensione è, in seguito alla comunicazione del predetto accertamento all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'emanazione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni e alla partecipazione a gare pubbliche. La durata dell'interdizione, puntualmente indicata nella norma, è strettamente legata alla effettiva durata del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale. Da ciò scaturisce che, se il provvedimento di sospensione è efficace, ma ha durata pari a zero, la comunicazione non dovrà essere effettuata.

Infine, merita un accenno sia la previsione di una sanzione, l'arresto fino a sei mesi o da tre e sei mesi o ammenda secondo l'entità delle violazioni accertate, per il datore di lavoro in caso di inottemperanza del provvedimento sia la possibilità di ricorrere, in via amministrativa, avverso il provvedimento di sospensione. Ciò presentando ricorso entro 30 giorni, rispettivamente, alla Direzione regionale del lavoro

territorialmente competente e al Presidente della Giunta regionale, che avranno 15 giorni di tempo per rispondere; decorso tale termine, il provvedimento di sospensione perde efficacia. Su tale ultimo punto, comunque, il D.lgs. 106/2009 non ha apportato particolari modifiche.

Penale del lavoro

LA TUTELA DELL'INTEGRITA' PSICO-FISICA DEL CITTADINO (E DEL LAVORATORE) E L'INTERVENTO NEL PROCESSO DELLE FORMAZIONI SOCIALI INTERMEDIE

La costituzione di parte civile e l'intervento di Enti ed Associazioni,
nel procedimento penale, nel microsistema di cui agli artt. 434, 437 e 451 c.p.,
tra luci ed ombre, risultati raggiunti e prospettive

di Ezio Bonanni e Emanuela Sborgia

Sommario: 1. Premessa. 2. Fondamento normativo della costituzione di parte civile e dell'intervento nel procedimento penale. 3. Microsistema penale di cui agli artt. 434, 437 e 451 c.p.. 4. Legittimazione processuale delle associazioni e dei comitati alla costituzione di parte civile nei procedimenti penali nei casi di violazione delle norme di cui agli artt. 434 e 437 c.p.. 5. Atto di intervento. 6. Conclusioni.

1. Premessa

La tutela dell'integrità psicofisica del cittadino, nel territorio e nei luoghi di lavoro, dove si estrinseca la sua personalità, rappresenta un obiettivo primario degli ordinamenti giuridici moderni.

La Costituzione Repubblicana, anche sulla scia della disposizione di cui all'art. 2087 c.c., ha costruito il nuovo Stato sull'architettura di cui agli artt. 2 e 4, il cui sistema consacra i diritti inviolabili del singolo, anche nelle formazioni sociali, attraverso le quali meglio si estrinseca la sua personalità, si tutelano i suoi diritti e si riaffermano i fini e gli interessi propri della persona umana, che è elevata a centro di imputazione di tutti i diritti ed i doveri, che si riaffermano diritti inviolabili e dei quali persegue la piena esplicazione.

Il sistema costituzionale presuppone l'irrinunciabilità del diritto alla salute, di

cui la salubrità dell'ambiente lavorativo e del territorio sono un aspetto non secondario, inoltre, le finalità di profitto, proprie dell'iniziativa economica pubblica e privata, sono ad esso subordinate ed acquistano legittimazione, solo nella misura in perseguono l'utilità sociale nel rispetto della *sicurezza, libertà e dignità umana* (art. 41, comma 2, Cost.).

Questo quadro normativo è stato integrato, nel corso degli anni, da un sistema punitivo, prevalentemente di tipo contravvenzionale, articolato capillarmente in varie leggi speciali: il D.P.R. n. 541/55, il D.P.R. n. 503/56, il D.lgs n. 231/01 (art. 25 septies), fino al D.lgs. n. 81/08 (artt. 61, 262, 263, 264 e 265), tutte ispirate al criterio di concorso formale e/o materiale di reati con le fattispecie delittuose contemplate nel codice penale, tra le quali quelle del microsistema di cui gli artt. 434 e 437 c.p. e 451 c.p. (alle quali si aggiungono altre fattispecie quali quelle di cui agli artt. 589, co. 2, e 590 co. 3 c.p. per i casi in cui la condotta degli imputati ha determinato la concreta lesione alla integrità psicofisica delle vittime).

La norma di cui all'art. 9 della legge n. 300/70 (per altro mai completamente ed effettivamente applicata) ha recepito l'esperienza dei gruppi di lavoratori che nel corso degli anni precedenti avevano svolto attività nelle singole realtà industriali per la tutela della salubrità e sicurezza dei luoghi di lavoro.

Per impulso della legislazione comunitaria (Direttiva Comunitaria n. 89/391), queste esigenze furono recepite con il D.lgs. n. 626/94, che tuttavia non costituiva una trasposizione fedele, mostrandosi del tutto insufficiente e lacunoso, tanto che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza del 15.11.2001, C-49/2000, *Commissione c. Repubblica Italiana*¹, condannava la Repubblica Italiana.

Dopo un lungo travaglio, veniva finalmente alla luce il D.lgs. n. 81/08, che costituisce una risistemazione normativa dell'intera materia, riformulato con l'ultimo intervento, c.d. correttivo, consacratosi con l'emissione del D.lgs. n. 106/09 (oggetto di denuncia alla Commissione Europea da parte di alcune associazioni di lavoratori e vittime dell'amianto).

Tuttavia, i recenti dati statistici, relativi agli infortuni mortali che si sono verificati negli ultimi anni nei luoghi di lavoro, ed il continuo aumento delle malattie professionali (è sufficiente pensare che ogni anno, solo per patologie asbesto-correlate, di natura professionale, perdono la vita oltre 4.000 persone) dimostrano, in modo incontrovertibile, l'inefficacia degli strumenti legislativi prevenzionistici, peraltro mai effettivamente applicati.

Nel tentativo di arginare il progressivo dilagare di infortuni sul lavoro e l'insorgenza di malattie professionali e, dunque, di fornire una pronta risposta punitiva a siffatti fenomeni di evidente allarme sociale, il legislatore è intervenuto nel corso del 2008, con l'approvazione della norma di cui all'art. 132-bis delle norme di att. al c.p.p., così sostituito dall'art. 2 bis del D.L. n. 92 del 2008,

¹ Condanna della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 15.11.2001, C-49/2000, *Commissione c. Repubblica Italiana*, per non corretta trasposizione degli artt. 6 e 7 della Direttiva n. 89/391/Ce, per difetto dell'art. 4 del D.Lgs. 626/94, in tema di valutazione dei rischi e di aggiornamento in funzione del progressivo sviluppo delle condizioni e delle ricerche scientifiche.

convertito con modificazioni nella L. 24 luglio 2008 n. 125.

In siffatto articolo è disposto che, nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, è assicurata la priorità assoluta, oltre che a quei processi specificatamente elencati nelle lettere a), c), d) ed f), anche “*ai processi relativi ai delitti commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro*” (art. 132 bis lettera b, norme di attuazione c.p.p.).

In realtà, tale previsione non risolve i problemi scaturenti dal maturare dei termini di prescrizione: in alcuni casi l'inizio del processo penale avviene a distanza di molti anni dalla commissione delle condotte delittuose e la necessità di giungere in tempi brevi ad una sentenza definitiva compromette inevitabilmente le modalità di accertamento del nesso di causalità.

In tale apparato normativo è da segnalare l'inasprimento delle pene previste dal D.lgs. n. 81/08 (artt. 262, 263, 264 e 265), che però, nel corso del 2009, sono state alleggerite.

Il legislatore, infatti, sotto la spinta delle associazioni di categoria degli industriali, è nuovamente intervenuto con il D.lgs. n. 106/09, di cui si evidenzia una dubbia legittimità, poichè statuisce una drastica riduzione delle pene, le quali, proprio per effetto delle disposizioni comunitarie (cfr. art. 5, comma 3, Direttiva n. 89/391/Cee², e tra le altre l'art. 20 della Direttiva 2009/148/Ce del 30.11.2009³ - sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con

² Non può essere intaccato il principio della responsabilità del datore di lavoro (peraltro confermato in Corte di Giustizia Comunità Europee, 14.06.2007, *Commissione c. Regno Unito*).

³ La Direttiva Comunitaria n. 2009/148/Ce del Parlamento Europeo del 30.11.2009, che detta le norme sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto, all'art. 20 recita testualmente: “*Gli Stati membri prevedono l'applicazione di sanzioni adeguate in caso di violazione della normativa nazionale adottata ai termini della presente direttiva. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive*”.

un'esposizione all'amianto durante il lavoro) devono essere *effettive, proporzionate e dissuasive* e non sembra, quindi, che la legislazione interna sia coerente con quella comunitaria e con la sua *primauté*.

Alle difficoltà di natura esegetica, causate principalmente dalla complessità di una trattazione organica ed unitaria dell'articolato e composito sistema normativo in materia antinfortunistica, caratterizzato dalla presenza di molteplici norme costantemente integrate, rivedute e corrette, si aggiungono, inoltre, le difficoltà da affrontare in campo, qualora la vittima si inserisca nel percorso procedimentale diretto all'accertamento della verità processuale.

Molti dei reati contravvenzionali posti in essere dai datori di lavoro, possono essere estinti con l'oblazione e/o con l'esecuzione delle misure prescritte dall'Autorità di controllo (che ex art. 24 del D.Lgs. 748 del 1994⁴ determina l'estinzione del reato).

Per le residuali ipotesi delittuose, il più delle volte si arriva alla prescrizione, i cui tempi sono stati ridotti con la legge n. 251 del 05.12.05 (cosiddetta ex Cirielli), alla quale si è aggiunto l'indulto per effetto della legge 241 del 31.07.06, quale causa di estinzione della pena (fino a 3 anni di reclusione, e parzialmente per tre anni, nel caso di pene maggiori).

⁴ Art. 24 del D.lgs. 758 del 19.12.1994: "*1. La contravvenzione si estingue se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall'organo di vigilanza nel termine ivi fissato e provvede al pagamento previsto dall'art. 21, comma 2. 2. Il pubblico ministero richiede l'archiviazione se la contravvenzione è estinta ai sensi del comma 1. 3. L'adempimento in un tempo superiore a quello indicato nella prescrizione, ma che comunque risulta congruo a norma dell'art. 20, comma 1, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza, sono valutate ai fini dell'applicazione dell'art. 162 bis e del codice penale. In tal caso, la somma da versare è ridotta al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa*".

Gli stessi imputati possono accedere a riti alternativi, quali l'applicazione della pena, che non consente al giudice di decidere sulla domanda risarcitoria presentata dalla parte civile (art. 444, c. 2, c.p.p.), o il rito abbreviato, ed in entrambe le ipotesi è previsto uno sconto di 1/3 della pena.

Anche in caso di condanna, è praticamente impossibile finire in carcere, in quanto alle pene edittali abbastanza modeste si aggiunge la possibilità, per gli incensurati, di ottenerne la sospensione condizionale, ed anche nel caso in cui la pena detentiva fosse maggiore, è sempre possibile essere ammessi a godere di misure alternative.

Questo quadro rende evidente l'effetto dell'assenza della funzione dissuasiva e retributiva della sanzione penale.

Rimane il solo campo operativo della tutela civilistica delle vittime, che tuttavia debbono scontrarsi con la parte forte dotata di risorse smisurate, ma soprattutto con la cronica lentezza della macchina giudiziaria nazionale, e spesso, quando la causa è finita, molte di queste società responsabili si sono rese insolventi.

Si aggiungono, a smorzare la capacità dissuasiva del sistema giudiziario, la copertura assicurativa dell'INAIL e per il differenziale di Istituti Privati (con annullamento di qualsiasi rischio di conseguenze concrete anche in caso di condanna).

Nel tentativo di arginare il triste fenomeno delle cosiddette *morti bianche* il legislatore è intervenuto con il D.lgs n. 231/01, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, il quale prevede, nell'art. 25 *septies*, inserito dalla L. n. 123/07, art. 9), che "*in relazione ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 ter del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche sulla tutela dell'igiene e della salute sui luoghi di lavoro, si applica una pena pecuniaria in misura non inferiore a mille quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al comma 1, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2,*

della durata non inferiore e tre mesi e non superiore ad un anno”.

Tuttavia, come reso evidente, pur con tutti gli sforzi legislativi, l'obiettivo della sicurezza sui luoghi di lavoro è ben lungi dall'essere raggiunto, ed anzi, in relazione a quanto sopra abbiamo evidenziato, l'assenza di rischio concreto in caso di condanna, dissuade i datori di lavoro ed i loro dirigenti dal perseguirlo tenacemente.

C'è, inoltre, da registrare un evidente squilibrio di forze in campo, da una parte vi sono, quali vittime dei reati, i lavoratori ed i loro familiari, assolutamente indifesi, dall'altra i datori di lavoro, che potendo contare su enormi risorse economiche e, sui tempi biblici del sistema giudiziario, rimangono impuniti.

Tutto ciò si palesa in contrasto con i valori costituzionali (cfr. tra gli altri, quelli di cui agli artt. 2, 3 e 4 e ss. e con quello di cui all'art. 32 della Costituzione, che consacra la salute come *interesse della collettività*), che spesso rimangono solo sulla carta, mentre invece le condizioni di lavoro sono ancora tragiche e drammatiche, e la legalità pura utopia. Infatti il prestatore d'opera è spesso posto innanzi al bivio di cercare la tutela della sua salute, e rischiare il posto di lavoro necessario per vivere, o accettare condizioni di non sicurezza pur di sfamare la famiglia, destinato così al rischio di gravi patologie ed infortuni.

Lo stesso sistema prevenzionistico, come sopra evidenziato, fondato sulla concezione della valutazione del rischio ai fini della sua limitazione e non sul suo totale annullamento, così come, invece, imporrebbe il dettato Costituzionale, si pone in palese contrasto proprio con la norma di cui all'art. 32 della Costituzione e si dimostra fallimentare.

Apprese le lacune del sistema e spinti da insopprimibile voglia di giustizia, ai cittadini e ai lavoratori è consentito costituire associazioni ed enti, anche non riconosciuti, per realizzare fini di solidarietà sociale, utilizzando questo strumento, contemplato dall'art. 18 della Costituzione, per conseguire insieme la piena realizzazione ed esplicazione dei

valori e dei diritti della nostra Carta Costituzionale, dalla valorizzazione della persona umana, come centro di imputazione di diritti e doveri (art. 2), fino alla uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2), oltre che degli altri diritti tutti, i quali presuppongono l'integrità del territorio (art. 9 Cost.), la salute e l'integrità psicofisica. Sono questi diritti, contemplati anche dall'art. 32 Cost., che fa del diritto alla salute un inalienabile diritto del singolo ed un *interesse della collettività*, che non può essere subordinato ad altri diritti e ad altri interessi, primi fra i quali quelli del profitto (cfr. art. 41, comma 2, Cost.).

Tra le finalità di ordine particolare, che le formazioni sociali perseguono, vanno ricomprese anche quelle di tutela, sotto ogni profilo, dei diritti dei lavoratori esposti e delle vittime di cancerogeni, di tutti quelli che per questo motivo hanno contratto patologie e dei loro familiari, i quali esprimono ed invocano giustizia per loro e per la collettività intera.

Le stesse associazioni, il più delle volte, oltre all'impegno sociale, svolgono in contemporanea, attività di sensibilizzazione, di approfondimento e studiano, anche con l'ausilio di esperti di settore, gli effetti dei cancerogeni, dei mutageni e delle altre sostanze tossiche sulla salute umana, e tutto questo patrimonio, fatto anche di drammatiche esperienze, può essere indispensabile nella dialettica del dibattimento penale, al fine di supportare l'attività della Pubblica Accusa e di accertare la responsabilità penale degli autori delle condotte delittuose.

Nel microsistema penale di cui agli artt. 434 e 437 c.p., vari fattori interagiscono tra loro, in relazione agli interessi protetti immediatamente e mediamente dalla norma penale incriminatrice. La diffusività del rischio, gli effetti lungolatenti provocati dalle condotte di reato, inducono a far retroagire la consumazione del reato alla semplice messa in pericolo, potenziale ed astratta, con la conseguenza che anche l'intera collettività può subire gli effetti

lesivi devastanti provocati dalla condotta dei rei (come accade nei disastri provocati dal rischio di contaminazioni ambientali, anche in ambito lavorativo).

Tutti questi fattori, ai quali va sommata l'afflizione, la frustrazione e la preoccupazione degli associati, qualificano l'interesse ad agire delle formazioni sociali, interesse che si sostanzia con l'esercizio dell'azione civile o con l'intervento nell'ambito del processo penale.

2. Fondamento normativo della costituzione di parte civile e dell'intervento nel procedimento penale

Le norme di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. e quelle di cui agli artt. 185 c.p. e 74 e 75 c.p.p., l'art. 61 del D.lgs n. 81/2008, costituiscono il sistema normativo legittimante l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, finalizzato al risarcimento dei danni ed alle restituzioni.

In particolare l'art. 61 del D.lgs n.81/08, nel contemplare l'esercizio dei diritti della persona offesa, prevede che *“in caso di esercizio dell'azione penale per i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene sul lavoro o che abbia determinato una malattia professionale, il pubblico ministero né da immediata notizia all'Inail ed all'Ipsema, in relazione alle rispettive competenze, ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso. Le organizzazioni sindacali e le associazioni dei familiari delle vittime di infortuni sul lavoro hanno facoltà di esercitare i diritti e le facoltà della persona offesa di cui agli articoli 91 e 92 del codice di procedura penale, con riferimento ai reati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene sul lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale”*.

La norma di cui all'art. 74⁵ c.p.p., in combinato disposto con quella di cui all'art. 78, lettera a), c.p.p., e quindi anche con l'art. 61 del D.lgs n. 81/08, sancisce la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale, anche per le associazioni e gli enti non riconosciuti.

In assenza di pregiudizio, le medesime possono, inoltre, intervenire nel procedimento penale, nella forma *atipica* dell'intervento, secondo le disposizioni normative di cui all'art. 91 c.p.p. e con le formalità di cui all'art. 93 c.p.p..

Sono legittimati ad esercitare l'azione civile nel processo penale, i soggetti passivi del reato, titolari dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice, i quali devono, però, risultare anche danneggiati dal reato, a prescindere dal fatto che siano singoli od enti (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21 febbraio 2005, Ca., rv. 231210; Cass. pen., Sez. V 12 maggio 2000, To., rv. 216115; Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 1997).

Il pregiudizio giuridicamente rilevante, ai fini della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione civile nel processo penale nei confronti degli imputati, è costituito dal diritto al ristoro per la lesione subita di qualsiasi diritto, anche di natura non patrimoniale.

Sono meritevoli di tutela, anche risarcitoria, i diritti non patrimoniali a copertura costituzionale, oltre che gli altri tipizzati in altre fonti del diritto, ed alla loro lesione, eziologicamente riferibile all'azione od all'omissione del soggetto attivo del reato, si lega il risarcimento, da determinare, eventualmente in separato giudizio civile (Cass. Sez. Unite 26972/08,

⁵ Legittimazione processuale, nella formulazione di cui all'art. 74 c.p.p., è rocciosamente ancorata alla pretesa risarcitoria della parte che intende costituirsi, e che trova il suo fondamento nel reato.

Al termine “persona” è stato sostituito, nel testo vigente, quello di “soggetto”, affinché, come si legge nella relazione ministeriale *“legittimati all'esercizio dell'azione civile in sede penale non sono soltanto le persone fisiche e gli enti o le associazioni dotate di personalità giuridiche, ma anche le figure soggettive non personificate, come associazioni non riconosciute, comitati, etc.”*.

richiamata da Cass. Pen. 16 aprile 2009, n. 16031).

Nello specifico della nostra indagine, i reati si consumano già con il rischio potenziale ed astratto per la pubblica incolumità.

I singoli associati, e dunque le loro associazioni, in ragione della frustrazione, della preoccupazione, e del rischio potenziale di lesione individuale, al di là degli altri parametri, di cui di seguito, sono perciò stesso danneggiati e dunque legittimati alla costituzione di parte civile (tra le altre Cassazione 10 marzo 1993 confermata da Cassazione 29 settembre 1992).

Si pensi alla serenità, al pieno benessere psicologico, e ad altri aspetti, che integrano i diritti irrinunciabili della persona umana, come tali riconosciuti e contemplati nell'art. 2 della Costituzione, e che costituiscono essi stessi gli scopi e le finalità delle associazioni, che li perseguono e tutelano collettivamente.

La formazione sociale riunisce, sotto l'aspetto meramente soggettivo, più soggetti danneggiati, ed è comunque dotata di un collegamento inscindibile con il reato, determinato dalla sussistenza al suo interno di varie posizioni giuridicamente tutelate in capo ad ogni soggetto leso e che è in essa aggregato (nei termini di cui alla già richiamata Cass. Pen. 16 aprile 2009, n. 16031 che riferisce a Cass. Sez. Unite 26972/08), collegamento che, quindi, pur non identificandosi necessariamente con l'offesa del bene protetto dalla norma incriminatrice in via primaria o secondaria, è ad essa strettamente attinente, così da ricollegarsi causalmente, direttamente o mediatamente, alla stessa.

Tra i diritti ed interessi meritevoli di tutela, per espressa statuizione della Corte Regolatrice (con la Sentenza della VI^a Sezione Penale n. 16031 del 16 aprile 2009), ci sono anche quelli facenti capo alle Associazioni e ai loro iscritti.

Le ragioni che legittimano la costituzione di parte civile delle formazioni sociali nel giudizio penale, possono identificarsi nella lesione di quei diritti, la

cui tutela rientra nelle finalità indicate nello Statuto, prevalentemente dotati di copertura costituzionale, e di contenuto immediatamente precettivo (si pensi al diritto all'ambiente salubre, di cui all'art. 9, al luogo di lavoro salubre, di cui all'art. 41, in riferimento all'art. 32, ai diritti fondamentali della persona umana - art. 2 - anche nei luoghi di esplicazione della persona umana, di cui agli artt. 3, 4 e 35 e ss. della Costituzione), oltre che nella sofferenza e nel patimento subiti dalle formazioni sociali per effetto delle condotte di reato ascritte agli imputati.

Le eventuali finalità di assistenza, anche in sede giudiziaria delle vittime, da estendersi a favore anche di coloro che non fanno parte del sodalizio, rendono evidenti gli scopi di solidarietà sociale perseguiti dalle stesse.

3. *Microsistema penale di cui agli art. 434, 437 e 451 c.p.*

Come già abbiamo anticipato, le norme di cui agli artt. 434 e 437 c.p., ed anche quella di cui all'art. 451 c.p., costituiscono un microsistema penale, che si aggiunge alle altre ipotesi di reato contemplate nel codice penale (es. 589 e 590 c.p.) ed alle contravvenzioni codificate nel D.lgs. n. 81/08 ed in altre leggi speciali.

Entrambe le ipotesi delittuose sono insolitamente collocate nella parte del codice penale (titolo VI del secondo libro) dedicata ai delitti contro l'incolumità pubblica e nel primo capo, dedicato a quelli di comune pericolo mediante violenza.

Oggetto di tutela di entrambe le ipotesi delittuose è la pubblica incolumità come *"complesso delle condizioni, garantite dall'ordinamento giuridico, che costituiscono la sicurezza della vita, dell'integrità personale e della sanità, come beni di tutti e di ciascuno, indipendentemente dall'appartenenza a determinate persone"* (Manzini, *Trattato*, Volume VI, 1960), e la cui tutela risulta anticipata al rischio potenziale, ed al pericolo presunto (Ferrante), poiché non è

richiesto che il bene oggetto di tutela sia stato effettivamente posto a rischio.

L'evento costituisce aggravante specifica contemplata rispettivamente nel secondo comma dell'art. 434 c.p. e 437 c.p..

Entrambi i reati, al di là della specificità della fattispecie, si concretizzano con il solo pericolo astratto (Cotugno) e la potenzialità lesiva generica, in danno di un numero indeterminato di cittadini e di lavoratori, tra i quali vi rientrano tutti coloro la cui incolumità è posta astrattamente in pericolo, per effetto della condotta omissiva o commissiva del reo.

Come già evidenziato, si tratta di reati plurioffensivi, che per ciò stesso, hanno una molteplicità di oggetti giuridici, inoltre, alla tutela degli interessi particolari, lesi o messi in pericolo, per effetto della condotta, si aggiunge anche la salvaguardia dell'interesse generale all'assenza di rischio, anche astratto, per la pubblica incolumità, e per la sicurezza sociale.

La consumazione del reato, in tali reati, arretra alla potenziale ed astratta messa in pericolo della pubblica incolumità nei confronti di chiunque che, in modo indeterminato e potenziale, ne possa essere coinvolto (c.d. *delitti vaganti*⁶ cfr. Antolisei).

⁶ Un caso esemplificativo è quello all'esame del Tribunale di Torino, cosiddetto Processo Eternit, afferente la condotta di due imputati che violando le disposizioni prevenzionistiche hanno determinato l'insorgenza di malattie professionali asbesto correlate, in migliaia di lavoratori, molti dei quali deceduti, e contemporaneamente utilizzando il prodotto industriale (per la realizzazione di manufatti in cemento amianto) hanno contaminato l'intero territorio nazionale, disperdendo nell'ambiente siffatto materiale nocivo alla pubblica incolumità.

Questi prodotti, indistruttibili, per effetto del decorso del tempo, e della erosione indotta anche dai fenomeni atmosferici, continueranno a rilasciare polveri e fibre di amianto, che anche a basse dosi hanno fatto insorgere e lo faranno ancora, anche tra i cittadini che non hanno vissuto in prossimità degli stabilimenti e che non vi hanno lavorato, patologie asbesto correlate, che porteranno alla morte nel volgere di pochi mesi.

Il reato si può configurare a titolo colposo, nel caso di realizzazione dell'evento e a titolo doloso, ex art. 43 c.p., sul duplice presupposto della consapevolezza dell'omissione e della rappresentazione del pericolo (Cass. pen. 27 maggio 1984, in Cass. pen. 1986, 287), sufficiente per la consumazione del reato, ed anche in concorso formale eterogeneo di reati con quelli contemplati nelle altre norme del codice penale (es. artt. 589 e 590 c.p.) e delle leggi speciali, attesa la diversità strutturale dei vari titoli di reato, i quali sono tutti punibili, senza integrare alcuna lesione del principio del *ne bis in idem*⁷.

Non esiste soglia entro la quale si è al riparo dal rischio di insorgenza di patologie asbesto correlate, anche se naturalmente questo aumenta, proporzionalmente alla durata ed alla intensità dell'esposizione.

Proprio la rilevanza di qualsiasi esposizione, anche a basse dosi, ai fini dell'aumento del rischio, della diminuzione dei tempi di latenza e della accelerazione del processo cancerogeno hanno portato la Corte di Cassazione, IV Sez. Penale, con la Sent. 42128/2008, ad affermare il ruolo concausale di qualsiasi esposizione e conseguentemente la sussistenza del fatto reato, nel caso di insorgenza di patologie e, atteso il concorso, delle norme in esame con quelle di cui agli artt. 589 e 590 c.p., la sussistenza del reato e dunque, della legittimazione di tutti i cittadini esposti e delle loro associazioni, alla costituzione di parte civile, nel procedimento penale, per domandare il risarcimento del danno, anche quello non patrimoniale, per lesione dei diritti costituzionali (cfr. si pensi alle preoccupazioni di questi cittadini e lavoratori, che magari, inconsapevolmente, hanno nel passato utilizzato frigoriferi con amianto, cassoni dell'acqua in cemento amianto, o costruito la loro abitazioni con manufatti in cemento amianto, tutti oggetti prodotti negli stabilimenti della società di cui quegli imputati erano titolari, ed anche da altre società, i cui titolari stanno per essere sottoposti al relativo procedimento, come per esempio nel caso ex Fibronit, etc.).

⁷ Cass. pen. 28 aprile 1981, KNOPFLER, in Cass. pen. 1982, 1549; contra Cass. pen. 30 giugno 1981, TORELLO, in Cass. pen. 1983, 317; Cass. pen. 27 settembre 1984, SLIMBENE, in Giust. pen. 1985, II, 281; Cass. pen. Sez. IV, 1993/195696; in CRESPI, STELLA, ZUCCALA', Commentario al Codice penale, cit.; Cass. pen. Sez. I, 1974/128873, in CRESPI, STELLA, ZUCCALA', Commentario al Codice penale, cit.; Cass. pen. Sez. IV, 81/149687, in

Sono soggetti attivi di questi reati, tutti coloro sui quali grava l'onere di sicurezza e che rivestono la cosiddetta posizione di garanzia, e chiunque altro metta in pericolo la pubblica incolumità, l'elemento materiale si estrinseca in forma omissiva (art. 40 c. 2), e commissiva.

Il contenuto del precetto di entrambe le ipotesi di reato deve essere integrato con il richiamo alle irrinunciabili disposizioni di cui all'art. 2087 c.c. e di quelle delle leggi speciali, da quelle di cui al D.P.R. n. 303/56 e del DP.R. n. 547/55, fino alle altre ora contemplate nel D.lgs. n. 81/08.

La norma di cui all'art. 2087 c.c., seppur posta a chiusura del sistema prevenzionistico, nella misura in cui tutela "la personalità morale dei prestatori d'opera" oltre alla loro "integrità fisica", assurge a principio fondamentale di pietra miliare del nostro sistema prevenzionistico, che la giurisprudenza, con la sua interpretazione ha adattato all'evoluzione dei tempi, proprio a tutela degli inalienabili diritti della persona umana.

Con la lettura costituzionalmente orientata della disposizione normativa di cui all'art. 2087 c.c. e con la declaratoria di immediata precettività delle norme di cui agli artt. 2, 32 e 41, comma 2 della Costituzione, si statuisce l'immediata risarcibilità di tutti i danni per lesione dei diritti non patrimoniali, che hanno in dette norme di diritto, la loro tipizzazione (Cass. SS.UU. Sent. N. 26972/08⁸), anche

CRESPI, STELLA, ZUCCALA', Commentario al Codice penale, cit.; Cass. 9 aprile 1984 CARONE, in Cass. pen. 1985, 1380.

⁸ "L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al

mediante esercizio dell'azione civile nel processo penale (Cass. VI[^] Pen. 16 aprile 2009, Sent. n. 16031).

L'obbligazione risarcitoria, sia essa contrattuale, ma ancor più extra contrattuale, si estende dal singolo lavoratore che ha subito un danno ingiusto, alla pluralità dei consociati e, se quest'ultimi si sono aggregati, conformemente a quanto statuito nell'art. 18 della Costituzione, in *formazioni sociali* (associazioni ed enti non riconosciuti etc.), per perseguire nel modo migliore le loro comuni finalità, con siffatto strumento di espressione della loro personalità, evidentemente sussiste anche per loro legittimazione all'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

La legittimazione di questi enti, che, come sopra abbiamo anticipato, sono intermedi e sintetizzano la pluralità dei soggetti lesi per effetto del reato, si rafforza nel momento in cui gli stessi perseguono la tutela dei diritti contemplati nella Carta Costituzionale, tra i quali la ricerca della parità sostanziale e si rilevano utili strumenti di rimozione delle disuguaglianze, nella realizzazione dei fini statuari.

L'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del complesso normativo di cui agli artt. 434 e 437 c.p.,

risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (articolo 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (articoli 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa. Nell'ipotesi da ultimo considerata si parla, nella giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 6572/2006), di danno esistenziale. Definizione che ha valenza prevalentemente nominalistica, poichè i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata".

sotto l'aspetto sostanziale, in combinato disposto con gli artt. 74 e 78 lettera a) c.p.p., e 185 c.p., per gli aspetti processuali, deve essere messa in relazione con le norme di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. e degli artt. 2, 4, 9, 32, 35 e ss. della Costituzione.

La nozione di pubblica incolumità, quale *diritto di tutti e di ciascuno* determina, quindi, la conseguente legittimazione di tutti gli enti e le associazioni, che quella finalità hanno inglobato nel loro statuto sociale e che fanno, di quei diritti e di quei valori, i cardini ed i presupposti della loro azione (tra i quali il perseguimento del rischio zero, la rimozione dei cancerogeni e dei mutageni etc., che si aggiunge ai profili di danno già sopra evidenziati quali frustrazione, preoccupazione etc., e che esprime l'*affectio societatis*).

Le formazioni sociali, costituite dai lavoratori e dai cittadini, che si riuniscono al fine di perseguire insieme quei valori, in linea con quelli costituzionali, svolgono un ruolo dunque decisivo, anche ai fini della compiuta realizzazione della personalità umana e di realizzazione dello stato sociale: così, come evidenziato nell'ambito della "Rassegna" della giurisprudenza della Corte di Cassazione penale dell'anno 2008 che, nella parte seconda, al paragrafo n. 9), pg. 145, così recita: *"il divieto di analogia in materia penale (artt. 25 comma secondo, della Costituzione e 14 disp.prel. c.c.) non consente alla Corte di Cassazione di ampliare l'ambito della tutela penale oltre i confini delimitati dalle norme penali incriminatrici; nondimeno, la giurisprudenza di legittimità si trova al cospetto della necessità di adeguare le astratte previsioni normative a nuove emergenze di volta in volta profilatesi ex ante dal legislatore, e di dovere, pertanto, di attualizzare il dictum normativo.*

In questo ambito si è mossa anche nel corso del 2008 la Corte di Cassazione, sempre particolarmente sensibile alla tutela dei diritti delle persone e delle formazioni sociali intermedie, ed alle possibili implicazioni dei principi

solidaristici accolti dall'art. 2 della Costituzione, che comporta la configurazione, a carico dei consociati, quale ideale contropartita dei diritti ad essi riconosciuti, di nuovi doveri di collaborazione per la realizzazione delle finalità dello Stato sociale, con conseguente ampliamento dell'ambito delle responsabilità penali per omissione (art. 40, comma secondo, c.p.), al fine di rendere sempre più incisiva la tutela di beni (si pensi, ad es., al diritto alla salute ad all'ambiente anche lavorativo salubre) il cui valore, in passato sottovalutato, si è progressivamente accresciuto nell'idem sentire fino ad ottenere un generalizzato riconoscimento di rilevanza costituzionale primaria, in quanto strumentali alla compiuta realizzazione della personalità umana".

4. Legittimazione processuale delle associazioni e dei comitati alla costituzione di parte civile nei procedimenti penali nei casi di violazione delle norme di cui agli artt. 434 e 437 c.p.

Occorre valutare se, ed in base a quali presupposti, sia o meno ammissibile la costituzione di parte civile di associazioni ed enti nel processo penale, in caso di disastro ambientale.

In particolare, se siffatta legittimazione sussiste qualora si siano verificati il decesso di migliaia di lavoratori esposti all'amianto e la contaminazione dell'intero territorio nazionale, in seguito alla realizzazione di manufatti in cemento amianto impiegati per l'edilizia, per le industrie ed in altri settori della società civile, così provocando ripercussioni non solo sulla salubrità ambientale, ma anche sulla salute di tutti i cittadini ed anche sulle generazioni future, determinate dall'impossibilità di immediata bonifica e dall'assenza di soglia sotto la quale si annulla il rischio (essendo sufficienti, in alcuni casi, anche poche fibre per determinare patologie mortali, quali il mesotelioma, anche se il rischio è

proporzionale all'intensità e alla durata delle esposizioni).

Le associazioni e gli enti che nel loro statuto hanno assunto, come fine sociale, quello di bandire l'amianto ed altri cancerogeni e di perseguire la tutela della salute nei luoghi di lavoro e nel territorio, e che raggruppano i lavoratori esposti, o i familiari dei deceduti in seguito a malattia asbesto correlate, o per altri cancerogeni, e si prefigurano il compito di garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro, la giustizia e i diritti dei lavoratori esposti e vittime dei cancerogeni, hanno piena legittimazione a costituirsi parte civile nell'ambito dei processi penali che hanno come ipotesi di imputazione quelle di cui agli art. 434 e 437 c.p..

La loro situazione soggettiva è stata realmente danneggiata dal reato in quanto, così come affermato dalla Corte di Cassazione, *“quando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra l'immagine della persona giuridica o dell'ente, allorché si verifichi la lesione di tale immagine è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, o se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente che esprime la sua immagine, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o di categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca ...”* (Cass. Sent. n. 12929 del 2007), si viene, quindi, a pregiudicare la realizzazione del fine sociale, facendola apparire come puramente utopistica, scoraggiando gli stessi associati, ed eventuali nuovi associati, che potrebbero desistere dall'aderire al sodalizio, e provocando ulteriori effetti pregiudizievoli.

Sussiste altresì legittimazione all'azione risarcitoria in sede penale degli enti che hanno ricevuto un danno ad un interesse proprio, assunto nello statuto a ragione stessa della loro esistenza ed azione, qualora la condotta delittuosa si ponga come lesione del *“l'interesse perseguito da un'associazione in riferimento ad una situazione storicamente circostanziata, da essa associazione assunta nello statuto della ragione stessa della propria esistenza ed azione, come tale oggetto di un diritto assoluto ed essenziale dell'ente a causa dell'immedesimazione fra il sodalizio e l'interesse perseguito”* (Cass. pen, Sez. III, 03 dicembre 2007, n. 15983).

La lesione *all'immagine* ed alla *ragione della propria esistenza* dell'associazione, determinano anche un'ulteriore conseguenza lesiva, in virtù proprio dell'immedesimazione tra l'ente stesso e l'interesse perseguito, individuabile nella compromissione dell'*affectio societatis* verso l'interesse prescelto, inoltre la sua lesione, in seguito alla commissione del fatto di reato, produce una offesa e l'insorgenza di un danno non patrimoniale da reato in virtù, appunto della suddetta provocata frustrazione ed afflizione generata negli associati (Cass. pen. Sez. VI, 01 giugno 1989; Sez. III, 11 aprile 1992; Sez. III, 29 settembre 1992).

Quanto detto assume rilevanza, alla luce dei principi enunciati dalla Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 26972/08, come richiamata da Cass. VI[^] Pen., 18 giugno 2007, n. 16031, estesi a qualsiasi altro diritto, purché tipizzato nella Costituzione o in altre fonti del diritto.

Il danno risarcibile in favore dell'associazione, secondo parte della dottrina (Mendoza, in commento a Cass. Sez. III, 21 maggio 1993, e in giurisprudenza Pretura Verona 24 giugno 1992, Ch., *Giur. it.* 1993, II, 420; Tribunale di Massa, 20 maggio 1993, De., in *Arch. proc. pen.* 1993, 40. Ancora in dottrina E. Albamonte, *in tema di consenso della persona offesa quale requisito legittimamente la partecipazione al giudizio delle associazioni ambientaliste,*

nota a Cass. pen., Sez V, 12 gennaio 1996 numero 2361, in *Cass. pen.* 1996, 11), è strettamente non patrimoniale e concerne l'afflizione e la frustrazione degli affiliati per il pregiudizio arrecato nell'interesse preso a cuore dall'associazione, e per la lesione alla loro personalità, anche in seguito a pregiudizio sofferto dalla stessa formazione sociale (che è uno degli strumenti di affermazione della persona umana), meritevole di tutela, per le finalità e per i parametri di cui agli art. 2 e 3 secondo comma, anche in relazione alle norme di cui agli art. 9, 32 e 41 secondo comma della Costituzione (conforme a Cass. VI[^] Pen., 18 giugno 2007, n. 16031).

La Corte di Cassazione, proprio con la Sentenza 16 aprile 2009 n. 16031 della VI[^] Sez. Pen., ha ritenuto sussistente il pregiudizio e, dunque risarcibile il danno (e conseguentemente la legittimazione processuale ai fini della costituzione di parte civile) non solo:

- (a) quando il fatto illecito sia configurabile come reato, e il danneggiato sia il soggetto passivo;
- (b) e quando ricorre una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche nel caso dell'ipotesi di reato;
- (c) ma anche e, nel nostro caso soprattutto, *“quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima* (sia essa direttamente, sia attraverso la formazione sociale, ma non solo anche la stessa formazione sociale, dove il singolo esplica la sua personalità come personificazione del fine, meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento costituzionale) *avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati ex ante dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal Giudice”* (Sez. Un. Civ., 11 novembre 2008, n. 26972).

Prescindendo dai rilievi e dalle implicazioni scaturenti dalla lettura di

siffatto principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, appare evidente che, anche in ambito civilistico, vi sia una sempre più crescente attenzione alle problematiche connesse alla risarcibilità del danno non patrimoniale subito da persone giuridiche private ed enti di fatto, problematiche che si riflettono inevitabilmente anche in ambito processualistico in materia di ripartizione dell'onere probatorio e sulla possibilità di ottenere una *“declaratoria iuris da cui esula ogni accertamento relativo sia alla misura sia all'esistenza del danno, il quale è rimesso al giudice della liquidazione ... escludendosi perciò l'estensione del giudicato penale alle conseguenze economiche del fatto illecito commesso dall'imputato”* (cfr. Cass. Sez. Pen. III, Sentenza n. 37384 del 10 luglio 2007, già sopra richiamata).

Anche le associazioni e gli enti esponenziali, che tutelano l'ambiente ed altri interessi diffusi, che assurgono a rango di diritti soggettivi (e lo sono in relazione alla norma di cui all'art. 9 Cost., in riferimento di cui agli artt. 2 e 32 e 41, comma 2, Cost.) sono legittimate a costituirsi parte civile nei procedimenti penali.

L'ambiente costituisce di per sé un bene giuridico tutelato da norme civili, penali, amministrative, la cui protezione è imposta da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 della Costituzione) *“per cui esso assurge a valore primario e assoluto”*, pertanto, la responsabilità conseguente a fatti commissivi od omissivi, colposi o dolosi, che violino le leggi di protezione, cagionino una compromissione dell'ambiente e dunque provochino un danno, deve essere inserita nell'ambito e nello schema della tutela aquiliana, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 codice civile⁹.

Con la sentenza della Suprema Corte n. 796 del 05 aprile 2002 è stato ribadito che *“il danno ambientale non consiste soltanto in una compromissione dell'ambiente in violazione di leggi ambientali ma anche, contestualmente e inscindibilmente, in*

⁹ Cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 641/1987.

una offesa della persona umana nella sua dimensione individuale e sociale; [...] la costituzione di parte civile delle associazioni ecologiste e di protezione ambientale è ammissibile quando l'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente non è astrattamente connotato ma si concretizza in una determinata realtà storica di cui il sodalizio ha fatto il proprio scopo e che è diventata la ragione e, perciò elemento costitutivo di esso, purché dal reato sia derivata la lesione di un diritto soggettivo inerente lo scopo specifico perseguito."

Secondo la Suprema Corte di Cassazione *"in tema di legittimazione degli enti e delle associazioni ecologistiche a costituirsi parte civile, deve ritenersi che quando l'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente non sia astrattamente connotato, ma si concretizza in una determinata realtà storica di cui il sodalizio ha fatto il proprio scopo, diventando la ragione e, perciò, elemento costitutivo di esso, è ammissibile la costituzione di parte civile di tale ente, sempre che dal reato sia derivata una lesione di un diritto soggettivo inerente allo scopo specifico perseguito. Pertanto è, in primis, configurabile, in capo alle associazioni ecologistiche, la titolarità di un diritto soggettivo e di un danno risarcibile, individuabile nella salubrità dell'ambiente, sempre che un'articolazione territoriale colleghi le associazioni medesime ai beni lesi, sicché esse sono legittimate all'azione aquiliana per la difesa del proprio diritto soggettivo alla tutela dell'interesse collettivo alla salubrità dell'ambiente; è, inoltre, ipotizzabile la lesione del diritto della personalità dell'ente e la conseguente facoltà delle associazioni di protezione ambientale di agire per il risarcimento dei danni morali e materiali relativi all'offesa, diretta ed immediata, dello "scopo sociale", che costituisce la finalità propria del sodalizio"*¹⁰.

¹⁰ Cfr. Cass. Sez. III n. 8699 del 09 luglio 1996-26 settembre 1996.

Non è esclusa la possibilità di intervenire nel procedimento penale, con la formula della costituzione di parte civile *ad adiuvandum*, anche nel senso prospettato dalla norma di cui all'art. 105, comma 2, c.p.c., ed ora esplicitamente riconosciuta dall'art. 61 del D.lgs. 81/08¹¹, se ciò corrisponde ad un interesse giuridicamente ritenuto rilevante dall'ente e dall'associazione, in riferimento ai fini degli associati, fatti propri dal sodalizio e contemplati nello statuto (cfr. Cass. VI[^] Pen. 16 aprile 2009 Sentenza n. 16031, conforme Sez. IV[^] 16 luglio 1993, Sentenza n. 10048).

Tra tali fini vanno ricompresi quello di ottenere giustizia per il rischio apportato non solo alla salute, che è *fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività* (art. 32 Cost.), ma anche alla sicurezza sociale, ed ai valori tutti recepiti dalla Costituzione, e radicati nella cultura e nel tessuto morale della Nazione, nel recepimento dell'idea stessa di solidarietà e fratellanza, nel superamento della concezione individualistica ed egoistica, nell'esaltazione dei diritti irrinunciabili ed inalienabili della persona umana di cui l'ente intermedio è una semplice emanazione e strumento.

5. Atto di intervento

L'art. 91 c.p.p., da leggere in combinato disposto con l'art. 212 delle disp.att. c.p.p., consente alla formazioni sociali una forma partecipativa definita *"atipica"*, quale espressione di un'istanza di partecipazione proveniente dalla persona offesa che, priva di una posizione soggettiva differenziata, in forza della quale sarebbe legittimata ad agire in veste

¹¹ Il D.Ls. 81/09 contiene *"disposizioni in tema di processo penale"* e sancisce con l'art. 61 l'esercizio dei diritti della persona offesa, qualificando tale anche *le organizzazioni sindacali e le associazioni dei familiari delle vittime degli infortuni sul lavoro... o che abbiano determinato una malattia professionale che possono esercitare i diritti e le facoltà della persona offesa di cui agli artt. 91 e 92 c.p.p.*

di soggetto danneggiato dal reato, riveste il ruolo di particolare centro di imputazione degli interessi lesi dal reato, o comunque, protetti dalle norme penali che si assumono essere state violate.

L'atto di intervento può qualificarsi come un'azione diretta a supportare la pubblica accusa nella tutela degli interessi, di cui le formazioni sociali sono portatrici, e che risultano lesi dalle condotte di reato contestate agli imputati.

Con il suo supporto, in buona sostanza, l'associazione intervenuta nel processo penale contribuisce all'accertamento delle verità processuale, ponendo a disposizione dell'Autorità Giudiziaria quelle esperienze, quelle professionalità e quegli atti e documenti che potrebbero rivelarsi essenziali nel contraddittorio delle parti, ed inserirsi nella dinamica processuale.

L'art. 505 c.p.p., infatti, riconosce agli enti intervenuti nel processo, a norma dell'art. 93 c.p.p., l'esercizio di specifiche facoltà, che si sostanziano in una forma di partecipazione attiva e collaborativa da esperirsi nel corso dell'istruttoria dibattimentale e che consistono nel *"chiedere al presidente di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti private che si sono sottoposte ad esame"*, e nel diritto di chiedere al giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti.

La predisposizione dell'atto di intervento ad opera degli enti e delle associazioni deve sottostare, infine, ad una serie di condizioni previste a pena di inammissibilità (art. 93 lett. a c.p.p.). *In primis* l'ente deve essere dotato dei requisiti di legittimazione alla tutela degli interessi dallo stesso rappresentati.

La teoria sostanzialistica elaborata dalla dottrina subordina la legittimazione alla tutela della rappresentatività degli enti esponenziali alla sussistenza dei seguenti indici:

- a) fine istituzionale;
- b) possibilità concreta dell'ente, per organizzazione e struttura, di perseguire lo scopo
- c) la c.d. *vicinitas*.

Nell'ambito del procedimento penale avente ad oggetto reati contro la pubblica incolumità, in particolare disastro doloso provocato dall'inosservanza delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la formazione sociale che intenda intervenire, ex artt. 91 e ss. c.p.p., non solo deve perseguire finalità statutarie dirette a proteggere i beni a fruizione collettiva offesi dalle condotte di reato (ambiente salubre, anche lavorativo e salute), ma deve anche essere dotata di una struttura idonea a garantire gli scopi statutari, oltre che essere stabilmente radicata nel territorio.

L'associazione, quindi, deve essere un organismo rappresentativo degli interessi collettivi diretti alla salvaguardia della salubrità dell'ambiente, anche e in particolar modo dell'ambiente lavorativo, in aderenza all'art. 2 della Costituzione, il quale garantisce la funzione degli organismi intermedi, esponenziali di interessi che trascendono il singolo per coinvolgere una pluralità di individui.

Analogamente a quanto previsto per l'atto di costituzione di parte civile, anche nell'atto di intervento è prescritta l'esposizione sommaria delle ragioni che giustificano l'intervento (art. 93 lett. d).

L'indicazione di siffatte ragioni si sostanziano nella dimostrazione dell'effettiva compromissione degli interessi collettivi che l'associazione si prefigge di tutelare.

Cosicché, se le formazioni sociali che intendono intervenire nel processo perseguono scopi di solidarietà sociale, e se gli stessi si sostanziano nella tutela dell'integrità psicofisica nei luoghi di lavoro e dell'intera cittadinanza, appare evidente che la condotta delittuosa integrante i reati di cui agli artt. 434, 437 c.p.p., è senza dubbio lesiva degli interessi di cui la stessa è portatrice.

La natura plurioffensiva di siffatti reati contro l'incolumità pubblica, definiti anche come *"reati a soggetto passivo indeterminato"*, induce la dottrina

prevalente¹² a prescindere dalla prestazione del consenso all'atto di intervento della singola persona offesa (art. 93 c.p.p.), poiché il soggetto passivo è una collettività indeterminata.

Diversamente, qualora si dovesse optare per un'applicazione asettica dell'art. 93 c.p.p., la tutela giurisdizionale dell'interesse leso dal reato, di cui l'ente esponenziale è rappresentativo, verrebbe senza dubbio pregiudicata.

Appare, quindi, sotto quest'ultimo aspetto, che la disciplina processuale necessita di un'adeguata riforma, alla luce degli interessi di cui le formazioni sociali si fanno portatrici in materia di violazione delle norme stabilite in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, al fine di facilitare il loro intervento nelle dinamiche processuali.

6. Conclusioni

Se le associazioni e gli enti sono strumenti di sintesi di fini individuali, divenuti così collettivi, se i reati in esame si consumano con il solo astratto e potenziale rischio per la pubblica incolumità, se contemporaneamente sono già morti migliaia di lavoratori e cittadini, ed altri ne moriranno ancora in tutto il territorio nazionale, se il disastro ambientale così provocato ha indotto alla contaminazione di vasti territori, se non dell'intero suolo, con concreta esposizione anche di altri cittadini per il futuro, è evidente l'interesse di quelle associazioni, le cui finalità sono quelle di tutela della persona umana, della sua sicurezza, della tutela dei diritti tutti, a costituirsi parte civile nel processo penale, o comunque, ad intervenire nello stesso.

L'azione civile esercitata dalle formazioni sociali è quindi diretta ad ottenere in primo luogo giustizia, per il decesso di quelli che considerano loro fratelli (nel superamento dell'ottica individualistica ed egoistica propria delle

dittature ormai superate, alle quali si oppone la Costituzione e la coscienza civile individuale e collettiva), ma anche e soprattutto mira a rendere concreta la possibilità, prevista nel codice di procedura penale, di partecipare attivamente alla dialettica dibattimentale, facendo conferire nel procedimento penale tutto quel bagaglio di esperienza e conoscenza di cui le stesse sono dotate, al fine di ottenere, contestualmente alla pronuncia di condanna degli autori delle condotte delittuose, il risarcimento dei danni, anche in forma simbolica (risulta che nel processo Eternit le associazioni che si siano costituite abbiano quantificato in € 1 il danno sofferto dal sodalizio e comunque lasciandolo all'equo apprezzamento del Giudice adito), per il pregiudizio sofferto e provocato dalla lesione dei beni giuridici (di cui sono portatrici) protetti dalle norme incriminatrici e violati dalle acclamate condotte delittuose.

¹² Amodio, Dominioni in Commentario al nuovo c.p.p., I, 559.

RESPONSABILITA' PENALE DEL DATORE DI LAVORO, DEL DIRIGENTE E DEL PREPOSTO

Il nuovo quadro sanzionatorio dopo il decreto correttivo n. 106/2009

di Tiziana Valeria De Virgilio

Sommario: 1. Obiettivo del correttivo. 2. Datore di lavoro, dirigenti e preposti: obblighi. 3. Quadro sanzionatorio. 3.1. Estinzione agevolata dei reati e degli illeciti amministrativi. 4. Profili soggettivi di responsabilità e principio di effettività.

1. Obiettivi del correttivo

Il D.lgs. n. 106/2009 in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro è intervenuto in modo deciso sull'impianto normativo tracciato dal T.U. in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. n. 81/2008), al fine di rafforzare le tutele predisposte per i lavoratori e garantire il rispetto degli obblighi di sicurezza posti a carico dei soggetti di essi destinatari. Obiettivo primario del correttivo appare l'introduzione di specificazioni normative, predisposte sull'impianto preesistente, al fine di circoscrivere obblighi e sanzioni direttamente proporzionali alle violazioni degli stessi¹.

La finalità del legislatore delegato sembra essere di duplice ordine: coordinare misure preventive e punitive che consentano di muoversi su fronti spesso erroneamente considerati esclusivi gli uni degli altri, qual'è l'intervento *ex ante* di matrice preventiva e quello *ex post*, punitivo.

Il quadro sanzionatorio che ne deriva risulta semplificato in ordine agli adempimenti richiesti alle figure direttive

dell'impresa, nonché alla possibilità di estinguere le sanzioni comminate in ipotesi tassative in cui il datore di lavoro aderisca alle prescrizioni normative, seppur "diversamente incentivato" tramite l'intervento repressivo.

Datore di lavoro, dirigente e preposto costituiscono senz'altro le figure in cui si concentrano le primarie responsabilità in caso di inottemperanza delle prescrizioni normative che il legislatore ha predisposto con gli interventi suddetti. Infatti essi si pongono quale necessario intermediario tra i lavoratori e le condizioni di salubrità e sicurezza dell'ambiente lavorativo, in quanto di esso ne sono i diretti responsabili.

2. Datore di lavoro, dirigenti e preposti: obblighi

Il datore di lavoro, in quanto titolare del rapporto stabilito con il lavoratore, è il responsabile dell'organizzazione dell'attività sia dell'impresa *in toto* che dell'unità produttiva, nonché esercita poteri gestionali, decisionali e di spesa. Risulta chiaro, *ex adverso*, la differenza con la figura del dirigente, il quale ha compito di attuare le direttive impartite dal datore di lavoro, organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa.

Gli obblighi gravanti sul datore di lavoro e sui dirigenti sono esplicitati negli artt. 17 e 18 del T.U., tra i quali rientrano la valutazione dei rischi aziendali, l'individuazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, la nomina del medico competente,

¹ M. Tiraboschi - L. Fantini, *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè 2009.

la designazione preventiva dei lavoratori incaricati delle misure di sicurezza in caso di emergenza, l'obbligo di fornitura dei D.P.I.² - ovvero gli idonei dispositivi di protezione individuale - nonchè la richiesta ai lavoratori dell'osservanza delle misure di sicurezza predisposte. In relazione a tali obblighi, il D.lgs. n. 106/2009 ha introdotto alcune innovazioni, riguardanti soprattutto gli adempimenti circa le visite mediche obbligatorie, cui sottoporre i lavoratori (art. 18, co. 1 lett. g e g-bis), l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi di cui all'art. 17, co. 1, che andrà consegnato al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza su richiesta di quest'ultimo (art. 18, co. 1, lett. o) e le comunicazioni riguardanti infortuni sul lavoro, nominativi dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (art. 18, co. 1, lett. r, aa e 1-bis). Tra le novelle suddette, merita rilevanza la disposizione di cui all'art. 18, co. 3-bis, che sancisce la responsabilità del datore di lavoro e dei suoi dirigenti in ordine all'omessa vigilanza sull'attuazione degli obblighi elencati, eccetto i casi in cui non sia possibile ricondurre l'inottemperanza ad una omissione di tali soggetti. Quest'ultima norma infatti, circoscrive l'alveo delle responsabilità riconducibili al datore di lavoro ed ai dirigenti, ai soli casi in cui sia effettivamente attribuibile agli stessi un'omissione in relazione agli obblighi di cui agli artt. 19 e ss.. Vi è poi la previsione di cui agli artt. 28 e 29 del T.U. riguardante il documento di valutazione dei rischi, che alla luce dell'intervento del correttivo n. 106/2009 è stata riformata ed ulteriormente specificata nella identificazione dei criteri attraverso cui il datore di lavoro deve effettuare la valutazione, ovvero semplicità, brevità e comprensibilità in modo da garantire completezza ed idoneità della organizzazione e della pianificazione aziendale (art. 28, co 1, lett. a) e nel caso di costituzione di nuova impresa, sarà suo onere effettuare una nuova valutazione dei

rischi entro 90 giorni dalla data di inizio della stessa (art. 28, co. 3-bis). Il datore di lavoro dovrà quindi, non solo effettuare la valutazione dei rischi lavorativi ma anche aggiornarla nel termine di 30 giorni, laddove vi siano delle modifiche al processo produttivo od alla organizzazione del lavoro che possano influire sulle misure di prevenzione e protezione (art. 29, co. 3).

Passando agli obblighi riguardanti la prevenzione e la protezione dei lavoratori di cui agli artt. 31 e ss. del T.U., il datore di lavoro ha il compito di curare personalmente tale incombenza, per quanto possibile, oppure tramite delega ai responsabili. Degna di nota è in questo caso la specificazione che il correttivo del 2009 opera in tal senso ai comma 1-bis e 2-bis dell'art. 34, prevedendo che in caso di imprese o unità produttive fino a cinque lavoratori, il datore possa svolgere direttamente le attività di prevenzione di incendi od evacuazione dandone opportuna informazione al responsabile della sicurezza dei lavoratori e frequentando gli opportuni corsi specifici di formazione di cui agli artt. 45 e 46.

Infine, esaminando la sezione relativa alla formazione, informazione e addestramento dei lavoratori di cui agli artt. 36 e ss. del T.U. riformato, obbligo centrale in tal senso riguarda senz'altro la fornitura degli idonei strumenti di protezione ai lavoratori, i cosiddetti D.P.I. i dispositivi di protezione individuale, al fine di assicurare la *massima sicurezza tecnicamente possibile*, criterio in base al quale il datore di lavoro sceglierà le misure da adottare.

Il T.U. sulla sicurezza sul lavoro n. 81/2008 aveva già inserito le opportune disposizioni, che ponessero a carico del datore di lavoro l'onere di provvedere, attraverso i migliori ed aggiornati strumenti e macchinari a propria disposizione. L'orientamento cui il D.lgs. 81/2008 era rivolto, s'inseriva nel quadro normativo tracciato dalla pronuncia della Corte di Giustizia Europea n. 49/11/2001, la quale aveva affermato che la valutazione dei rischi professionali dovesse

² G. Veneto, *Sicurezza nei luoghi di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2008.

evolversi in relazione allo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche.

Nello specifico, possiamo notare che il correttivo del 2009 ha esteso all'art. 37 l'obbligo di formazione a dirigenti e preposti ed indica al comma 7-bis e 12, che il datore di lavoro possa predisporre la formazione degli stessi presso enti paritetici di cui all'art. 51, la quale deve svolgersi durante l'orario di lavoro, senza comportare oneri economici per i lavoratori. Tale disposizione ha come fine esplicito quello di garantire un'adeguata formazione del personale responsabile della sicurezza, senza per questo porre a proprio carico oneri o svantaggi di natura economica.

In ultimo, esaminiamo la figura del **preposto**, il quale è definito dall'art. 2 come *“la persona che in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende all'attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa”*. L'art 19 ne descrive poi gli obblighi e la funzione, quale è quella di controllo, sovrintendenza e vigilanza sull'attuazione delle direttive sulla sicurezza. L'individuazione della posizione soggettiva attribuibile al preposto è tutt'ora oggetto di discussione, soprattutto in virtù della difficile riconducibilità della responsabilità per eventuali inadempimenti, laddove non vi sia una qualificazione netta di tali soggetti nell'organigramma dell'impresa. Sono intervenute sul punto, le pronunce della Suprema Corte che in più occasioni hanno ribadito come in materia di sicurezza sul lavoro *“la qualifica di preposto vada attribuita più che in base a formali qualificazioni giuridiche, con riferimento alle mansioni effettivamente svolte”* (Cass. sez. pen. 19 giugno 2007 n. 35666). Di conseguenza, laddove un soggetto ricopra posizioni di preminenza rispetto agli altri lavoratori, tali da poter impartire

direttive o istruzioni, potrà essere chiamato a rispondere accanto al datore di lavoro, quale sua estensione soggettiva, solidarmente a quest'ultimo per *culpa in vigilando*.

Possiamo dunque, alla luce del rinnovato impianto normativo predisposto, affermare che datore di lavoro, dirigenti e preposti siano destinatari di obblighi di organizzazione, informazione, formazione, vigilanza sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, che si presentano maggiormente puntuali e mirati rispetto al precedente intervento del 2008.

3. Quadro sanzionatorio

Il D.lgs. n. 106/2009, pur nel rispetto delle linee guida della legge delega 123/2007, innova profondamente il quadro delineato dal D.lgs. n. 81/2008 poiché cerca di attuare una modulazione delle sanzioni muovendosi tra due piani, quello penale e quello dell'illecito amministrativo, in modo da proporzionare l'intervento punitivo rispetto ad un'esigenza di legalità piuttosto che ad una mera forma di repressione. Nello specifico, sono state disposte sanzioni penali per le violazioni di carattere sostanziale della disciplina, mentre per quelle formali, vi è stata qualificazione di illecito amministrativo, con relativo regime differenziato³.

I reati sono qualificati come contravvenzioni e puniti nella maggior parte dei casi con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Per quanto concerne la sola pena dell'arresto è stata mantenuta in caso di provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, nonché per l'omessa valutazione del rischio nelle aziende con situazioni in questo senso rilevanti e nei cantieri temporanei e mobili. In tutti gli altri casi, essa è stata coordinata con la pena dell'ammenda, che viene modulata in relazione alle variazioni

³ P. Rausei, *Reati ed illeciti amministrativi nel T.U. sulla sicurezza-modiche del D.lgs. n. 106/2009*, in *Diritto e pratica del lavoro* n. 36/2009.

dei prezzi di consumo, verificati su base dell'indice Istat, relativo al periodo tra gennaio 1995 (entrata in vigore del D.lgs. n. 626/1994) e gennaio 2008 (pari al 36,3%). Di conseguenza, vi è stato un innalzamento dell'importo massimo della pena dell'ammenda, al fine di poter assicurare l'applicazione del meccanismo della prescrizione anche ai reati puniti in tal modo. Ulteriore innovazione è stata l'automatica rivalutazione delle sanzioni pecuniarie, sulla base di indici Istat ogni quinquennio, senza un prodromico atto avente forza di legge. Ciò consente di allinearsi alle disposizioni comunitarie che si muovono verso un sistema volto ad assicurare proporzionalità delle pene nel suo complesso, soprattutto in relazione al mutevole quadro sociale ed economico in cui sono inserite. Il criterio cui la novella s'ispira è innanzitutto quello dell'omogeneità, ovvero si applicano sanzioni uguali a condizioni soggettive ed oggettive simili. Nel caso del datore di lavoro e dei dirigenti, in molte occasioni si applicano le stesse sanzioni, considerando la violazione in senso concreto e non solo in base alla qualifica formalmente ricoperta, come nel caso dell'estensione ai dirigenti delle sanzioni datoriali in caso di funzioni ad essi delegate (artt. 68 e 87). Di contro, vi sono disposizioni che limitano al solo datore di lavoro la sanzionabilità, nel caso in cui la responsabilità dell'inadempimento sia ad esso solo riconducibile, poiché derivante da obblighi propri (titoli IX, X e XI).

Vi è innanzi tutto una differenziazione tra fattispecie riferibili al solo datore di lavoro e quelle estendibili ai dirigenti. Tra le prime, vi sono ad esempio quelle contenute nell'art. 14 co. 10 e 55 co. 2, punite con la pena dell'arresto o quelle di cui all'art. 55, co. 3, 4 e 5, lett. e), e dall'art. 159, co. 1, ultimo periodo punite con l'ammenda. Tra le seconde possiamo ricordare la previsione di cui all'art. 55, co. 5, lett a), punite con l'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 750 a 4.000 euro.

In merito alla figura dei preposti invece, vi è una sola previsione sanzionatoria di cui all'art. 56, Titolo I, che prevede l'arresto

fino a un massimo di due mesi o ammenda che varia da un minimo di 200 ad un massimo di 1.200 euro, in caso di violazioni connesse agli obblighi di cui all'art. 19 del T.U..

Uniche eccezioni quelle contenute in alcuni Titoli "speciali" (il IX e il X), con la previsione di pene più elevate rispetto a quelle generali.

Vi è stato infine un forte incremento degli illeciti amministrativi previsti in caso di violazioni di tipo documentale o informativo, riferibili a datori di lavoro e ai dirigenti (artt. 55, co. 4, lett. f-l, 68, co. 1, lett. c, 87, co. 4, lett. a-d, 159, co. 2, lett. d, 262, co. 2, lett. d, 282, co. 2, lett. c).

3.1. Estinzione agevolata dei reati e degli illeciti amministrativi

Il legislatore ha inteso semplificare ulteriormente la previsione sanzionatoria anche attraverso forme di estinzione agevolata dei reati e degli illeciti amministrativi, tramite tre strumenti: la prescrizione obbligatoria, la regolarizzazione amministrativa e la sostituzione della pena.

Il correttivo del 2009 estende la modalità di estinzione agevolata mediante la prescrizione obbligatoria di cui agli artt. 20 e segg. del D.lgs. n. 758/1994, che prevede l'ammissione del trasgressore che ottemperi all'ordine impartito dall'ispettore al pagamento, in via amministrativa, di una sanzione pari a un quarto della misura massima dell'ammenda, anche alle contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria. Vi è inoltre, l'applicazione di tale disciplina anche ai reati in corso di accertamento alla data di entrata in vigore della novella, in ottemperanza all'art. 2 c.p. che dispone l'applicazione della norma più favorevole al reo in caso di successione di leggi.

Per gli illeciti amministrativi invece, il D.lgs. n. 106/2009 introduce sul *corpus* del T.U. 81/2008 una forma di estinzione agevolata che prevede, in caso di verbale di primo accesso, che il trasgressore possa essere ammesso a pagare il minimo

edittale previsto per l'illecito commesso, qualora provveda a regolarizzare tempestivamente la propria posizione antidoverosa accertata. In ultimo, è prevista all'art. 302 riformato, la possibilità per l'imputato, nei casi in cui il reato sia punito con il solo arresto, la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria. I criteri di conversione sono quelli di cui all'art. 135 c.p., ovvero dovrà versarsi la somma di 38 euro per ogni giorno di pena. Tale sostituzione potrà essere concessa solo laddove vengano eliminate le conseguenze dannose del reato, eccetto i casi in cui da esso ne sia derivata morte o lesione personale grave.

4. Profili soggettivi di responsabilità e principio di effettività

La disposizione di cui all'art. 299 del T.U. del 2008 era già intervenuta in merito alla riconducibilità degli obblighi previsti a carico delle figure soggettive di cui all'art. 2, anche a coloro che esercitassero in concreto i poteri connessi alle medesime qualifiche. Da ciò conseguentemente derivava che dirigenti e preposti, qualora esercitassero i poteri gestori delegati dal datore di lavoro, fossero solidariamente od alternativamente responsabili rispetto a quest'ultimo⁴.

Si è tassativizzato, in tal modo, l'orientamento giurisprudenziale che ha affermato la responsabilità di quei soggetti che, in virtù del titolo giuridicamente rilevante da cui ne derivi una posizione concretamente rivestita, esercitino i poteri gestori nell'ambito dell'impresa pur senza il conferimento di un incarico formale (Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2007, n. 35666; Cass. pen., Sez. IV, 17 aprile 2007, n. 15236; Cass. pen., Sez. IV, 13 ottobre 2004, n. 40169). L'applicazione del principio di effettività alla materia della sicurezza sul lavoro, interviene al fine di definire i criteri di individuazione dei soggetti penalmente ed amministrativamente responsabili anche, e

soprattutto in presenza di deleghe e sub-deleghe da parte di coloro i quali rivestano formalmente le cariche destinatarie degli obblighi normativi. L'ambito maggiormente interessato da tale disciplina del correttivo n. 106/2009 è quello riguardante gli obblighi di vigilanza del datore di lavoro, dirigenti e preposti. Qualora essi ricevano delega dal datore di lavoro per l'espletamento di tali funzioni, potranno, d'accordo con quest'ultimo, delegare a loro volta tali mansioni, alle stesse condizioni e con i medesimi limiti della delega primaria. La sub-delega tuttavia, non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al sub-delegante con riguardo al corretto svolgimento delle funzioni trasferite al sub-delegato. *Ex adverso*, il datore di lavoro sarà esonerato da responsabilità, in caso di delega di proprie funzioni, qualora sia stato adottato ed attuato il sistema di verifica e controllo (c.d. *compliance program*) previsto dal modello di organizzazione di cui all'art. 30, co. 4 (art. 16, co. 3 e 3-bis). Di conseguenza l'accertamento della responsabilità penale avrà come logico antecedente quello dell'individuazione delle responsabilità dirette, in capo a soggetti quali datore di lavoro, dirigenti e gli stessi preposti, se assolvano funzioni *iure proprio* inerenti alla propria carica, e di quelle indirette estensibili ai soggetti delegati, che però in linea generale non escludono la responsabilità primaria dei deleganti. In secondo luogo, si dovrà inquadrare la sussistenza della delega o sub-delega nell'organigramma dell'impresa e verificare se vi è stato l'effettivo esercizio dell'obbligo di vigilanza sull'espletamento dei poteri delegati, per quanto possibile al fine di determinare e limitare i profili di responsabilità attribuibile ai singoli soggetti.

Finalità espressa della novella dunque, appare quella di porre come riferimento soggettivo centrale delle responsabilità penali in ordine alla garanzia della sicurezza sui luoghi di lavoro, il datore di lavoro, in quanto principale debitore e garante della stessa in azienda. Tuttavia ciò avviene senza travalicare i confini della

⁴ P. Rausei, op. citata.

responsabilità oggettiva e quindi tracciando i limiti entro cui egli non sia da ritenersi responsabile per eventuali violazioni poste a carico delle figure ad esso sottoposte nell'organigramma aziendale, quali sono dirigenti, preposti e propri delegati o talvolta sub-delegati.

PREVIDENZA E WELFARE

COLLEGATO LAVORO E AMMORTIZZATORI SOCIALI: SEMPRE IN ATTESA DELLA RIFORMA

di Umberto Antonio Castellano

Chi sperava che il collegato lavoro alla legge finanziaria per il 2010 contenesse un assaggio della tanto paventata riforma degli ammortizzatori sociali è rimasto deluso.

Il ddl n. 1167 era originariamente parte della Finanziaria dello scorso anno, ed è stato stralciato alla Camera il 5 agosto 2008 per diventare un testo autonomo.

In principio si distingueva per le misure relative alla delega sui lavori usuranti e per quelle relative alla riforma del processo del lavoro, nonché per alcuni provvedimenti di rinforzo ed estensione degli ammortizzatori sociali. L'articolo 27 infatti, il penultimo nella formulazione primigenia, prevedeva una certa estensione dell'ambito applicativo degli strumenti in deroga e svariati rifinanziamenti di ammortizzatori prorogati.

Oggi invece, come spesso accade con le manovre di fine anno, ritroviamo un testo estremamente arricchito nel numero e nella sostanza degli articoli, nonché particolarmente eterogeneo. Si spazia infatti da disposizioni in materia di università e pubbliche amministrazioni, alla modifica della composizione della commissione di vigilanza sul doping, fino alle importanti novità introdotte in tema di processo del lavoro, abrogazione della obbligatorietà della conciliazione ed arbitrato.

Le originarie disposizioni in materia di ammortizzatori sono state largamente cancellate, anche perché di fatto riassorbite all'interno dei decreti "anticrisi" che si sono susseguiti dalla presentazione del ddl.

Ne resta una traccia nel corpo della legge finanziaria, ma anche qui nulla di particolarmente rilevante.

E' prevista infatti la possibilità di concessione in deroga dei trattamenti di integrazione salariale straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, ancorata però alla realizzazione di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionali definiti con specifici accordi in sede governativa per periodi non superiori a 12 mesi.

La misura dei trattamenti è ridotta del 10% in caso di prima proroga, del 30% in caso di seconda proroga e del 40% in caso di proroghe successive, onde evitare che la concessione delle integrazioni diventi di fatto un accompagnamento vitalizio fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Una norma di segno opposto è invece quella introdotta con l'art. 37 del collegato lavoro che, modificando la formulazione del decreto - legge n. 185/2008, concede che l'indennità di disoccupazione per i dipendenti di aziende commerciali in crisi sia prorogata "fino alla data di decorrenza della pensione di vecchiaia purché i titolari dell'indennizzo siano in

possesso, nel mese di compimento dell'età pensionabile, anche del requisito contributivo minimo richiesto per conseguire la pensione di vecchiaia".

Tuttavia restiamo sempre "in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali".

Non c'è bisogno di particolari capacità previsionali per capire che bisognerà convivere perlomeno ancora qualche tempo con questa più che abusata *recusatio*.

E' l'art. 48 del disegno di legge in questione, intitolato "*differimento di termini per l'esercizio di deleghe in materia di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, incentivi all'occupazione e apprendistato e di occupazione femminile*" a prevedere infatti l'ulteriore estensione a 36 mesi complessivi della proroga per l'esercizio della legge delega 24 dicembre 2007, n. 247. "Ulteriore" in quanto il ddl nella sua formulazione originaria concedeva soli sei mesi in più al Governo, portando da 12 a 18 mesi il tempo per l'esercizio della delega. Successiva dilazione, da 18 a 24 mesi, era stata prevista nel corso dell'esame delle commissioni riunite Affari Costituzionali e Lavoro.

Inutile ricordare quanto l'esigenza di una riforma strutturale della normativa di tutela sociale, già pressante nel 2008, sia diventata un bisogno drammatico alla luce della crisi economica. La quasi totalità delle relazioni istituzionali di fine anno, a cominciare da quella del Governatore della Banca d'Italia fino a quella della Presidente di Confindustria, hanno riservato grande attenzione alla necessità di riformare gli ammortizzatori.

Tutti gli interventi effettuati nel bel mezzo della crisi hanno gioco forza avuto il sapore della temporaneità, del

tentativo di affrontare l'emergenza nel modo più rapido possibile.

Il legislatore ha dovuto insomma vivere alla giornata, introducendo strumenti sbrigativi e spesso largamente inadeguati: ci si è affannati nell'accumulare sacchi di sabbia sugli argini divelti del fiume in piena piuttosto che nell'edificarne di più alti e sicuri per l'avvenire.

Ciò nondimeno è necessario cogliere quello che può considerarsi il lato positivo della vicenda. I risultati archiviati in questo periodo, le difficoltà e i punti di debolezza che la crisi ha impietosamente svelato, possono essere validissimo punto di partenza per condurre in porto una riforma invocata e ormai implorata, da quasi un ventennio.

Il nostro impianto di tutela sociale risale infatti, interventi di lifting a parte, alla L. n. 223/1991 così come immediatamente modificata (*rectius*: sconfessata) dalla simultanea L. n. 236/1993.

Eppure in tutto questo tempo le proposte di riforma non sono mancate. Anzi.

Dalla Relazione della commissione Onofri del 1997 fino al Libro Bianco per l'Italia, l'argomento ha sempre ricevuto un elevato tasso di attenzione che tuttavia, non ha prodotto mai risultati importanti a livello pratico. L'errore più grande è stato quello di aver accumulato nel tempo un forte ritardo nell'ambito delle tutele a fronte di un mercato del lavoro che invece è stato oggetto, specie negli ultimi tempi, di trasformazioni repentine.

Particolarmente drammatico si sta rivelando il deficit strutturale che ha lasciato prive di qualsivoglia tutela le nuove forme di lavoro.

L'omessa introduzione di una revisione profonda degli ammortizzatori

sociali in contemporanea con la riforma del mercato del lavoro si è sostanziata in una tutela negata per la stragrande maggioranza dei lavoratori che usufruiscano di contratti disciplinati dalla L. n. 30/2003.

Si è spinto forte sull'acceleratore delle riforme lasciando al palo la realizzazione della famigerata *flexicurity*: quel gioco delle parti che avrebbe dovuto rendere l'ammortizzatore sociale non più un fatto eccezionale, ma un'ipotesi di normalità in grado di riempire i vuoti che il lavoratore "flessibile" incontra nel passaggio da un'attività all'altra.

Gli obiettivi da realizzare con la futura riforma sono insomma chiari e largamente condivisi. Si tratta di riorganizzare, razionalizzare ma soprattutto estendere l'attuale sistema di tutele.

E' indubitabile infatti che il quadro sistematico degli ammortizzatori presenti allo stato attuale un elevato grado di disorganicità, che la previsione sempre più massiccia degli strumenti in deroga ha contribuito ad incrementare.

Non è un caso che la dottrina abbia concentrato il dibattito sulle modalità dell'intervento piuttosto che sugli intenti da perseguire, attestandosi nel tempo su due linee di azione alternative a seconda che si voglia perseguire un *modus operandi* "centralista", piuttosto che una *devolution* vera e propria dell'intero ambito della tutela sociale a favore di Regioni, Enti locali ed Enti Bilaterali.

Ed invero negli ultimi anni, grazie all'utile sponda della nuova formulazione dell'art. 117 Cost., i provvedimenti adottati in materia di ammortizzatori sociali tendono sempre più spesso a prevedere una partecipazione attiva di figure istituzionali "altre" rispetto allo Stato Centrale.

Vengono nominati con sempre maggior frequenza i Fondi Bilaterali: specifiche casse su modello corporativo nate in assoluta spontaneità e viste oggi come una delle possibili strade (o forse come una scappatoia?) per arrivare ad un nuovo modello di tutela sociale.

L'idea è semplice, per quanto non di immediata applicazione: integrare la prestazione di base su erogazione statale con quella attinta dai fondi a gestione bilaterale.

Quanto questa scelta sia frutto di una chiara politica programmatica piuttosto che di stringenti questioni di carattere economico, non è difficile da capire.

Quale di queste due strade il Governo voglia imboccare, lo si può intuire da svariati segnali.

Il più importante arriva probabilmente dalla disciplina degli ammortizzatori "in deroga", ossia destinati ad operare anche in situazioni per le quali non era previsto il loro utilizzo.

Questi strumenti, così chiacchierati negli ultimi tempi, sono in realtà un'invenzione antica, risalente ad un'altra Finanziaria, la L. n. 144/1999 che per prima ha visto introdurre la già citata *recusatio* ripetutasi in tutte le leggi di bilancio fino ai giorni nostri.

Al di là del giudizio di valore su questi "ammortizzatori carsici"¹, trasformati nel tempo da rimedio *una tantum* a consuetudine consolidata, quello che interessa in questa sede è che per l'effettiva erogazione del contributo è prevista una procedura concertativa di gestione delle aree di disagio occupazionale che parte da un

¹ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in Studi in Onore di Edoardo Ghera, Cacucci, Bari 2008, p. 599.

accordo su base regionale tra Regione, OO.SS. e organizzazioni datoriali.

Finalità di quest'accordo è stipulare un'intesa-quadro da recepire in sede governativa, dove verrà svolta la verifica dei requisiti e, in caso di esito positivo, emanato un apposito decreto di concessione dello strumento a firma del Ministro del Lavoro. E' chiaro dunque il ruolo protagonista svolto dalle Regioni nella gestione di queste situazioni.

Ancor di più l'ambiguo art. 117 Cost., così come riformulato a seguito della legge Costituzionale n. 3/2001, attribuisce la previdenza sociale alla competenza dello Stato, la previdenza complementare e integrativa alla legislazione concorrente delle Regioni e l'assistenza sociale a quella esclusiva di queste ultime.

Una interpretazione letterale porterebbe a ravvisare una sorta di competenza "trasversale" con lo Stato chiamato ad erogare le prestazioni di base e gli Enti locali che dovrebbero farsi carico di una loro eventuale integrazione.

Si tratta di uno scenario già realizzato da svariate amministrazioni Regionali nel recente periodo di crisi, seppur con alterne fortune.

Sembra dunque che il destino degli ammortizzatori sociali sia da collocarsi in una dimensione di "cogestione sussidiaria" con due pilastri separati: un'indennità di disoccupazione generale e una integrazione salariale gestita dagli enti bilaterali e magari erogata dalle Regioni, volta ad affrontare le crisi aziendali.

Stando alle ultime notizie il progetto della riforma dovrebbe essere pronto per i primi mesi del 2010, in modo da essere inserito all'interno del nuovo Statuto dei Lavoratori (o dei Lavori, ancora non si sa), rendendo di

fatto inutile la proroga della delega effettuata con il Collegato Lavoro.

In ogni caso, ne siamo certi, ci sarà ancora parecchio da aspettare.

AUSPICI PER UNA RIFORMA DELLA PREVIDENZA AGRICOLA

di Mario Di Corato

Com'è noto le cause concernenti la materia previdenziale sono in Italia circa 900.000, di cui solo in Puglia sono circa 300.000. Di queste il 60% riguarda l'area agricola. In particolare il *petitum* riguarda quasi sempre una differenza nell'importo della prestazione erogata ai lavoratori agricoli, dovuta ad una diversa interpretazione del "salario medio convenzionale".

Finalmente la Finanziaria 2010 ha risolto alcune questioni interpretative di grande interesse.

Con l'art. 2, co. 5, è stata introdotta una norma di interpretazione autentica sui criteri di calcolo della retribuzione media convenzionale da assumere come base di calcolo ai fini della contribuzione e del trattamento pensionistico statuendo espressamente che *"il terzo comma dell'art. 3 della legge 8 agosto 1972, n. 457, si interpreta nel senso che il termine ivi previsto del 30 ottobre per la rilevazione della media tra le retribuzioni per le diverse qualifiche previste dai contratti collettivi provinciali di lavoro ai fini della determinazione della retribuzione media convenzionale da porre a base per le prestazioni pensionistiche e per il calcolo della contribuzione degli operai agricoli a tempo determinato è il medesimo di quello previsto al secondo comma dell'art. 3 della citata legge n. 457 del 1972 per gli operai a tempo indeterminato"*.

Ne consegue che per la rilevazione del salario medio convenzionale dei lavoratori agricoli a tempo determinato occorre far riferimento all'apposito decreto ministeriale che individua la media delle retribuzioni per le diverse qualifiche a livello di contrattazione provinciale, vigente al 30 ottobre dell'anno

precedente, equiparando in tal modo i termini di rilevazione della retribuzione media convenzionale tra i lavoratori agricoli a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato anche ai fini del computo dei trattamenti pensionistici e della contribuzione.

Il medesimo art. 2, al comma 153, precisa, altresì, che il valore del salario medio convenzionale dei lavoratori agricoli rilevato nel 1995 ai fini della contribuzione e delle prestazioni temporanee è il medesimo che deve essere utilizzato ai fini della determinazione della retribuzione pensionabile per la liquidazione delle prestazioni pensionistiche.

E' una norma salva-conti sulle prestazioni agricole che, con una diversa interpretazione, alla luce, anche di diverse pronunce della Corte di Cassazione, avrebbe potuto provocare un buco di circa 3 miliardi di euro nel primo anno di applicazione e di 270 milioni di euro negli anni successivi.

La tutela dello stato di bisogno dei lavoratori agricoli si pone a cavallo delle due forme di tutela previdenziale ed assistenziale.

Nel nostro Paese la previdenza agricola ha costituito lo strumento attraverso cui si è realizzata una gigantesca redistribuzione di reddito tipica dell'assistenza e non della previdenza, utilizzando, per la tutela sociale dei lavoratori agricoli, solo l'involucro, la forma, ma non anche la sostanza del modello delle assicurazioni sociali, vale a dire quello schema mutualistico-assicurativo delineato dall'art. 1882 e ss. cod. civ. il quale non può prescindere dall'elemento "rischio" che consiste nella possibilità futura ed incerta del verificarsi di un evento dannoso nella sfera giuridica ed economica del

soggetto assicurato che è alla base di ogni forma di assicurazione e regge ogni sistema coerentemente previdenziale in tutti i suoi elementi. Basti pensare all'estensione dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione nei confronti dei lavoratori agricoli.

E' questa una delle chiavi di lettura dell'ingente deficit strutturale della previdenza agricola, ripianato attraverso la solidarietà sia dei lavoratori degli altri settori produttivi sia di tutta la collettività nazionale con il ricorso alla fiscalità generale, ancora una volta strumento tipico dell'assistenza.

Il fatto che la tutela delle categorie agricole sia giunta in ritardo rispetto alla tutela dei lavoratori degli altri settori non è dipeso solo dalla pur innegabile circostanza che di solito le categorie industriali hanno sempre avuto maggior forza nel campo dei progressi sociali, riuscendo pertanto a realizzare prima le loro conquiste, ma va altresì attribuito alle maggiori difficoltà obiettive di attuazione che si sono riscontrate nel mondo rurale: la eccessiva frammentazione, lo scarso cooperativismo, più accentuato nel Mezzogiorno, le carenze imprenditoriali, la incapacità di commercializzare adeguatamente i propri prodotti.

In questo quadro già non particolarmente brillante vanno ad inserirsi i problemi derivanti dalla attuale struttura della previdenza in agricoltura caratterizzata da una pressione contributiva in continua crescita (+0,20% all'anno per le imprese tradizionali e +0,60% per quelle che adottano processi produttivi di tipo industriale) che grava sulle imprese del settore che assumono manodopera, a causa del graduale allineamento delle aliquote contributive per pensione a quelle dell'industria - previsto dal D.L. 146/97 - dovuta all'esaurimento dell'efficacia dei contratti di riallineamento ormai scaduti.

Né può sottacersi l'incidenza determinata dal sistema, in un settore così particolare, peraltro necessario, approntato per la denuncia dei rapporti di lavoro e l'accertamento contributivo, che si caratterizza per il numero rilevante di

comunicazioni e registrazioni che il datore di lavoro è tenuto ad effettuare per l'assunzione del lavoratore.

Vedasi a tal proposito gli interventi del legislatore con la legge n.48/1988, il D.lgs. n.375/93, la legge n. 608/96, il D.lgs. n.146/97.

Di qui la necessità di individuare un sistema efficace ed efficiente di linee d'intervento finalizzato, da un lato, a ricondurre il costo degli oneri sociali e più in generale il costo del lavoro nel settore, in limiti compatibili con le possibilità delle imprese agricole e, dall'altro, a rivedere quei farraginosi meccanismi che consentono, spesso, la percezione di prestazioni previdenziali indebite.

Potrebbe essere ipotizzabile l'introduzione di un sistema di riduzione della contribuzione previdenziale attraverso un "meccanismo di aggancio proporzionale" al livello di occupazione garantito dalle singole aziende: maggiore è l'occupazione, intesa, però, come garanzia della durata dell'occupazione stessa, maggiore è lo sgravio. Trattasi, in definitiva di incentivare il datore di lavoro a garantire l'occupazione per tutto l'anno.

Un provvedimento del genere, che premia le imprese che ricorrono in modo più intenso al lavoro dipendente e che operano in piena legalità, potrebbe essere utile anche per far emergere il c.d. lavoro nero che insieme al lavoro fittizio rappresenta la vera grande piaga della previdenza agricola.

La presenza di questi due fenomeni così in larga misura nel settore agricolo (quello fittizio è addirittura unico!) sono divenuti un problema non solo per lo Stato, ma soprattutto per le imprese che vedono ridursi da un lato la capacità di competere sul mercato (le imprese in regola, infatti, non sono competitive rispetto a quelle che eludono o evadono parte o tutti gli oneri contributivi) e per i lavoratori che vedono ridurre la capacità del regime assistenziale (il sistema va rivisto per favorire l'impiego delle risorse economiche nelle reali situazioni di bisogno, cercando di inibire alla fonte la convenienza a denunciare all'Inps giornate

di lavoro fittizio al solo scopo dell'erogazione di prestazioni previdenziali).

A tal proposito l'Inpa, negli ultimi anni ha indirizzato, in particolare nelle regioni del Sud, l'attività di vigilanza al contenimento dell'indebita iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli subordinati, nonché all'evasione totale dei contributi ed alla ricerca dei lavoratori agricoli autonomi che non risultano iscritti all'Inps, mediante anche l'utilizzo di specifici progetti di controlli integrati con altre amministrazioni pubbliche.

Ciò nonostante, in un settore dove, seppure per ovvie e probabilmente giustificabili ragioni, vige un sistema di riscossione per cui l'azienda dichiara la manodopera, si bypassa l'accertamento e si determina il contributo che viene pagato dopo sei mesi, riscosso dopo nove mesi e verificato dopo un anno e mezzo, è evidente che si possano verificare, come in effetti si verificano, episodi di evasione massiccia dell'obbligo contributivo, tanto più deleterio, nel settore, proprio in virtù del meccanismo legato alle prestazioni previdenziali agricole.

Anche i meccanismi che regolano l'accesso alle prestazioni temporanee, meritano di essere profondamente rivisti. Basti pensare che ogni anno sono quasi 850.000 i lavoratori agricoli che beneficiano dell'indennità di disoccupazione agricola. Un numero impressionante se paragonato al numero complessivo dei lavoratori agricoli (circa 1.000.000) e al numero di lavoratori di tutti gli altri settori che beneficiano dell'indennità di disoccupazione non agricola (circa 600.000). Inoltre per ottenere l'indennità di disoccupazione ordinaria bastano 51 giornate di lavoro all'anno. Se poi se ne effettuano 101 o 151 si accede ai trattamenti speciali di disoccupazione, economicamente più consistenti (la media della prestazione è di circa 3.500 euro). Ed ancora, nel caso di avversità atmosferica o calamità o naturali sono sufficienti 5 giornate di lavoro per vedersi riconfermare le giornate e le indennità dell'anno precedente. Ipotesi

questa tutt'altro che eccezionale o residuale se si pensa che la media annua è di circa 130.000 lavoratori agricoli che ne beneficiano.

Da questo breve esame sono emerse in maniera stridente e dirompente le contraddizioni di un sistema previdenziale che va sostenuto in quanto vitale per importantissime fasce sociali che contribuiscono in maniera determinante al sistema economico di tutto il Paese, ma che va anche moralizzato a scapito dei "troppo furbi" che in tale sistema hanno intrapreso la strada dell'illegalità.

In definitiva, eroghiamo o aumentiamo pure le indennità, ma diamole a quelli che realmente hanno bisogno, che si trovano in stato di effettiva necessità, che dimostrino di avere pieno diritto alle prestazioni.

Ormai le disfunzioni nell'area agricola rappresentano un costo che l'intero sistema non riesce più a sopportare, in quanto le uscite sopravanzano di gran lunga le entrate; ogni anno l'Inps incassa circa 950 milioni di euro ma ne paga di più per prestazioni: 970 milioni circa per disoccupazione, 580 milioni per assegni familiari, 350 milioni per i contributi figurativi che vengono accreditati durante la disoccupazione, 170 milioni per l'indennità di malattia e 90 milioni per la maternità. Senza contare i 2,5 miliardi euro per il pagamento delle pensioni, che nella maggior parte dei casi, sono integrate al minimo.

Più volte la Corte dei Conti ha lanciato l'allarme sui conti Inps, puntando l'indice proprio contro la previdenza agricola a causa dell'alto livello di evasione e delle prestazioni per la gran parte assistenziali.

Ora lo Stato non è più in grado di continuare a finanziare tale sistema. E' un processo che va arginato con provvedimenti legislativi anche impopolari ma che siano in grado di indurre le imprese ad intraprendere la strada dell'emersione e della legalità ed i braccianti agricoli a dichiarare effettivamente le giornate di occupazione.

Occorre da parte di tutti gli operatori una cultura della previdenza agricola.

IL TRATTAMENTO DI MALATTIA DEGLI AUTOFERROTRANVIERI*

di Luca Laurino

Sommario: 1. Profili storici. 2. L'allegato B) del R.D. n. 148/1931. 3. Regio decreto ed evoluzione normativa. 4. Il recepimento della normativa nella contrattazione collettiva. 5. Nuove prospettive.

1. Profili storici

L'attività lavorativa degli autoferrotramvieri ha sempre rappresentato una serie di problematiche e particolarità. Queste sono legate innanzitutto alla collocazione di tale comparto¹ in una posizione intermedia, talora definibile atipica, tra l'impiego pubblico e privato.

I lavoratori del settore, infatti, che si occupano di trasporto pubblico locale, prestano la propria attività presso imprese costituite generalmente sotto forma di società di capitale, di consorzi, o di società in gestione commissariale, le quali

* Il saggio ha lo scopo di offrire uno spunto di riflessione relativo al trattamento economico di malattia dei lavoratori del Trasporto Pubblico Locale, meglio noti come Autoferrotramvieri, da tempo oggetto di numerose controversie. Partendo da una ricostruzione storica, si vedrà come la disciplina vigente sin dal 1931, sia stata insidiata dall'intervento politico degli ultimi anni, che ha tentato di stravolgerla completamente. Preziosa risulta essere la forza delle organizzazioni sindacali di categoria, le quali sono riuscite attraverso un'intensa attività di contrasto ad affrontare la questione, riportandola allo "status quo ante".

¹ Termine proprio della Contrattazione Collettiva con il quale si indica un determinato ambito lavorativo. Già la legge quadro n. 93/83 di riforma del Pubblico Impiego all'art. 5 indicava come comparto il raggruppamento di più settori simili o affini della pubblica amministrazione. La determinazione del numero e la composizione degli stessi viene stabilito con Decreto Presidenziale.

sottoscrivono con gli Enti Locali un "contratto di servizio pubblico" che prevede appunto l'affidamento del servizio di trasporto, mediante autorizzazione amministrativa, dopo l'espletamento di una gara d'appalto per la durata massima di 9 anni². Ai dipendenti sono accordati trattamenti economici e previdenziali del tutto peculiari rispetto ad altre realtà industriali, persino a quei soggetti che svolgono mansioni del tutto simili agli autoferrotramvieri.

Mi riferisco in tal senso ai lavoratori delle Ferrovie dello Stato, ai quali sono applicate disposizioni contrattuali sostanzialmente differenti³.

Il rapporto di lavoro degli autoferrotramvieri è disciplinato, in primo luogo, dal Regio Decreto 8 gennaio 1931, n.

² Cfr. Antonino Giordano, *Il Nuovo Trasporto Pubblico Regionale e Locale*, ed. Giuffrè 2000, p. 3. "La liberalizzazione del Trasporto Pubblico Locale iniziata con la legge 151/81 fino ai decreti legislativi n. 422/97 e n. 400/99, è stata accompagnata anche da mutamenti degli strumenti giuridico-amministrativi. Si è ritenuto infatti che solo un provvedimento di natura autorizzatoria, e non più concessoria come avveniva in passato, può adattarsi ad un sistema di libero accesso al mercato per le imprese di trasporto, limitando pertanto l'azione amministrativa alla mera indagine sul possesso dei requisiti tecnico-funzionali di quest'ultima, la quale è tenuta al pagamento di un canone alla Regione che ha approvato il provvedimento".

³ Come si vedrà a breve il rapporto di lavoro degli Autoferrotramvieri è disciplinato da norme di natura privatistica, pur svolgendo questi ultimi un pubblico servizio. I lavoratori delle FF.SS. erano soggetti a norme pubblicistiche fino al 1° Giugno 2000, data in cui le Ferrovie dello Stato si sono privatizzate divenendo una Società per Azioni. I suoi dipendenti hanno però conservato in larga parte le "guarentigie" del pubblico impiego, così come si evince dalla lettura comparativa dei CCNL Ferrovie.

148, intitolato: “*Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione*” e dagli Allegati A) e B) della medesima legge.

Con legge 24.5.1952 n. 628, tale normativa è stata estesa al personale delle filovie urbane ed extraurbane, dei servizi automobilistici urbani esercitati da imprese municipalizzate e privati, nonché al personale di tali aziende addetto a servizi automobilistici extraurbani che siano riconosciuti dal Ministero dei Trasporti come accessori a quelli esercitati nei centri urbani. Per effetto della legge 22.9.1960, n. 1054, la disciplina del Regio Decreto ha interessato anche il personale addetto agli autoservizi di linea extraurbani, purché il numero delle unità operative sia superiore a 25⁴.

2. L'allegato B) del R.D. n. 148/1931

L'Allegato B) del Regio Decreto, nella sua originaria stesura, prevedeva all'articolo 1 “*L'istituzione di una Cassa di soccorso*”, che aveva le caratteristiche delle Società Operaie di Mutuo Soccorso (SOMS), associazioni le cui forme originarie videro la luce intorno alla seconda metà dell'800, nate per sopperire alle carenze dello stato sociale ed aiutare così i lavoratori a darsi un primo apparato di difesa contro la malattia comune e gli infortuni sul lavoro⁵.

⁴ Bruno Monosilio, *Il Rapporto di Lavoro degli Autoferrotravvieri*, (a cura di), vol. I, in *Rassegna UILTRASPORTI, FILT-CGIL*, ROMA 1984; Tale Raccolta rappresenta un vero e proprio “Digesto” di tutto il materiale legislativo e regolamentare che ha disciplinato nel corso del tempo il rapporto degli Autoferrotramvieri, elaborato da Bruno Monosilio, autorevole membro della Categoria.

⁵ Cfr. S. Merlo, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale*, Cap. I e ss., Firenze, 1972. Analisi della Società industriale dalle sue origini fino al ruolo del Sindacalismo Rivoluzionario degli Anni '70. Particolare importanza è riservata all'istituzione

Tale Cassa aveva appunto lo scopo di assicurare sussidi in caso di malattia e di aspettativa per motivi di salute a favore del personale di ruolo e di integrare le indennità per casi di inabilità temporanea a causa d'infortunio⁶.

Il finanziamento di tale Cassa avveniva, secondo l'articolo 2, attraverso una ritenuta pari all'1% dello stipendio del personale, compresi gli assegni *ad personam* e le competenze accessorie⁷, sulle quali si effettua la ritenuta per la invalidità e vecchiaia.

Poteva inoltre essere alimentata da un contributo dell'azienda nella misura del 2% dello stipendio o paga, compresi gli assegni *ad personam*⁸ e le competenze accessorie sulle quali veniva effettuata la ritenuta del personale, dall'importo delle multe inflitte a quest'ultimo, dai ricavi delle vendite di beni non reclamati, ritrovati sui mezzi di trasporto o lungo le linee, o anche mediante contribuzioni volontarie.

A norma degli artt. 5 e 6: “*La gestione della Cassa è affidata ad una Commissione*”, che ha sede presso la Direzione d'Esercizio e si riunisce una volta ogni trimestre. Secondo l'articolo 9 della stessa normativa: “*l'agente che cade ammalato deve senza indugio darne avviso al superiore immediato e contemporaneamente far accertare la propria malattia dal medico della Cassa soccorso*”, attenendosi alle modalità stabilite dalla Commissione amministratrice della Cassa stessa.

Ai sensi del successivo articolo 10: “*I medici della Cassa durante il corso della*

delle Camere del Lavoro, considerate come prime forme di protezione sociale.

⁶ L'infortunio è stato successivamente disciplinato dal D.P.R. 1124/65 che lo ha definito nell'art. 2 come evento dannoso “*avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni*”.

⁷ Si definiscono competenze accessorie l'indennità di presenza, la trasferta, ecc..

⁸ Si definiscono tali gli assegni corrisposti al singolo dipendente con lo scopo di aumentarne la retribuzione, generalmente previsti dai contratti individuali di lavoro.

malattia dell'agente devono procedere ad ispezioni allo scopo di sorvegliare la vera durata della malattia e rilasciare analoghi certificati". Qualora l'agente fosse risultato assente all'indirizzo da lui indicato o avesse cambiato residenza senza darne opportuno preavviso all'Amministrazione, la Cassa cessava di corrispondere il sussidio di malattia.

Nei primi tre giorni di malattia, cosiddetto periodo di carenza, l'onere del sussidio ricadeva interamente sul datore di lavoro, dal 4° al 134° giorno la Cassa riconosceva all'agente l'intero stipendio o paga e l'importo, calcolato sulla media dell'ultimo anno, delle competenze accessorie, sulle quali già si effettua la ritenuta. Eccezionalmente, qualora le condizioni della Cassa lo consentissero, provvedeva alla somministrazione dei medicinali utili alla cura della malattia stessa, così come recitava l'art. 11.

Il comma a) di quest'ultimo stabiliva che *"il sussidio non può in ogni modo essere concesso per più di 180 giorni consecutivi di malattia, in un periodo di 12 mesi anche se si tratti di un periodo d'infermità dovuto a malattie diverse"*; il comma d), infine, disponeva nel caso di ricaduta nella stessa malattia, *"regolarmente accertata dai sanitari della Cassa"* la corresponsione del sussidio dal primo giorno della ricaduta stessa, entro il decimo giorno dalla ripresa del servizio attivo.

L'Allegato B), all'art. 17 sanciva la diminuzione fino alla metà del sussidio, allorquando la malattia fosse dovuta a colpa dell'agente, il quale ai sensi del successivo art. 18 *"deve attenersi alle prescrizioni del proprio medico curante ed osservare le disposizioni e i regolamenti interni della Cassa"* e non può allontanarsi dalla propria residenza senza l'autorizzazione del medico, pena la riduzione o sospensione del sussidio. Tale sanzione era comminata anche quando fosse stata accertata un'eventuale simulazione della malattia stessa.

3. Regio Decreto ed evoluzione normativa

La disciplina generale prevista dal Regio Decreto è stata ulteriormente integrata da una serie di accordi collettivi siglati tra le varie organizzazioni sindacali di categoria che rappresentavano da un lato i datori di lavoro e dall'altro i lavoratori.

Degno di una particolare nota è l'accordo del 29 ottobre 1963 che ha sostituito integralmente un precedente accordo dell'11 agosto 1947, il quale tentò di adeguare l'assistenza ed il trattamento di malattia degli autoferrotranvieri ai lavoratori di altri settori. L'art. 1 della nuova normativa estendeva la disciplina al personale di ruolo delle imprese ferroviarie, tramvie, autolinee e linee di navigazione in regime di concessione amministrativa e similari. Il seguente art. 2 disponeva la contribuzione rivolta alle Casse di Soccorso nella misura del 8,70% della retribuzione soggetta ai contributi previdenziali. Tale contributo era corrisposto dall'impresa nella misura del 7,70% comprensivo dello 0,53% per le lavoratrici madri e all'1% è a carico del lavoratore. In caso di disavanzo, la Cassa veniva alimentata per il 50% dal Fondo di riserva e per la restante parte da versamenti suppletivi del 70% a carico dell'impresa, e al 30% a carico degli agenti.

Le Casse di Soccorso corrispondevano il sussidio per 180 giorni consecutivi di malattia, in un periodo di 12 mesi o anche in caso di cure termali autorizzate dall'Inps⁹ o dalle Commissioni Amministrative delle stesse Casse.

⁹ Acronimo per Istituto Nazionale Previdenza Sociale. L'INPS non si occupa solo di pensioni ma provvede anche ai pagamenti di tutte le prestazioni a sostegno del reddito quali, ad esempio, la disoccupazione, la malattia, la maternità, la cassa integrazione, il trattamento di fine rapporto e di quelle che agevolano coloro che hanno redditi modesti e famiglie numerose: l'assegno per il nucleo familiare, gli assegni di sostegno per la maternità e per i nuclei familiari concessi dai Comuni.

Per i prime tre giorni un sussidio pari al 50% del normale sussidio giornaliero, mentre l'altro 50% era corrisposto dal datore di lavoro, dal 4° giorno in poi l'integrazione salariale veniva erogata per intero dalla Cassa.

Agli agenti e ai loro familiari, quelli per cui il lavoratore percepiva gli assegni, erano regolarmente riconosciute una serie di prestazioni, quali:

- Assistenza medico-generica domiciliare o ambulatoriale;
- Assistenza medico-specialistica su prescrizione del medico della Cassa Soccorso;
- Assistenza ospedaliera;
- Assistenza farmaceutica che ricade in parte sull'assistito nella misura dell'8%;
- Assistenza ostetrica;
- Accertamenti diagnostici ed esami clinici.

In via del tutto straordinaria tali soggetti beneficiavano anche di prestazioni integrative quali cure termali, protesi ortopediche e presidi terapeutici, in cui la Cassa partecipava al 50%. Quest'ultima poteva eccezionalmente corrispondere il sussidio oltre i 180 giorni per l'assistenza sanitaria o colonie di vacanza per i figli.

Accogliendo a pieno i contenuti dell'Allegato B) del R.D. 148/31, non godevano del sussidio coloro i quali si fossero dolosamente procurati lo stato di malattia per violazione di legge, lo avessero simulato o non avessero seguito le prescrizioni disposte dal personale medico della Cassa Soccorso. Non rientravano infine in tale disciplina le prestazioni di carattere socio-sanitario coperte da forme di assistenza obbligatoria fornita da altri Enti o Istituti.

Una successiva Circolare INAM n. 82/C del 12/06/1972, rifacendosi al D.P.R. 2194/1963, ha previsto la partecipazione, da parte delle imprese esercenti autotrasporti extraurbani, di un contributo del 3,80% a favore dell'INAM (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie), per il finanziamento dell'assistenza di malattia ai pensionati. Ciò è stato oggetto di una controversia risolta definitivamente dalla sentenza n.

794/1971 della Corte di Cassazione che riconosceva all'INAM lo *status* di ente assicuratore, mentre alle Casse di Soccorso il solo compito di erogare prestazioni economiche per inabilità temporanea al lavoro.

Diversamente per le imprese esercenti servizi ferropilotrannviari, di navigazione interna e di autotrasporti urbani, le quali erano tenute a versare tale contributo direttamente alle Casse di Soccorso costituite presso di loro, che fornivano anche prestazioni sanitarie. Queste poi si impegnavano a devolverlo all'INAM.

La legge n. 386/1974 recependo e modificando il D.L. 264/1974, stabilì dapprima l'applicazione di un'aliquota aggiuntiva ai contributi dovuti per l'assicurazione obbligatoria contro le malattie pari all'1,65% di cui l'1,50% a carico del datore di lavoro e lo 0,15% a carico del lavoratore. In secondo luogo determinò lo scioglimento delle Casse di Soccorso e degli enti mutualistici di assistenza, tra cui anche l'INAM, ed il trasferimento alle Regioni sia a statuto ordinario che speciale, della competenza in materia sanitaria¹⁰. Queste erogavano prestazioni sanitarie in forma diretta e senza alcuna limitazione di carattere temporale agli iscritti delle varie Casse di Soccorso nonché ai rispettivi familiari, ed in forma indiretta nei confronti dei soggetti assistibili in base agli ordinamenti previgenti nell'ambito delle varie Casse, avvalendosi degli enti ospedalieri in regime di convenzione.

In tale passaggio - che verrà definitivamente ufficializzato con la legge n. 349/1977 - vennero nominati, di concerto tra i vari ministeri, dei commissari straordinari che presiedessero i

¹⁰ Ulteriori competenze in tale materia sono state trasferite alle Regioni a seguito della legge Costituzionale n. 3/2001, modificativa del Titolo V del Testo Costituzionale, che ha dato attuazione al processo di Decentramento Amministrativo, in termini anglosassoni definito "devolution" ossia nel trasferimento di determinate attribuzioni, prevalentemente deliberative, dalla sfera di competenza degli organi centrali dello Stato agli organi o agli enti locali.

suddetti enti nella fase di liquidazione, fino a quando non fosse concluso il processo di deferimento dei poteri.

I patrimoni mobiliari ed immobiliari appartenenti alle Casse di Soccorso ed agli Enti Mutualistici ormai disciolti, verranno poi devoluti ai Comuni, per effetto della Legge n. 638/1983.

Tutti questi interventi legislativi rappresentarono il passo per la creazione del Servizio Sanitario Nazionale ad opera della legge n. 833/1978, che introdusse un sistema di tutela della salute fondato su principi di solidarietà sociale, in piena coerenza con l'art. 32 della Costituzione.

La sua istituzione doveva assicurare la prevenzione e l'adeguata assistenza delle malattie e degli infortuni in ogni contesto sociale e lavorativo.

Le prestazioni sanitarie concesse ai cittadini e ai lavoratori vennero pertanto erogate a far data dal 1° gennaio 1980, dalle neonate S.A.U.B. (Strutture Amministrative Unificate di Base), di ripartizione regionale, trasformate poi in U.S.L. (Unità Sanitarie Locali) ed infine in A.S.L. (Aziende Sanitarie Locali)¹¹ mentre i sussidi economici, tra cui anche quelli accessori relativi alle cure idrotermali, erano posti a carico dell'Inps, come si evince dal disposto dell'art. 74 della suddetta legge.

Nello stesso anno l'art. 21 della legge n. 33 impose ai datori di lavoro l'obbligo di allegare nella denuncia contributiva all'Inps le indennità economiche corrisposte per malattia e maternità.

L'assicurazione sanitaria divenne obbligatoria per tutti i cittadini e di conseguenza il finanziamento degli enti assistenziali non ricadeva più soltanto sugli operatori delle varie categorie lavorative, ma sull'intera collettività.

Per i lavoratori del TPL, la legge n. 155/1981, determinò un'aliquota di

contribuzione del 3% della retribuzione, a favore dell'Inps, al fine di godere delle integrazioni salariali nei periodi di malattia. Allo stesso tempo, il disposto dell'art. 15, obbligava l'agente ammalato alla presentazione, a mezzo raccomandata a/r, del certificato attestante il suo stato di inabilità temporanea. Questo doveva essere inviato in duplice copia, una all'Inps, l'altra al datore di lavoro.

Un ulteriore aumento di aliquota pari all'1% fu previsto per tutti i dipendenti del settore pubblico e privato, tra i quali anche gli autoferrotranvieri, con la legge Finanziaria n. 181/1982. Questi già contribuivano nella misura dell'1% (di cui 0,15% per l'assistenza sanitaria e 0,85% per le maggiori indennità economiche erogate dalle Casse di Soccorso), pertanto tale manovra fu oggetto di notevole contestazione da parte della categoria.

L'annoso problema fu risolto dalla Circolare Inps n. 16882/1984 che sospese l'aumento del contributo dello 0,85% per l'assistenza sanitaria degli autoferrotranvieri e allo stesso tempo dispose una contribuzione di malattia del 15,10% per le imprese esercenti servizi di pubblico trasporto urbano e del 15,48% per le imprese esercenti trasporto extra-urbano, con un'aliquota minima a carico del lavoratore dell'1,15%.

Ai sensi della legge n. 526/1982, l'aspettativa per malattia che richiedeva cure idrotermali, al di fuori dei congedi ordinari, poteva essere concessa qualora lo stato di infermità fosse stato accertato dai medici delle USL.

Tesaurizzando i principi espressi dai due interventi legislativi appena citati, al fine di coordinare l'attività sanitaria con quella amministrativa, il legislatore con il D.M. n. 171/1983 prescrisse all'Inps e all'Inail¹² la comunicazione di una sintesi

¹¹ Le ASL sono enti pubblici locali, precisamente enti strumentali della Regione, a cui competono l'organizzazione finanziaria e gestionale delle prestazioni sanitarie. Definite tali a seguito del passaggio di Competenze dallo Stato Centrale alle Regioni, per effetto della legge Costituzionale 3/2001 prima citata.

¹² Acronimo per Istituto Nazionale Infortuni sul Lavoro. L'INAIL persegue una pluralità di obiettivi: ridurre il fenomeno infortunistico; assicurare i lavoratori che svolgono attività a rischio; garantire il reinserimento nella vita lavorativa degli infortunati sul lavoro. L'assicurazione, obbligatoria per tutti i datori di lavoro che occupano lavoratori dipendenti e parasubordinati nelle attività che la legge individua

diagnostica dei propri assistiti alla USL competente per la liquidazione delle fatture emesse dalle strutture idrotermali con questa convenzionate.

La sorveglianza sanitaria del personale delle ferrovie in concessione, fatte salve le disposizioni della legge 833/1978, era invece posta a carico dell'Ispettorato Sanitario delle Ferrovie dello Stato.

Giova ricordare a tal proposito il D.M. 18 Maggio 1979 dal titolo: *"Funzioni dei medici delle Ferrovie dello Stato negli ambienti di lavoro nel settore igienico-sanitario"*¹³.

4. Il recepimento della normativa nella contrattazione collettiva

La Contrattazione Collettiva di Comparto ha interiorizzato, nel corso del tempo, i principi espressi dall'evoluzione normativa in materia previdenziale. Già il T.U. degli Autoferrotranvieri siglato tra le parti sociali il 23 luglio 1976, accogliendo a pieno tale disciplina, prevedeva all'art. 37 la corresponsione da parte della Cassa di Soccorso di un sussidio di malattia per 180 giorni pari al 100% della retribuzione, anche in caso di cure termali. I primi tre giorni erano a carico dell'azienda nella misura del 50%.

A seguito dell'istituzione del S.S.N. e al passaggio di competenze all'Inps e alle ASL, la contrattazione collettiva fino al 2003 stabiliva la seguente forma di sussidio:

- primi 3 giorni (carenza): 100% della retribuzione;

come rischiose, tutela il lavoratore contro i danni derivanti da infortuni e malattie professionali causati dalla attività lavorativa.

¹³ L'Ispettorato FS era tenuto a studiare e a porre una valida soluzione ai problemi igienico-sanitari, nonché ad effettuare accertamenti diagnostici sul personale. Tutta la sua attività veniva documentata in appositi registri consegnati agli organi tecnici aziendali ed alle organizzazioni sindacali.

- dal 4° al 180° giorno: 2/3 a carico dell'Inps, 1/3 a carico del datore di lavoro¹⁴.

Particolari modalità erano previste per gli addetti alla mobilità, in specie cantonieri, manovratori etc.... Secondo tale schema¹⁵:

1. 100% della retribuzione per i primi 3 giorni (periodo di carenza);
2. 75% per i giorni dal 4° al 20°;
3. 100% per i giorni dal 21° in poi della retribuzione giornaliera cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto. Per retribuzione giornaliera si intende la quota giornaliera della retribuzione globale di fatto.

Al fine della percezione delle indennità economiche relative al periodo di malattia il lavoratore era tenuto - ai sensi dell'art. 2, della L. 29.02.1980, n. 33 - a recapitare o a trasmettere a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, entro due giorni dal rilascio da parte del medico curante, l'attestazione sull'inizio e la durata presunta della malattia, nonché i successivi certificati in caso di ricaduta o continuazione della malattia.

Il punto di rottura tra la nuova e la vecchia disciplina è stato rappresentato dalla legge Finanziaria 2005¹⁶.

L'art. 1 ha stabilito infatti che *"A decorrere dal 1° gennaio 2005, nell'ambito del processo di armonizzazione al regime generale è abrogato l'Allegato B del Regio Decreto 148/1931 ed i trattamenti economici previdenziali di malattia, riferiti ai lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto rientranti nell'ambito di applicazione del citato Regio Decreto, sono dovuti secondo le norme, le modalità e i limiti previsti per i lavoratori del settore industria"*¹⁷.

¹⁴ Cfr. CCNL Autoferrotranvieri 1976-2003: Disposizioni in materia di Malattia e Infortunio non sul Lavoro. Elementi comuni a tutti i testi contrattuali siglati fino al 2003.

¹⁵ Cfr. CCNL Autoferrotranvieri 2000-2003. Art. 4: Disposizioni per Addetti alla Mobilità.

¹⁶ Cfr. L. n. 311 del 30.12.2004.

¹⁷ Cfr. L. n. 311 del 30.12.2004, art. 1, comma 148.

Già con la legge Finanziaria del 2000¹⁸ i lavoratori del TPL contribuivano per la malattia nella misura, pari ai lavoratori dell'industria, del 2,22%. Sulla base di ciò, a decorrere dal 1° gennaio 2005, l'erogazione delle prestazioni economiche di malattia doveva essere effettuata ai sensi della normativa comune applicata agli assicurati dell'industria mediante le modalità previste dalla contrattazione collettiva di categoria ed eventuali trattamenti previdenziali differenti rispetto a quest'ultima erano esigibili fino al 31/12/2004¹⁹.

Tale manovra era dovuta al fatto che un tranviere in malattia percepiva tra le varie indennità il 20% in più di quanto percepisse durante il regolare servizio²⁰.

Stravolgendo completamente le disposizioni del Regio Decreto, il CCNL Industria a cui si vedevano ora equiparati gli operatori del TPL stabiliva all'art. 19 il seguente trattamento:

- per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti, l'intera retribuzione globale²¹ per i primi 2 mesi e metà retribuzione globale per i 4 mesi successivi;
- per anzianità di servizio oltre 3 anni e fino a 6 anni compiuti, l'intera retribuzione globale per i primi 3 mesi e metà retribuzione globale per i 6 mesi successivi;
- per anzianità di servizio oltre i 6 anni, l'intera retribuzione globale per i primi 4 mesi e metà retribuzione globale per gli 8 mesi successivi.

¹⁸ L. n. 488 del 23.12.1999, art. 49, comma 4.

¹⁹ Cfr. "Il Sole 24 Ore" 22/04/2005 pag. 15 di Giorgio Paliotti. L'autore dell'articolo si limita ad una mera descrizione oggettiva del testo previsto della Legge Finanziaria.

²⁰ Cfr. "Sole 24 Ore" 15/07/2005 secondo cui i "pacchetti" di malattia da tre giorni sono costati all'Inps nel 2004, circa 35 milioni di euro. Da una lettura sistematica dell'articolo, emerge una sorta di "giustificazione" della manovra finanziaria atta ad arginare i costi e risanare i bilanci dell'Inps, in realtà questa si concretizza in un vero e proprio attacco nei confronti del Comparto Autoferrotranviari.

²¹ Per "globale" si intendono tutti quegli elementi retributivi che il lavoratore percepisce con continuità nel tempo, tra cui: l'indennità per il lavoro notturno, la trasferte, premi di produzione ecc...

Nell'ipotesi di applicazione del comporto prolungato:

- per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti: mesi 6 + 3 = 9 di cui 3 mesi ad intera retribuzione globale e mesi 6 a metà retribuzione globale;
- per anzianità di servizio oltre i 3 anni e fino a 6 anni compiuti: mesi 9 + 4,5 = 13,5 di cui mesi 4,5 ad intera retribuzione globale e mesi 9 a metà retribuzione globale;
- per anzianità di servizio oltre i 6 anni: mesi 12 + 6 = 18 di cui mesi 6 ad intera retribuzione globale e mesi 12 a metà retribuzione globale²².

Sostanzialmente fino al 31 dicembre 2004 al lavoratore che si ammalava veniva corrisposto il 100% del compenso per i primi 6 mesi, poi per i successivi 6 + 6 mesi, veniva corrisposto il 50%, integrato da Fondi di Solidarietà (fondi interamente finanziati dai lavoratori) fino a raggiungere nuovamente la percentuale del 100%. Dal 1° gennaio 2005, il tranviere in malattia per i primi 3 giorni non aveva nessuna copertura economica. Dal 4° al 20° giorno percepiva il 50% dello stipendio, dal 21° al 180° giorno il 66%. Queste percentuali riguardavano tutto il personale dipendente, ad eccezione di quello impiegatizio.

Questo temerario intervento da parte del Governo ha causato un clima di tensione nell'ambito delle relazioni industriali che ha portato alla proclamazione di ben nove scioperi da parte delle associazioni di categoria che ritenevano la manovra politica, un oltraggio a tutte le peculiarità proprie del regime giuridico degli Autoferrotranviari, rivenienti sia dal Regio Decreto, ma soprattutto, da tutte le conquiste sindacali ottenute fino ad allora, che hanno conferito al Comparto un carattere di specialità rispetto ad altri²³.

²² Cfr. CCNL Industria 2003, art.19.

²³ Cfr. Volantini Sindacali Filt-Cgil I° Semestre 2005. Comune Denominatore dei comunicati in oggetto è la lotta delle associazioni sindacali di comparto che negli anni hanno conferito a quest'ultimo quel carattere di "peculiarità" di cui si è accennato nel paragrafo introduttivo.

E' il caso dei lavoratori delle Ferrovie dello Stato, i quali pur svolgendo anch'essi un servizio di pubblico trasporto, sono assoggettati ad una disciplina contrattuale differente, anche se considerando le ultime evoluzioni in materia di contrattazione collettiva, i sindacati dei Trasporti seppur con notevoli resistenze da parte delle associazioni datoriali ASSTRA e ANAV, tentano di accorpate le due categorie in previsione della stesura di un Contratto Unico della Mobilità²⁴.

5. Nuove prospettive

Al termine delle lunghe diatribe sindacali e delle frequenti azioni di sciopero²⁵, in data 19 settembre 2005 le parti sociali, di concerto con le associazioni ASSTRA e ANAV hanno siglato un nuovo accordo con validità retroattiva al 1° gennaio dello stesso anno, contenente le nuove modalità di trattamento economico di malattia²⁶.

Il lavoratore assente per malattia infatti, ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di comporto secco²⁷ pari a 18 mesi.

Nel caso di più assenze per malattia in relazione a diversi eventi morbosi, il

²⁴ L'Accordo siglato tra Associazioni Datoriali e Sindacati in data 30/04/2009 ha gettato le basi per definire un Contratto comune agli operatori dei Trasporti, in cui la disciplina sulla malattia sarà probabilmente innovata o integrata da nuove disposizioni in merito. Allo stato attuale il Contratto Unico è rimasto nel "limbo" delle aspirazioni sindacali le quali hanno incontrato forti resistenze da parte delle stesse Organizzazioni Datoriali.

²⁵ Il "Sole 24 Ore" del 21/05/2005, pag. 17 di Giorgio Pogliotti in cui aveva documentato già nel 2004 circa 301 manifestazioni di sciopero effettive poste in essere dagli Autoferrotranviari.

²⁶ Cfr. "Il Sole 24 Ore" del 20/09/2005, pag. 22 di Deborah Apolloni, secondo cui l'aggravio economico era pari a 100 milioni di euro per le Aziende di Trasporto che "chiamavano in campo il Governo e gli enti proprietari per coprire l'esborso aggiuntivo". Veniva inoltre previsto un monitoraggio delle assenze per malattia fino a giugno 2006, che si aggiravano intorno alla media di 22 giornate per addetto.

²⁷ Periodo relativo ad un solo evento morboso.

periodo di conservazione del posto (comporto per sommatoria) è comunque a 18 mesi²⁸. L'indennità economica sarà corrisposta per tale periodo nella misura del 100% della retribuzione. Per i primi sei mesi (3 giorni di carenza a carico dell'azienda + 180 giorni sussidiati dall'Inps).

Durante i primi 6 mesi di conservazione del posto al lavoratore del settore con contratto a tempo indeterminato assente spetta un trattamento pari alla somma degli istituti economici nazionali ed aziendali ricompresi nella base di calcolo utilizzata dall'Inps per determinare l'indennità di malattia a suo carico, con esclusione, dei compensi relativi al lavoro straordinario, alle indennità di diaria e di trasferta, al premio di risultato nonché dei compensi in natura e dei servizi aziendali²⁹.

Le voci fisse e continuative corrisposte per 12 o 14 mensilità sono considerate nell'importo spettante nel periodo di paga in cui è iniziato l'evento morboso. L'importo delle altre voci è rappresentato dal risultato della divisione della somma di quanto percepito nei dodici mesi precedenti all'inizio dell'evento morboso per il divisore 360 (30 x 12).

Quest'ultimo dato sarà opportunamente riproporzionato in caso di assunzione durante l'anno di riferimento³⁰. Per gli ulteriori dodici mesi, al lavoratore assente per malattia o infortunio non sul lavoro l'impresa erogherà un trattamento pari al 50% della retribuzione di riferimento, se solo o con una o due persone a carico, e a 2/3 della predetta retribuzione se le persone a carico superano le due, composta dalle seguenti voci:

- retribuzione tabellare;

²⁸ Tale periodo si intende riferito alle assenze complessivamente verificatesi in un arco temporale di 42 mesi consecutivi.

²⁹ Cfr. Art. 1, comma 5, Accordo Malattia ASSTRA-ANAV-Sindacati del 19 settembre 2005.

³⁰ Cfr. Art. 1, comma 6, Accordo Malattia ASSTRA-ANAV-Sindacati del 19 settembre 2005.

- ex contingenza³¹;
- scatti di anzianità;
- TDR (Trattamento Distinto della Retribuzione)³².

Veniva finalmente placato l'aspro conflitto sindacale scatenatosi a seguito dei provvedimenti della legge Finanziaria 2005, soprattutto alla luce di una crisi economica che tuttora travolge un importante settore come quello del trasporto pubblico. Per questo motivo sono richiesti interventi di carattere strutturale tesi a stabilizzare i processi di riforma, ma che nel contempo assicurino ai lavoratori, contraenti deboli del rapporto di lavoro, una serie di tutele, tra cui il diritto alla salute, in conformità con le disposizioni dell'Articolo 32 della Costituzione³³.

³¹ Questa rappresentava l'aumento retributivo periodicamente corrisposto al lavoratore in conseguenza dell'aumento del costo della vita.

³² Cfr. Art. 4 comma 1- Accordo Malattia ASSTRA-ANAV-Sindacati del 19 settembre 2005.

³³ Nella misura in cui *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”*.

DIRITTO DEL LAVORO COMPARATO

IL LAVORO AUTONOMO NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO: LA FIGURA DEL TR.A.D.E.

di Valerio Belsito

Sommario: 1. Lavoro autonomo e lavoro subordinato. 2. Statuto del lavoratore autonomo. 3. Il TRADE. 3.1. Requisiti del TRADE. 3.2. Regime professionale. 4. Ulteriori sviluppi della disciplina del TRADE. 5. Conclusioni.

1. Lavoro autonomo e lavoro subordinato

Nell'ordinamento spagnolo, l'articolo 1 dello Statuto dei lavoratori¹ (Ambito di applicazione) fa subito intendere che non ci sarà spazio per il lavoro autonomo. Significativa, a questo proposito, la prima parte: *“la presente legge sarà applicabile ai lavoratori che volontariamente prestino i loro servizi non gratuiti per conto e sotto l'altrui direzione ed organizzazione”*.

Tuttavia la prima delle disposizioni finali, quasi a togliere ogni dubbio, è denominata *“Lavoro autonomo”* e così recita: *“Il lavoro autonomo non sarà sottoposto alla legislazione lavoristica, eccetto in quei casi in cui per legge si disponga diversamente”*.

Dunque, la macro-struttura del diritto del lavoro spagnolo presentava una grossa mancanza, cioè quella della regolamentazione del lavoro autonomo.

Ciò detto, non si può fare a meno di notare come la Costituzione, contenga diversi articoli a carattere lavoristico²; tra

questi ricordiamo l'art. 35 (*“Tutti gli spagnoli hanno il dovere di lavorare e il diritto al lavoro...”*) l'art. 38 (*“Si riconosce la libertà di impresa...”*) e l'art. 41 (*“I pubblici poteri manterranno un regime pubblico di sicurezza sociale per tutti i cittadini...”*).

Non sfugge, che queste disposizioni, non riguardano alcune categorie di persone, ma tutti i cittadini e quindi, *a fortiori*, tutti i lavoratori, autonomi e subordinati.

Dunque, la lettura di questi tre articoli in particolare, rendeva la mancanza di una regolamentazione del lavoro autonomo, non solo ingiusta, ma perfino incompatibile con la carta costituzionale, e con la struttura da essa delineata.

2. Statuto del lavoratore autonomo

Nel 1997 le parti sociali³ raggiunsero un accordo storico, in materia di previdenza sociale, sostanzialmente incentrato sulla regolamentazione delle pensioni: il *“Pacto de Toledo”* che prese il nome dalla città nella quale fu stipulato. In quella sede si ripresentò in maniera forte, il tema del *“vuoto”* legislativo riguardante i lavoratori autonomi e si propose di estendere alcune coperture previdenziali ai lavoratori autonomi, in applicazione di quanto previsto all'articolo 41 della Costituzione, sopra riportato.

E' con questo background che si giunse ad una serie di pressioni sulle forze

¹ Ley, 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, come modificata con real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, in *“Legislacion social basica”* a cura di J. Serrano Martinez, e M. Sequeira de Fuentes, Ed. Thomson Reuters, 2009.

² J. Garcia Ortega, J.M. Goerlich Peset, F. Perez de los Cobos Orihuel, J.M. Ramirez Martinez, T. Sala

Franco *“Curso de derecho del trabajo”* ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 47.

³ CCOO (Confederacion Sindical de Consumes Obrera), UGT(Union General de Trabajadores) ed il governo.

politiche, affinché si accordassero per disciplinare compiutamente il lavoro autonomo. Ed è solo con questi presupposti che si giunge, l'11 luglio del 2007, all'approvazione della legge n. 20, conosciuta, più semplicemente come "*Estatuto del trabajador autonomo*".

Pur essendo il concetto generale di lavoro autonomo, più ampio di quello previsto dalla legge, non si può negare l'importanza della stessa che, di fatto, è la prima legge europea ad introdurre una regolamentazione organica per il lavoro autonomo.

Si tratta di un vero e proprio, statuto, quasi a proporre un parallelismo con quello dei lavoratori.

D'altronde questa riflessione impone un ritorno all'articolo 35 della Costituzione Spagnola ed, in specie, alla sua seconda parte "*La legge regolerà uno statuto dei lavoratori*".

E' inevitabile sottolineare come si tratti di una giovane Costituzione⁴ che, in tale previsione, si è giovata di esperienze di altri Paesi, *in primis* dell'Italia, che avevano mostrato come potesse essere importante avere delle disposizioni sul lavoro, raccolte in modo uniforme, tanto da potersi definire "Statuto".

Tuttavia, il legislatore spagnolo, è andato oltre; perché se è vero che tale articolo, come evidenziato prima, si riferisce a tutti i cittadini, ed in questo caso, a tutto il mondo del lavoro, è chiaro che uno statuto dei lavoratori, che disciplinasse solo il lavoro subordinato, non poteva bastare.

9. II TRADE

La nascita di uno statuto del lavoro autonomo⁵ era dunque considerata necessaria, ed addirittura, non più differibile.

All'interno di tale statuto, nasce la figura del TR.A.D.E.⁶, che rappresenta la vera

⁴ Constitución Espanola 27 diciembre 1978.

⁵ Carlos L. Alfonso Mellado (a cura di) "*Estatuto del trabajo autonomo*" Universitat de Valencia, ed. 2009.

⁶ TRabajador Autonomo Economicamente Dependiente.

novità, e la più grande innovazione, rispetto al sistema italiano (e non solo).

Si tratta di una figura specifica, appartenente alla categoria dei lavoratori autonomi, che ha un regime giuridico differenziato e che si situa al confine tra il lavoro autonomo e quello dipendente.

Occorre anzitutto tornare sulla prima caratteristica che e' propria dei *trade*, e cioè l'appartenenza alla categoria degli autonomi. Tale osservazione, è tutt'altro che superflua, in quanto, ci permette di cogliere il vero senso della legge in questione: essendo lavoratori autonomi, non godono delle tutele che spettano ai lavoratori subordinati.

Ma, a ben vedere, e come già sottolineato, si tratta di una figura ambigua: un lavoratore autonomo, che però, dipende quasi totalmente da un unico cliente. Quest'ultimo certo non può essere definito datore di lavoro, ma chiaramente ha una posizione di forza nei confronti del lavoratore.

Ecco dunque la necessità di definire una figura dai tratti intermedi, che non può stare sul medesimo piano degli autonomi, e tantomeno su quello dei subordinati: la legge 20 del 2007, ha dato una risposta esauriente a questa necessità.

3.1. Requisiti del TR.A.D.E.

L'articolo 1 dello statuto, nel definire l'ambito di applicazione soggettivo dello stesso, cita, tra gli altri soggetti inclusi: "*I lavoratori autonomi economicamente dipendenti ai quali si riferisce il capitolo 3 del titolo 2 della presente legge*".

Il titolo secondo della legge in questione tratta del regime professionale cui e' assoggettato il lavoratore autonomo, e si divide in 3 capitoli: il cap. 1 tratta delle fonti, il cap. 2 del regime professionale dei lavoratori autonomi e il cap. 3 del regime professionale, nello specifico, dei TR.A.D.E..

Analizziamo con attenzione, l'articolo 11, che apre il capitolo 3⁷.

⁷ J. Garcia Ortega ed altri, op.cit., p. 25.

Sono TR.A.D.E., coloro che svolgono *“un’attività economica o professionale a scopo di lucro, ed in forma abituale, personale e diretta, e prevalentemente per una sola persona fisica o giuridica, denominata cliente dal quale dipendono economicamente, percependo da questi almeno il 75 % dei propri introiti da lavoro ed attività economiche”*.

Si intenderanno come ingressi percepiti dal lavoratore autonomo da parte del cliente con cui ha questa relazione, i rendimenti integrali a carattere monetario o in natura. I rendimenti percepiti in natura si calcoleranno in base al loro valore di mercato.

Inoltre, perché il lavoratore, sia considerato TR.A.D.E., è necessario anzitutto che svolga personalmente l’attività e che dunque, non abbia lavoratori alle sue dipendenze.

In secondo luogo, la legge prevede, che il lavoratore deve eseguire il lavoro, differentemente da come lo svolgono i dipendenti del cliente; in pratica, il legislatore spagnolo, ha voluto evitare di offrire un metodo semplice per aggirare la norma.

In terzo luogo, il TR.A.D.E., deve disporre di una struttura organizzativa e di materiale proprio.

Inoltre, in nessun caso, avranno la considerazione di TR.A.D.E., i titolari di locali commerciali, che svolgano la loro attività insieme con altri, a titolo di società, o sotto qualunque altra forma.

3.2. Regime professionale

Detto dei requisiti che devono ricorrere perché si rientri nella categoria di *“TRabajador Autonomo Economicamente Dependiente”*, passiamo ad analizzare la disciplina dettata per questo speciale tipo di lavoratori. La scelta migliore, appare quella di seguire l’ordine che il legislatore spagnolo ha voluto dare, articolo per articolo.

Partiamo dal contratto (articolo 12) che andrà sempre stipulato per iscritto, e dovrà essere registrato presso l’ufficio corrispondente.

Per poter stipulare il contratto di TR.A.D.E., il lavoratore che si consideri tale comunicherà al cliente questa sua condizione.

Il cliente potrà richiedere al lavoratore, la prova dei requisiti che devono ricorrere per essere considerato TR.A.D.E., sempre che dall’ultima prova siano passati 6 mesi.

All’effetto di determinare la prova si potrà prendere in considerazione per esempio, l’ultima dichiarazione dei redditi.

Quando la condizione di TR.A.D.E. sopravvenga alla vigenza del contratto, si rispetteranno le condizioni del contratto iniziale fino all’estinzione dello stesso.

Quando nel contratto non è fissata la durata, il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato.

Relativamente alla giornata, di cui si parla nell’art. 14, si riconosce al TR.A.D.E. il diritto di interrompere la sua attività per minimo 18 giorni lavorativi l’anno.

Il contratto individuale o accordo di interesse professionale stabilirà il regime di riposo settimanale, così come la durata massima della giornata lavorativa.

L’articolo 15 invece, elenca le cause di estinzione del contratto, e cioè:

1. accordo tra le parti;
2. cause validamente stipulate nel contratto;
3. morte, pensionamento ed invalidità del lavoratore (quando tale invalidità risulti incompatibile con l’attività);
4. rinuncia del lavoratore con il preavviso pattuito, o in mancanza con il normale preavviso (quello previsto secondo gli usi e i costumi);
5. volontà del lavoratore fondata su inadempimento contrattuale;
6. volontà del cliente per causa giustificata (con preavviso);
7. per decisione della TR.A.D.E., che sia vittima di violenza sessuale.

Lo stesso articolo prevede poi che quando l’estinzione si produca per volontà di una delle parti basata su inadempimento contrattuale dell’altra, nascerà a favore di chi risolve giustificatamente il contratto il diritto a percepire un risarcimento danni.

Se la risoluzione è per volontà del cliente senza causa giustificata, il lavoratore avrà diritto al risarcimento danni e, nel caso in cui si risolve il contratto per volontà del lavoratore senza giusta causa, il cliente potrà essere risarcito quando l'estinzione produca un pregiudizio grave o paralizzi la sua attività.

Ove la parte che abbia diritto al risarcimento sia il TR.A.D.E., il *quantum* dovuto sarà fissato dal contratto individuale o da accordi interprofessionali che siano in vigore.

Quanto all'interruzione dell'attività, essa si considererà giustificata per le seguenti cause, ex art. 16:

- accordo tra le parti;
- necessità di adempiere a doveri familiari urgenti, sopravvenuti, imprevedibili;
- rischio grave e imminente per la vita o salute del lavoratore;
- incapacità temporale, maternità o paternità;
- decisione della TRADE che abbia subito violenza sessuale;
- forza maggiore.

Mediante contratto o accordo di interesse professionale potranno fissarsi altre cause.

Gli articoli 17 e 18 prevedono poi che relativamente al rapporto di lavoro del TR.A.D.E. la competenza apparterrà ai tribunali di ordine sociale.

Sarà requisito per adire l'autorità giudiziaria il tentativo di conciliazione o mediazione davanti all'organo amministrativo competente. Ciò che venga eventualmente concordato durante tale tentativo avrà valore esecutivo.

Salta agli occhi, come tale tentativo rappresenti una vera e propria "fotocopia" di quello italiano.

4. Ulteriori sviluppi della disciplina del TRADE

La L. n. 20/2007 (LETA), definita come una "*pietra miliare per i lavoratori autonomi*"⁸ poteva sicuramente costituire un punto d'arrivo.

⁸ Introduzione del Real decreto 197/2009.

Ed invece, il 23 febbraio del 2009, il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto⁹ che rappresenta un ulteriore sviluppo dello statuto in materia di contratti ed associazioni dei lavoratori autonomi.

Più precisamente possiamo suddividere tale decreto in due parti. La prima, corrispondente ai primi due capitoli, riguarda nello specifico il contratto del TR.A.D.E.; la seconda invece, corrispondente al terzo ed ultimo capitolo del decreto, riguarda il registro Statale delle associazioni dei lavoratori autonomi, che viene istituito con il disposto dell'articolo 12¹⁰.

Relativamente alla prima parte, occorre fare delle precisazioni al fine di evidenziare l'importanza di tale normativa. In questa sede, infatti, si sottolinea, il rapporto civile o commerciale tra committente e TR.A.D.E., evidenziando che tale relazione non potrà avere carattere lavoristico e si chiariscono i requisiti perché si possa rientrare nella categoria TR.A.D.E., nonché la necessità di specificare, all'interno del contratto tale condizione.

Questo "Real decreto" costituisce un ulteriore passo in avanti, per quanto riguarda la situazione iberica, nella regolamentazione del lavoro autonomo, e conseguentemente, nella distruzione di quel vecchio concetto di diritto del lavoro, che tendeva a riferirsi unicamente al settore subordinato.

5. Conclusioni

L'impegno profuso dall'ordinamento spagnolo per fornire adeguate tutele anche ai lavoratori autonomi, dovrebbe quantomeno far riflettere. Perché in effetti, gli spagnoli hanno affiancato allo statuto dei lavoratori (nato con 10 anni di ritardo, rispetto all'Italia) quello del lavoratore autonomo. E si sono persino

⁹ Real decreto n. 197/2009.

¹⁰ Art. 12: "*Si crea il registro statale delle associazioni professionali dei lavoratori autonomi...*".

inventati una figura intermedia, il TR.A.D.E., al fine di superare il rigido binomio, non più adatto a quella che è l'attuale realtà del mercato del lavoro.

Trattandosi di una legge abbastanza nuova (2007) è ancora presto per parlarne in chiave positiva o negativa. Dovendo fare una previsione, tuttavia, appare chiaro quanto importante possa essere un siffatto statuto, se non altro dal punto di vista di una più completa, ed organica disciplina, dell'altra faccia del diritto del lavoro.

Parimenti va detto che importare pedissequamente istituzioni degli altri Paesi nel proprio è operazione che presenta non pochi rischi, vista, ovviamente, la differenza di situazione presente tra un ordinamento e l'altro. La figura del TR.A.D.E., per esempio, sembra fatta apposta per gli spagnoli, visto il numero enorme di queste figure nel panorama iberico (circa 200,000 secondo alcune stime)¹¹.

Dunque, non poca cautela sarebbe necessaria, se si pensasse di introdurre una istituzione simile in Italia.

Tuttavia l'attuale disciplina spagnola a tutela dei lavoratori autonomi è fin troppo interessante e deve essere oggetto di approfondimento, nella certezza che l'esame comparativo possa portare all'emanazione di disposizioni legislative più efficaci come potrebbe essere, ad esempio, lo statuto dei lavori, auspicato da più parti, che vorrebbe estendere a tutte le figure dei lavoratori, le tutele attualmente riconosciute ai lavoratori subordinati, atteso che anche in Italia, lo statuto dei lavoratori si rivolge esclusivamente ai prestatori d'opera dipendenti.

¹¹ Più di 3 milioni, sono invece i lavoratori autonomi.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Giurisprudenza di legittimità

QUIETANZE A SALDO E VOLONTA' ABDICATIVA LEGITTIMITA' DELLA RICHIESTA DI RISARCIMENTO PER DANNO BIOLOGICO

di Pierluigi De Lillo

Corte di Cassazione - Sez. lavoro
Sentenza 14 dicembre 2009 n. 26165
(Pres. Roselli - Rel. Ianniello)

La generica rinuncia da parte del lavoratore ad eventuali crediti riferiti a varie norme di legge può non avere effetti preclusivi perché non implica necessariamente una volontà abdicativa.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza depositata il 22 ottobre 2005, la Corte d'appello di Lecce ha confermato la sentenza dell'8 luglio 2003, con la quale il giudice del lavoro di Taranto aveva respinto le domande svolte con ricorso del 9 maggio 2000 da G.B. nei confronti della *alfa* s.p.a. e della *beta* s.p.a., dirette ad ottenere il risarcimento del danno biologico conseguente alla ipoacusia contratta, secondo il lavoratore, a causa della mancata adozione da parte della datrice di lavoro (...) delle misure - idonee a ridurre la rumorosità presente nel luogo di lavoro - di cui al D.P.R. n. 303/56, al D. Lgs. n. 277/91 e alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 2087 c.c. nonché per la violazione del generale precetto di *neminem ledere* di cui all'art. 2043 c.c.. In proposito, la Corte ha confermato la valutazione del giudice di primo grado relativa al fatto che con una quietanza liberatoria sottoscritta al termine del rapporto di lavoro (e non tempestivamente impugnata, ai sensi dell'art. 2113 c.c.) l'appellante avrebbe in realtà rinunciato anche al diritto al risarcimento del danno per violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., sostenendo tale valutazione col rilievo che nella c.d. quietanza era espressamente

menzionata la rinuncia ai danni ex art. 2087 c.c. e con la considerazione che alla data della rinuncia (1995) il lavoratore era già consapevole di avere contratto la ipoacusia da rumore di origine professionale, come sarebbe dimostrato dal fatto che nel 1994 aveva all'uopo presentato domanda di rendita vitalizia all'INAIL, ottenendola poi nel 1999.

Avverso tale sentenza propone ora ricorso per cassazione G.B. con tre motivi. Resiste alle domande la *alfa* s.p.a. con rituale controricorso, illustrato poi con memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c., mentre la *beta* s.p.a., regolarmente intimata, ha depositato la procura ai propri difensori, che hanno poi discusso la causa all'odierna udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo di ricorso, la difesa di G.B. deduce la violazione degli artt. 1362 e ss. c.c. nonché la contraddittorietà e insufficienza della motivazione della sentenza impugnata con riferimento alla interpretazione della quietanza al saldo. Il tenore letterale di tale quietanza, riprodotto in ricorso, sarebbe stato infatti disatteso dalla Corte territoriale la quale non avrebbe rilevato che questo non includeva affatto la rinuncia al diritto azionato dal ricorrente. Da qui la violazione del criterio testuale di interpretazione dei contratti e dei negozi unilaterali recettizi. Inoltre, la Corte territoriale, se fosse stata veramente convinta che il testo della quietanza contenesse la rinuncia al diritto azionato, avrebbe dovuto secondo il ricorrente, concludere la sua interpretazione del contratto sulla sola base del dato letterale; viceversa, i giudici avrebbero in maniera contraddittoria proseguito le loro argomentazioni facendo ricorso ad un altro criterio interpretativo, quello relativo al comportamento del sottoscrittore anteriore alla

sottoscrizione.

D'altronde, il fatto che il ricorrente avesse nel 1994 fatto richiesta di rendita all'INAIL non sarebbe significativo sul piano interpretativo (del fatto che fosse consapevole della responsabilità del datore di lavoro in ordine alla causazione della malattia) quanto lo sarebbe viceversa il fatto che egli non aveva proposto domanda di risarcimento danni all'*alfa* al momento della sottoscrizione nel 1995 della c.d. quietanza a saldo (e quindi ignorava che del danno subito fosse responsabile l'impresa).

2. Col secondo motivo di ricorso viene dedotta la violazione dell'art. 1342 c.c. e il vizio di motivazione della sentenza impugnata.

A fronte di una quietanza dal contenuto generico, la sentenza non riuscirebbe a dimostrare che il lavoratore fosse consapevole del proprio diritto e intendesse rinunciarvi.

La Corte avrebbe travisato il concetto di determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto della pretesa rinuncia nonché quello della analiticità dei titoli oggetto del preteso negozio abdicativo. Il testo della quietanza (tra l'altro su di un modulo predisposto dalla società) si esprimerebbe infatti in termini di danni eventuali, il che significherebbe che non si fa riferimento ad una specifica pretesa avanzata nei confronti della società, ma a tutte le possibili pretese dei dipendenti (...). Mancherebbe nella quietanza anche l'indicazione della somma a cui il lavoratore avrebbe rinunciato, eventualmente desumibile anche solo dalla percentuale di invalidità coinvolta. Del resto, la somma, del percepimento della quale la quietanza dà atto, sarebbe quella e solo quella spettante al lavoratore al termine del rapporto. In proposito, il ricorrente fa riferimento ad una serie di decisioni di questa Corte, che imporrebbero un estremo rigore nella valutazione della volontà abdicativa del lavoratore in sede di sottoscrizione delle c.d. quietanze a saldo (Cass. nn. 9407/01, 8921/87, 3872/78, 6615/87, 10762/94).

3. Col terzo motivo di ricorso, la difesa del B. denuncia l'omessa e insufficiente motivazione della sentenza impugnata, laddove nella valutazione complessiva del significato delle espressioni usate nella quietanza a saldo avrebbe trascurato le seguenti circostanze: a) il contesto in cui è avvenuta la firma, vale a dire il ritiro della liquidazione finale, in uno spirito che non era certamente di rinuncia ad alcunché; b) il

fatto che il documento sia un modulo a stampa predisposto dal datore di lavoro e c) che era stato firmato da un lavoratore isolato e non assistito.

Il ricorso conclude con la richiesta di annullamento della sentenza impugnata, con ogni conseguenza di legge.

Il ricorso, i cui motivi vanno esaminati congiuntamente, in quanto tra di loro connessi, è fondato.

In via di premessa, va ricordato che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'interpretazione di una norma contrattuale è operazione che si sostanzia in un accertamento di fatto, come tale riservato al giudice di merito e pertanto incensurabile in cassazione se non per vizi attinenti ai criteri legali di ermeneutica contrattuale o ad una motivazione carente o contraddittoria nello svolgimento delle relative argomentazioni.

In proposito, va ribadito che i canoni legali di ermeneutica contrattuale sono governati da un principio di gerarchia, in forza del quale, secondo questa Corte, quelli strettamente interpretativi (artt. 1362-1365 cod. civ.) prevalgono su quelli interpretativi-integrativi (artt. 1366-1371 cod. civ.) ove la concreta applicazione degli stessi risulti da sola sufficiente a rendere pienamente conto della comune intenzione delle parti (cfr., al riguardo, ex plurimis, Cass. 9 febbraio 2006 n. 9553).

Nell'ambito dei canoni strettamente interpretativi risulta poi, nella legge, prioritario il criterio fondato sul significato letterale delle parole, di cui all'art. 1362, comma 1, cod. civ., con la conseguenza che questo può in alcuni casi orientare in maniera conclusiva, da solo, l'operazione ermeneutica.

Non va peraltro taciuto che il dato letterale della norma possa risultare ambiguo, per cui si renda necessario ricorrere agli altri canoni strettamente interpretativi, in particolare a quello di cui all'art. 1363 c.c., e, in caso di insufficienza, a quelli interpretativi-integrativi (cfr., per tutte, Cass. 28 agosto 2007 n. 18180 e 10 marzo 2008 n. 6366).

Con riguardo alla individuazione della volontà abdicativa nelle c.d. quietanze a saldo o liberatorie sottoscritte dal lavoratore al termine del rapporto, questa Corte ha peraltro ripetutamente confermato che esse costituiscono di regola la semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell'interessato di essere stato soddisfatto di tutti i suoi diritti

(concretando pertanto una dichiarazione di scienza: cfr., ad es. Cass. 4 maggio 1999 n. 4442).

Ove tale quietanza contenga una dichiarazione di rinuncia a maggiori somme, va ribadito che è necessaria la massima cautela nella ricerca della reale volontà abdicativa, in ragione del contesto normale in cui tali quietanze vengono sottoscritte (al termine del rapporto di lavoro, all'atto della ricezione delle spettanze finali e su di un testo predisposto dal datore di lavoro etc.), obiettivamente idoneo ad attenuare o escludere la consapevolezza del dipendente in ordine al carattere impegnativo o meno della dichiarazione (cfr. diffusamente, la giurisprudenza di questa Corte citata dal ricorrente).

Pertanto ove la dichiarazione di rinuncia a maggiori somme sia *“riferita, in termini generici, a titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto”*, essa *“può assumere valore di rinuncia alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre circostanze desumibili aliunde, che essa è stata rilasciata con la consapevolezza della esistenza di diritti determinati o obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi”* (cfr., per tutte, Cass. 17 maggio 2006 n. 11536).

Nel caso in esame, la Corte territoriale non si è attenuta a tali regole nella individuazione della eventuale volontà abdicativa del B., quale espressa con la dichiarazione riprodotta in ricorso, del seguente tenore. *“Io sottoscritto dichiaro di aver ricevuto dalla (...) ... a seguito della risoluzione del mio rapporto di lavoro la somma globale lorda di lire Prendo inoltre atto che nella somma suddetta è compreso l'importo di lire ... già corrisposto a titolo di anticipo di t.f.r.. Mediante la corresponsione della sopra citata somma di lire ... delle quali rilascio quietanza finale e liberatoria, dichiaro di essere tacitato dalla (...) ... anche in via di transazione, stralcio e rinuncia di ogni mio credito o altra ragione o diritto verso la società stessa con specifico riferimento all'applicazione degli accordi aziendali del 26 maggio 1972 e 20 maggio 1989, alla misura e al calcolo del trattamento di fine rapporto, ivi compresa l'indennità di anzianità maturata alla data del 31 maggio 1982 e con riferimento altresì ad*

emolumenti arretrati, indennità e compensi, anche per lavoro straordinario, spettantimi in dipendenza del mio rapporto di lavoro e della sua risoluzione avvenuta ed accettata in data omissis nonché a quelli relativi ad eventuali danni ex artt. 1124, 2087, 2116 c.c. e 429, terzo comma c.p.c. per modo che null'altro ho da pretendere dalla società medesima a qualsiasi titolo e causa”.

Ed invero i giudici di appello, dichiarando apoditticamente che il testo della dichiarazione indicherebbe chiaramente l'intento abdicativo del lavoratore e che ciò sarebbe confermato che alla data della sottoscrizione questi era a conoscenza del fatto di aver contratto una malattia professionale, per la quale aveva già richiesto all'INAIL la relativa rendita, hanno in realtà trascurato di analizzare compiutamente anzitutto il dato letterale della dichiarazione interpretata, che coniuga termini normalmente indicativi di una dichiarazione di scienza (*“dichiara di essere stato tacitato”*) a causali molteplici e indicate in maniera congiunta, sebbene abbiano un effetto sovrapponibile (*“anche in via di transazione”* - della quale peraltro non risulta dalla quietanza l'aliquid retentum -, *“stralcio e rinuncia”*), il tutto con riferimento, per quanto qui interessa, a diritti risarcitori indicati solo con numeri di articoli del codice civile e per giunta qualificati come eventuali (per un caso analogo, cfr. Cass. 18 aprile 2008 n. 10218).

L'insufficienza nell'analisi del testo della dichiarazione contenuta nella quietanza ha altresì impedito alla Corte, ove di esso avesse conseguentemente ritenuto l'ambiguità di significato, di valutare nel suo complesso la quietanza medesima nonché il contesto in cui essa era stata sottoscritta dal lavoratore, dando eventualmente il giusto rilievo anche alla circostanza che alla data della sottoscrizione il B. aveva presentato domanda all'INAIL della rendita vitalizia per malattia professionale, ma non aveva svolto alcuna richiesta, neppure informale, di risarcimento danni alla datrice di lavoro in relazione a tale malattia.

La rilevazione degli errori nell'applicazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale e delle omissioni commesse dalla Corte territoriale nella interpretazione della dichiarazione in parola fonda la decisione di accoglimento del ricorso, con la conseguente cassazione della sentenza impugnata, con rinvio, anche per il

regolamento delle spese di questo giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Potenza.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese di questo giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Potenza.

Depositata in Cancelleria il 14.12.2009.

(*Omissis*)

* * * * *

NOTA

Con la recente sentenza riportata in epigrafe la Corte Suprema di Cassazione, a sostegno di un indirizzo venutosi a consolidare gradualmente nell'ultimo ventennio, ha contribuito ulteriormente a dissipare ogni dubbio interpretativo concernente la disciplina codicistica di cui all'art. 2113 c.c. in ossequio ai canoni legali di ermeneutica contrattuale contenuti negli artt. 1362-1371 del codice del '42.

Nello specifico, i Giudici di Legittimità, nell'accogliere il ricorso di parte attrice avverso la precedente sentenza di rigetto pronunciata dalla Corte d'appello di Lecce, rilevano la non sussistenza, nella dichiarazione prodotta in giudizio, di alcuna volontà abdicativa, riconducibile al ricorrente, da cui possa derivare il riconoscimento di qualsivoglia valore di rinuncia legittimamente espressa nei termini di cui all'art. 2113 cod. civ..

In effetti il diritto al risarcimento del danno biologico conseguente alla ipoacusia contratta, secondo il ricorrente, a causa della mancata adozione da parte della datrice di lavoro delle misure idonee a ridurre la rumorosità presente nel luogo di lavoro, di cui al D.P.R. n. 303/56, al D.lgs. n. 277/91 e alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 2087 c.c., nonché per la violazione del generale precetto del "*neminem laedere*" di cui all'art. 2043 c.c., non può considerarsi rinunciato in conseguenza alla mera sottoscrizione da parte del lavoratore, al termine del rapporto di lavoro, di una quietanza

liberatoria non tempestivamente impugnata ai sensi dell'art. 2113 c.c..

Peraltro, a giudizio della Corte, a nulla rileva che nella quietanza stessa sia espressamente menzionata la rinuncia ai danni ex art. 2087 c.c., nonché la valutazione per cui alla data della rinuncia, quella del 1995, il lavoratore fosse già consapevole di avere contratto una ipoacusia da rumore di origine professionale, come sarebbe dimostrato dal fatto che nel 1994 aveva all'uopo presentato domanda di rendita vitalizia all'INAIL, ottenendola nel 1999.

Giova mettere in evidenza, in riferimento al caso concreto in questa sede richiamato, il rilievo che assume nel sistema codicistico il dettato contenuto nell'art. 2113 c.c., così come modificato dall'art. 6 L. 533/1973, ai sensi del quale "*le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide*" e per il quale "*l'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima*". In realtà, l'articolo di cui sopra non preclude *tout court* la negoziazione e la disponibilità delle parti dei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili assoggettando di fatto l'atto di disposizione ad un meccanismo garantista previsto a tutela del contraente debole¹.

La dottrina, per di più, con lo scopo precipuo di delimitare il campo di applicazione del disposto di cui all'art. 2113, è pervenuta alla individuazione di un criterio distintivo che pone da un lato tutte

¹ G. Veneto, *Manuale del nuovo Diritto del lavoro – Lezion.*, Cacucci Editore, Bari 2009, p. 396: "*La rinuncia o la transazione concordata in forma diretta nelle sedi giudiziaria, sindacale, amministrativa, riportata e sottoscritta nel relativo verbale, è immediatamente definitiva ed inoppugnabile, trattandosi di una conciliazione "assistita"*".

le norme inderogabili da cui derivano diritti assolutamente indisponibili, o primari, dall'altro diritti relativamente indisponibili, o secondari che, in quanto tali, vanno assoggettati al meccanismo di invalidità e impugnazione disciplinato dal medesimo articolo; da ciò la necessità di una concreta verifica atta a interpretare il documento di riferimento, tenendo nel dovuto conto altre eventuali e specifiche circostanze, al fine di accertare se lo stesso sia stato sottoscritto con la consapevolezza e il cosciente intento di abdicare o di transigere su diritti, si badi, determinati o obiettivamente determinabili².

Nel caso di specie, i giudici di appello, conformemente a quanto in precedenza statuito dal giudice del lavoro di Taranto in data 8 luglio 2003, avevano ravvisato la sussistenza, nella quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore, di un inequivocabile intento abdicativo desumibile sia dal riferimento espresso agli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. sia dalla considerazione per cui alla data della rinuncia, ovvero quella del 1995, il lavoratore era consapevole della responsabilità del datore di lavoro in ordine alla causazione della malattia tanto da aver all'uopo presentato domanda di rendita vitalizia all'INAIL, ottenendola poi nel 1999. La Suprema Corte, tuttavia, nel dichiarare ammissibile il primo motivo di ricorso e, di conseguenza, nel rilevare *“la violazione degli artt. 1362 e ss. c.c. nonché la contraddittorietà e insufficienza della motivazione della sentenza impugnata con riferimento alla interpretazione della quietanza al saldo”*, cassando la sentenza impugnata, ha *“censurato”* il percorso interpretativo della Corte territoriale in quanto in violazione del criterio testuale di interpretazione dei contratti e dei negozi unilaterali recettizi laddove *“il tenore letterale di tale quietanza, riprodotto in ricorso, sarebbe stato infatti disatteso dalla Corte territoriale la quale non avrebbe rilevato che questo non includeva affatto la*

rinuncia al diritto azionato dal ricorrente”.

Ancora, in conformità ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, a parere dei Giudici di legittimità, ove il giudice d'appello fosse stato pienamente convinto della natura abdicativa del testo della quietanza, lo stesso avrebbe dovuto procedere ricorrendo al solo criterio ermeneutico letterale di cui all'art. 1362 c.c. che, in quanto strettamente interpretativo, prevale sui criteri interpretativi-integrativi di cui agli artt. 1366-1371 del medesimo codice, criteri per ricorrere ai quali è necessario che il primo, oltre che quelli della medesima natura contenuti negli artt. 1363-1365 c.c., risulti non sufficiente.

Ancora, la sentenza in esame pone nel dovuto rilievo che nell'eventualità in cui la quietanza si riduca ad una mera manifestazione del convincimento del lavoratore di essere stato soddisfatto dei suoi diritti e, dunque, ad una semplice dichiarazione di scienza, la medesima, in quanto priva di carattere negoziale, riconoscerebbe, in capo al lavoratore, la facoltà di promuovere, nell'ordinario (e non quello di cui all'art. 2113 c.c.) termine di prescrizione, l'azione per i crediti derivanti dal rapporto di lavoro pur se posteriormente alla firma della medesima quietanza³, nel rispetto del principio di determinatezza dell'oggetto⁴. Difatti, a giudizio dei Giudici, *“il testo della quietanza (tra l'altro su di un modulo predisposto dalla società) si esprimerebbe infatti in termini di danni eventuali, il che significherebbe che non si fa riferimento ad una specifica pretesa avanzata nei confronti della società, ma a tutte le possibili pretese dei dipendenti (...)”*.

³ Cfr. Cass. civ. Sez. lav. 13 dicembre 1999, n. 13975; Cass. civ. Sez. lav. 10 marzo 1981, n. 1365; Cass. civ. Sez. lav. 04 marzo 1981, n. 1267.

⁴ G. Veneto, *Manuale del nuovo Diritto del lavoro - Lezioni*, Cacucci Editore, Bari 2009, p. 397: *“L'oggetto della rinuncia deve essere ben determinato e quindi, ad esempio non avrà alcun valore una generica rinuncia ad ogni “altra indennità”*”.

² Cfr. Cass. civ. Sez. lav. 25 ottobre 2007, n. 22354.

La Corte, concludendo, rilevando errori nell'applicazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale e omissioni commesse dal giudice d'appello nella interpretazione della dichiarazione, fonda la propria decisione di accogliere il ricorso attorio sancendo la legittimità della richiesta di risarcimento del danno biologico conseguente alla ipoacusia contratta dal lavoratore a causa della mancata adozione da parte della datrice di lavoro delle misure idonee a ridurre la rumorosità presente nel luogo di lavoro di cui al D.P.R. n. 303/56, al D.lgs. n. 277/91 e alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 2087 c.c. nonché per la violazione del generale precetto di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 del codice civile.

RESPONSABILITA' PENALE DEL DATORE DI LAVORO E RISCHIO ELETTIVO

di Tiziana Valeriana De Virgilio

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro
Sentenza 2 ottobre 2009 n. 21113
(Pres. G. Sciarelli - Rel. G. Meliadoo)

Costituisce orientamento interpretativo acquisito di questa Suprema Corte che il rischio elettivo, quale limite alla responsabilità del datore di lavoro nella causazione degli infortuni sul lavoro, è ravvisabile, per richiamare una definizione sintetica ricorrente, solo in presenza di un comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, tale da condurlo ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività lavorativa, pur latamente intesa, e tale da determinare una causa interrottiva di ogni nesso fra lavoro, rischio ed evento secondo l'apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito. Per il resto, si deve confermare che le norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese ad impedire l'insorgenza di situazioni pericolose, sono dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili ad imperizia, negligenza ed imprudenza dello stesso, con la conseguenza che il datore di lavoro è responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun effetto esimente per l'imprenditore ad un eventuale concorso di colpa del lavoratore, la cui condotta può comportare, invece, l'esonero totale del datore di lavoro da ogni responsabilità solo quando presenti, per come si è detto, i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, così da porsi come causa esclusiva dell'evento.

* * * * *

(Omissis)

FATTO

Con sentenza in data 2.12.2004-19.4.2005 la Corte di Appello di Bologna, in parziale riforma

della sentenza resa dal Tribunale di Parma il 28.10.2003, condannava le società *alfa* e *beta* a risarcire alle eredi di V.S., deceduto a seguito di infortunio sul lavoro, il danno morale nella misura del 40% dell'intero, riconosciuto il concorso di colpa del V. nel residuo.

Osservava in sintesi la corte territoriale che, seppure il comportamento del V. fu gravemente imprudente (essendo stato il cestello della gru utilizzato per il sollevamento dello stesso, e non dei materiali), doveva escludersi, comunque, che esorbitasse dallo svolgimento dell'attività lavorativa, avendo il lavoratore utilizzato l'autogrù per svolgere l'attività lavorativa affidatagli, in una situazione di difficoltà derivante dalla rottura del verricello, suo normale strumento di lavoro che, peraltro, nè il V. era stato edotto, pur essendo da circa venti anni dipendente della *alfa*, dei rischi connessi all'uso della gru, nè quest'ultima aveva ottemperato all'obbligo di vigilanza circa l'uso che i propri dipendenti facevano degli strumenti messi a loro disposizione. Per la cassazione della sentenza propongono ricorso V.K. e A.V.G. con un unico motivo, illustrato con memoria.

Resistono con controricorso la *alfa* srl e la Lloyd Adriatico spa, le quali hanno proposto anche ricorso incidentale. Non si costituivano la *beta* spa, le Generali Assicurazioni spa, l'INAIL ed V.E. La *alfa* ha depositato memoria.

DIRITTO

Con un unico motivo, svolto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 V.K. e A.V.G. lamentano che la Corte territoriale, pur dando atto che, nella causazione dell'infortunio, al di là dell'impropria utilizzazione dell'autogrù da parte del dipendente, erano risultati determinanti il malfunzionamento e la carenza di qualità di una sua parte fondamentale (la fune), nonché l'omissione della dovuta vigilanza e dei necessari obblighi di informazione da parte del datore di lavoro, aveva, nondimeno, senza

alcuna motivazione, attribuito al V. la responsabilità prevalente nella causazione del sinistro (laddove il primo giudice la aveva riconosciuta solo nella misura del 30 per cento), riducendo ad una percentuale marginale quella del datore di lavoro (già fissata, nella sentenza di primo grado, nella misura del 60 per cento).

Con l'unico motivo del ricorso incidentale, la *alfa* lamenta violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 1124 del 1965, art. 1, comma 2 nonché vizio di motivazione, assumendo che la Corte territoriale aveva erroneamente trascurato di valutare che la causa unica dell'incidente era da ravvisare nell'utilizzazione, del tutto anomala, della gru e del relativo cestello, che dovevano essere adoperati per il trasporto di materiale, ma non certo di persone, per come, in effetti, avvenne.

La Lloyd Adriatico, invece, prospetta, con ricorso incidentale, ai sensi dell'art 360 c.p.c., n. 5 che la Corte territoriale, pur accogliendo parzialmente l'appello, non ha provveduto in ordine alla richiesta di restituzione delle somme liquidate per provvisori, nonché di quelle ulteriori percepite in forza della sentenza per capitale, accessori e spese.

I ricorsi vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c.. Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale della *alfa*, avendo la sua trattazione, nell'ordine delle questioni controverse, carattere di pregiudizialità.

Il motivo è infondato.

Costituisce orientamento interpretativo acquisito di questa Suprema Corte che il rischio elettivo, quale limite alla responsabilità del datore di lavoro nella causazione degli infortuni sul lavoro, è ravvisabile, per richiamare una definizione sintetica ricorrente, solo in presenza di un comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, tale da condurlo ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività lavorativa, pur latamente intesa, e tale da determinare una causa interrottiva di ogni nesso fra lavoro, rischio ed evento secondo l'apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito (cfr. ad es. Cass. n. 15047/2007; Cass. n. 15312/2001; Cass. n. 8269/1997; Cass. n. 6088/1995).

Più in particolare, per configurare il rischio elettivo secondo la definizione descritta, viene richiesto: a) che il lavoratore ponga in essere un atto non solo volontario, ma anche abnorme, nel senso di arbitrario ed estraneo alle finalità

produttive; b) che il comportamento del lavoratore sia motivato da impulsi meramente personali, quali non possono qualificarsi le iniziative, pur incongrue ed anche contrarie alle direttive del datore di lavoro, ma motivate da finalità produttive; c) che l'evento conseguente all'azione del lavoratore non abbia alcun nesso di derivazione con l'attività lavorativa.

Nel concorso di tali situazioni, che qualificano in termini di abnormità la causa iniziale della serie produttiva dell'evento infortunistico, il rischio elettivo si distingue, quindi, dall'atto colpevole del lavoratore, e cioè dall'atto volontario posto in essere con imprudenza, negligenza o imperizia, ma che, motivato, comunque, da finalità produttive, non vale ad interrompere il nesso fra l'infortunio e l'attività lavorativa.

Per il resto, si deve confermare che le norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese ad impedire l'insorgenza di situazioni pericolose, sono dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili ad imperizia, negligenza ed imprudenza dello stesso, con la conseguenza che il datore di lavoro è responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun effetto esimente per l'imprenditore ad un eventuale concorso di colpa del lavoratore, la cui condotta può comportare, invece, l'esonero totale del datore di lavoro da ogni responsabilità solo quando presenti, per come si è detto, i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, così da porsi come causa esclusiva dell'evento (cfr. ad es. Cass. n. 19559/2006) A tale indirizzo interpretativo si è attenuta la decisione impugnata, la quale ha considerato che l'infortunio si è realizzato a fronte di un comportamento del lavoratore che, sebbene imprudente, era, comunque, ricollegabile alle finalità aziendali, avendo il V. utilizzato l'autogrù per svolgere i compiti assegnatigli in una situazione di difficoltà - o, comunque, diversa da quella abituale - derivante dalla rottura del suo normale strumento di lavoro e dalla sua sostituzione con un macchinario di cui il lavoratore sconosceva i rischi e che, peraltro, presentava i dispositivi di sicurezza

malfunzionanti, con la conseguenza che, pur avendo concorso nella causazione dell'infortunio una scelta del lavoratore, non necessitata, ed anzi evitabile, la stessa non si inseriva in un contesto del tutto esorbitante dal perseguimento delle esigenze aziendali. Meritevole di accoglimento è, invece, il ricorso principale.

Per come lamentano giustamente le ricorrenti, la sentenza impugnata, pur riconoscendo la responsabilità prevalente del lavoratore nel verificarsi del sinistro (laddove il primo giudice aveva, all'opposto, ritenuto la responsabilità preminente del datore di lavoro), con l'effetto di riformare in un punto non poco significativo la decisione censurata, ha omesso di dar conto delle ragioni poste a base della diversa commisurazione della responsabilità di ciascuno dei soggetti cui si è ritenuto imputabile l'infortunio, vanificando la possibilità di verificare l'adeguatezza dell'iter logico della decisione e l'esattezza del convincimento al riguardo espresso dai giudici del gravame. La Corte bolognese si è limitata a qualificare come "fortemente imprudente" il comportamento del lavoratore, ma tale qualificazione non risulta, in assenza di ulteriori elementi di riscontro motivazionali, sintomatica di una adeguata valutazione e di una sistematica comparazione delle molteplici circostanze, fattuali e giuridiche, nella fattispecie rilevanti.

Se si considera, come si è visto, che la corte territoriale ha escluso che il comportamento del V. esorbitò in modo irrazionale dallo svolgimento dell'attività lavorativa e che si è accertato in fatto che la causa dell'infortunio è da far risalire, al tempo stesso, al cattivo funzionamento dei dispositivi di sicurezza del macchinario ("la gru, qualora fosse stata provvista di dispositivi di sicurezza funzionanti, sarebbe comunque agevolmente arrivata a) secondo piano"), così come all'assenza della dovuta vigilanza nell'esecuzione del lavoro e della necessaria informazione circa i relativi rischi.

Situazione che, facendo emergere una pluralità di fatti determinativi, con concorrente efficacia causale, dell'evento di danno, imponeva al giudice di merito di accertare, pur nell'ambito di una valutazione sintetica, ma chiara nei presupposti valutativi, l'incidenza di ciascuno, sulla base della relativa gravità e delle

conseguenze derivatene, rispetto al realizzarsi dell'infortunio.

In accoglimento del ricorso principale, la sentenza impugnata - assorbito il ricorso incidentale proposto dalla Lloyd Adriatico - va, dunque, cassata e rinviata ad altro giudice di appello, che si designa nella Corte di appello di Firenze, la quale provvederà anche in ordine alle spese.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi, accoglie il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale della Adriatico spa, rigetta il ricorso incidentale della *alfa* srl, cassa in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Firenze anche per le spese del presente processo.

Così deciso in Roma, il 2 luglio 2009.

Depositato in Cancelleria il 2 ottobre 2009
(Omissis)

* * * * *

NOTA

La sentenza della Cassazione del 2 ottobre 2009 n. 21113 si allinea al recente orientamento giurisprudenziale che in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro e responsabilità del datore di lavoro in caso di infortunio, afferma la sua sussistenza anche in caso di concorso colposo del lavoratore, qualora la sua condotta non esorbiti da quelle che sono le attività ed i fini concernenti l'azienda.

La pronuncia in esame affronta il tema del cosiddetto "rischio elettivo" che s'identifica con la situazione nella quale vi sia un "*comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, tale da condurlo ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività lavorativa, pur latamente intesa, e tale da determinare una causa interrottiva di ogni nesso fra lavoro, rischio ed evento secondo l'apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito*". Laddove di contro "*la condotta del lavoratore, pur volontaria, non necessitata ed anche imprudente sia tuttavia riconducibile all'attività lavorativa*" (Cass. civ. Sez. lav. 18 maggio 2009, n. 11417) non vi sarà l'esclusione della responsabilità

datoriale, in virtù della possibilità dello stesso di prevedere e rispondere della condotta del lavoratore. Tale fattispecie si configura ogni qual volta il dipendente si trovi ad affrontare una necessità od una emergenza, o più semplicemente un'esigenza, in relazione alle mansioni svolte, che lo portino a tenere comportamenti, che pur non essendo aderenti ai principi ispiratori della sicurezza sul lavoro, siano inseriti nella prassi operante sul proprio posto di lavoro. Proprio in virtù di tale considerazione, la Corte opera uno "spostamento" del rischio sul datore di lavoro che in quanto tale, ha l'obbligo di vigilare sull'osservanza delle misure di sicurezza previste dal legislatore. Tale operazione ha come fine quello di circoscrivere ad un ambito residuale la responsabilità del lavoratore in caso di infortunio, ai soli casi in cui vi sia "*comportamento abnorme*" del lavoratore. Unica causa esimente della responsabilità del datore di lavoro sarebbe ipotizzabile laddove il lavoratore ponesse in essere una condotta talmente esorbitante rispetto le esigenze lavorative, da dare luogo ad un rischio non giustificabile dall'ordinamento e dunque tale da non consentire la traslazione della responsabilità sul datore di lavoro.

La sentenza va esaminata nell'ambito del quadro legislativo e giurisprudenziale delineatosi in seguito all'emanazione del D.lgs. n. 81/2008 in tema di sicurezza sul lavoro ed il seguente correttivo del D.lgs. 106/2009 il cui scopo è stato il rafforzamento delle misure di prevenzione. All'interno di tale legislazione, vengono individuate le norme che delineano obblighi e responsabilità datoriali, rispetto alla garanzia delle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro.

La norma cui fare in primis riferimento è l'art. 18 del D.lgs. n. 81/2008, il quale sancisce l'alveo degli obblighi cui è sottoposto il datore di lavoro, tra i quali curare l'attuazione delle misure di prevenzione degli infortuni e rispondere di eventuali inadempienze in relazione ad essi. Direttamente correlate sono le disposizioni di cui all'art. 28 che pone a

carico del datore di lavoro l'obbligo di effettuare le dovute valutazioni circa la sicurezza dell'ambiente di lavoro e la verifica della conformità dei macchinari utilizzati in azienda ai requisiti richiesti dall'art. 63 del D.lgs. 81/2008 e che essi siano sottoposti a manutenzione regolare. In ultimo possiamo indicare quale norma di chiusura l'art. 69 e ss. che definiscono tutti i compiti di prevenzione che fanno capo al datore di lavoro e da cui deriva nello specifico la propria responsabilità in caso di mancata osservanza degli stessi.

Delineato il quadro di riferimento normativo della fattispecie, la pronuncia in esame interviene per affermare la responsabilità datoriale, laddove il lavoratore ponga in essere delle condotte colpose che volutamente lo esponano a rischi maggiori, rispetto a quelli già implementati nell'ambito delle sue mansioni ma ad essa connesse. Nel caso di specie, il lavoratore utilizzando un'apparecchiatura non idonea al trasporto di soggetti, dando origine ad un comportamento imprudente, è stato vittima di un malfunzionamento della stessa, che quindi non garantiva il *minimum* di sicurezza richiesto alle attrezzature da lavoro.

Punto focale della fattispecie è costituito dalla determinazione di una connessione causale tra l'infortunio occorso al lavoratore e l'utilizzo di un dispositivo non direttamente coinvolto nelle mansioni specifiche dello stesso. Tale valutazione è operata facendo riferimento alla disposizione di cui all'art. 69 del D.lgs. 81/2009 novellato dal D.lgs. 106/2009 che definisce le attrezzature da lavoro come il "*complesso di macchine, attrezzature e componenti necessari all'attuazione di un processo produttivo destinato ad essere usato durante il lavoro*".

Partendo dal dato normativo possiamo ricondurre nell'accezione "attrezzature da lavoro" anche i macchinari utilizzati per il trasporto di oggetti o soggetti ancorchè non connessi direttamente con le proprie mansioni lavorative.

L'elemento che consente di sancire la responsabilità datoriale in relazione

all'infortunio del lavoratore diviene la finalità dell' utilizzo del macchinario o del dispositivo: è necessario valutare se la condotta del lavoratore, benché lo abbia esposto ad un rischio maggiore e sia il risultato di una scelta individuale, sia da inquadrarsi nell'alveo delle attività aziendali. In tal caso infatti, la responsabilità dell'evento danno occorso al lavoratore sarà traslato sul datore di lavoro, in quanto il sistema di tutele insito nelle norme sulla sicurezza sul lavoro hanno come scopo quello di rendere il datore garante della sicurezza in senso lato, avendo riguardo anche a quei comportamenti colposi del lavoratore che lo esponano ad ulteriori rischi. La *ratio* della disposizione risiede nel combinato disposto di cui all'art. 2087 c.c. e art. 40 c. 2 c.p.: il primo sancisce quale obbligo del datore di lavoro la garanzia dell'integrità psico-fisica del lavoratore ed il secondo in tema di causalità, dispone che "*non impedire un evento equivale a cagionarlo*". La posizione di garanzia del datore di lavoro e la sua consequenziale *culpa in vigilando* riguarda: la valutazione dei rischi connessi alle attività lavorative, la verifica dell'adozione delle misure di sicurezza prescritte dalla legge ma anche l'adoperarsi affinché i lavoratori stessi rispettino le direttive impartite da egli stesso e dai suoi preposti in materia di sicurezza. Ciò concede un'apertura verso un sistema di responsabilità omissiva *in vigilando* nei confronti dei lavoratori di cui all'art. 18 co. 3-bis del D.lgs. n. 106/2009, eccetto il caso in cui la mancata attuazione degli stessi sia unicamente addebitabile al lavoratore.

L'accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di comportamento colposo del lavoratore, si fonda sul principio dell'equivalenza delle cause di mutuaione penalistica ex art. 41, co. 1 e 2, c.p., il quale esclude l'interruzione del nesso di causalità in caso di condotta attiva od omissiva, qualora vi siano cause indipendenti che concorrano a cagionare l'evento, eccetto il caso in cui esse siano "*da sole sufficienti a determinare l'evento*". Siamo quindi nell'ambito della

difficile tematica del concorso di cause, che in materia di sicurezza sul lavoro assume un particolare rilievo se pensiamo ai comportamenti colposi dei lavoratori, che possano incidere sulla verifica dell'evento danno occorsogli.

La determinazione della loro "sufficienza" a produrre il danno autonomamente e dunque la loro validità ad escludere la responsabilità del datore di lavoro dovrà essere valutata, secondo giurisprudenza costante, in base ai parametri di **inevitabilità** ed **imprevedibilità**, tali per cui la condotta in esame sarà idonea a cagionare in via autonoma il danno, interrompendo il nesso eziologico tra l'omissione dell'obbligo di vigilanza del datore di lavoro e l'evento danno subito dal lavoratore (cfr. Cass. pen. Sez. IV 15 maggio 2008 n. 19523).

In presenza di una condotta del lavoratore che si manifesti come "abnorme" rispetto alla causazione del danno, essa dovrà connotarsi per la sua eccezionalità ed assoluta imprevedibilità ed avrà quale logica conseguenza l'interruzione della connessione tra la condotta omissiva colposa del datore di lavoro ed il danno.

Al di fuori di comportamenti dei lavoratori che assurgano al grado di abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, rispetto alla causazione dell'evento danno, non saranno sufficienti ad interrompere il nesso di causalità rispetto all'omissione colposa datoriale, i semplici comportamenti imprudenti o negligenti del dipendente. Tale asserzione conduce ad una circoscrizione ulteriore del profilo di responsabilità del lavoratore, riducendo la stessa ad una ipotesi residuale ed affermando che nella sola ipotesi di "rischio elettivo" essa sia configurabile e cioè qualora concorrano tre elementi nella sua condotta:

a) vi deve essere non solo un atto volontario (in contrapposizione agli atti automatici del lavoro, spesso fonte di infortuni), ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive;

b) diretto a soddisfare impulsi meramente personali, il che esclude le iniziative, pur incongrue, ed anche contrarie alle direttive datoriali, ma motivate da finalità produttive (cfr. Cass. 25 novembre 1975 n. 3950);

c) che affronti un rischio diverso da quello cui sarebbe assoggettato, sicché l'evento non abbia alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Questi elementi concorrono a distinguere il rischio elettivo dall'atto lavorativo compiuto con colpa, costituita da imprudenza, negligenza, imperizia (Cass. sez. lav. 04 luglio 2007 n. 15047).

La presente pronuncia *ex adverso*, ritiene che la responsabilità del datore di lavoro sia configurabile ogni qual volta non solo ometta di adottare le idonee misure protettive, ma anche quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun effetto esimente per l'imprenditore ad un eventuale concorso di colpa del lavoratore. La Corte quindi, individua quale fonte del regime di attribuzione di responsabilità l'intero alveo di norme poste a tutela del lavoratore non solo nei confronti di condotte attive/omissive altrui, ma persino delle proprie, qualora rientrino nell'ambito delle attività direttamente connesse alla sfera produttiva d'azienda e non presentino i profili di abnormità suddetti.

La Suprema Corte pone quale unico limite alla responsabilità datoriale l'ipotesi di rischio elettivo, che rappresenta una connotazione specifica ed aggravata del semplice concorso colposo del lavoratore, che non è idoneo a rescindere la connessione eziologica rispetto alla condotta attiva od omissiva del datore di lavoro.

PART-TIME VERTICALE E LAVORO STAGIONALE

La stagionalità pluriennale non implica pluralità di contratti di lavoro

di Clarenza Binetti

Corte di Cassazione - Sez. lavoro
Sentenza 28 ottobre 2009 n. 22823
 (Pres. Sciarelli; Cons. Rel. Monaci)

In tema di lavoro stagionale, è valida la pattuizione con la quale le parti dispongono che il rapporto di lavoro stagionale tra loro intercorrente prosegue per vari anni e non si estingue alla fine di ciascuna stagione, essendo qualificabile il relativo rapporto come lavoro subordinato part-time di tipo verticale.

(Omissis)

FATTO

Il signor F.G. ha convenuto in giudizio la società *alfa* sostenendo di aver lavorato per questa ultima presso il complesso di piscine e servizi di ristorazione denominato (...) negli anni (...), durante i periodi estivi di apertura degli impianti.

Il ricorrente deduceva la natura subordinata dei rapporti di lavoro, da ritenersi a tempo indeterminato fin dalla prima assunzione, oppure, gradatamente, da quelle successive, e chiedeva che venisse dichiarata appunto l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza dal giugno 1995, con condanna della società al pagamento di tutte le retribuzioni maturate e delle differenze retributive. Costitutosi il contraddittorio, il Tribunale di Roma dichiarava la nullità dei termini apposti ai successivi contratti annuali, e la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, condannava la società a riammettere in servizio il lavoratore a corrispondergli le retribuzioni dall'ottobre 2000, data di offerta delle prestazioni, e fino al ripristino del rapporto, oltre ad una somma a titolo di differenze retributive. Con sentenza n.

5274, in data 24 giugno/10 novembre 2005, la Corte d'Appello di Roma accoglieva in parte l'impugnazione della *alfa*, e dichiarava che tra le parti si era instaurato un rapporto di lavoro subordinato a partire dal primo giugno 1995 e tuttora in corso, con part-time verticale dal primo giugno a 15 settembre 1995 di ogni anno. Condannava perciò la società a riammettere in servizio l'appellato e a corrispondergli le retribuzioni spettanti, per i mesi sopra indicati, dall'anno 2001 al ripristino del rapporto, oltre interessi e rivalutazione; confermava, infine la somma già riconosciuta in primo grado a titolo di differenze retributive. Avverso la sentenza di appello, notificata il 14 febbraio 2006, la società *alfa* ha proposto ricorso per cassazione, con due motivi di impugnazione, notificato, in termine, il 14 aprile 2006. L'intimato signor F. ha resistito con controricorso notificato, in termine, il 24 maggio 2006. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

DIRITTO

1.1. Nel primo motivo di impugnazione la società ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 2094, 2222 e segg. c.c., art. 409 c.c., n. 3, art. 155 c.p.c., art. 2697 c.c., art. 1325 c.c., n. 4, artt. 1362 ss., e 1372 c.c., nonché la carenza di motivazione su di un punto essenziale della controversia. La ricorrente contesta la ricostruzione dei fatti sulla base della quale il giudice del merito ha ritenuto che tra le parti fosse intercorso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e non di semplici contratti di lavoro autonomo.

1.2. Il motivo è infondato, perché le censure proposte si risolvono nella mera riproposizione di questioni di fatto, relative alla ricostruzione dei fatti ed alla valutazione delle prove, che proprio perché tali non possono essere oggetto di un nuovo esame in questa sede di legittimità. In realtà, la ricorrente si limita a contrapporre inammissibilmente le proprie valutazioni a quelle del giudice del merito. Gli elementi

indicati non sono certo significativi: non rileva che sia il contratto di lavoro a tempo subordinato come quello di lavoro autonomo possano essere stipulati anche in forma orale, oltre che in forma scritta. Ugualmente non è rilevante il numero delle ricevute prodotte ed il fatto che si riferissero soltanto ad alcune mensilità. Invece, l'osservanza di un orario di lavoro imposto dalle parti può forse non essere un elemento decisivo, ma costituisce sicuramente un indice significativo nel senso del carattere subordinato del rapporto.

Né sussiste il lamentato difetto di motivazione. Al contrario, la motivazione della sentenza poggia su una precisa ricostruzione e rielaborazione critica degli elementi raccolti, ed in particolare delle risultanze delle prove testimoniali, e non è scalfita dalle generiche contestazioni della ricorrente.

2.1. Nel secondo motivo di impugnazione denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., art. 1325 c.c., n. 4, art. 1372 c.c., della L. n. 230 del 1962, art. 1 e art. 112 c.p.c., e nuovamente la carenza e contraddittorietà della motivazione su punti decisivi della controversia.

Critica la sentenza per avere ritenuto che tra le parti fosse proseguito un rapporto di lavoro nonostante che per ben cinque anni i successivi rapporti di lavoro si fossero estinti per concorde volontà delle parti alla fine di ogni stagione. Secondo la ricorrente non si poteva sostenere che un rapporto di lavoro possa proseguire a tempo indeterminato soltanto per un determinato periodo dell'anno, legato ad esigenze stagionali, dovendosi ritenere, invece, che un rapporto di lavoro stagionale sia destinato a chiudersi entro un periodo di tempo determinato dalla sua stessa causa.

2.2. Il motivo è infondato, e, in ogni caso, parzialmente inammissibile.

Nell'ordinamento italiano tutti i negozi giuridici, anche quelli non specificamente previsti dalla normativa (sia codicistica che speciale), sono ammessi se non specificamente vietati; l'art. 1322 c.c. dispone, infatti, che "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (...). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". La norma vale non

sono per i contratti in genere, ma anche per quelli di lavoro. Tanto premesso in linea di principio, va rilevato, con riferimento più specifico al caso di specie, che esistono attività economiche che si svolgono soltanto in determinati periodi dell'anno, e che richiedono perciò personale (o un supplemento di personale) solo in questi periodi. La limitazione della prestazione a questi periodi e l'attribuzione al rapporto di una forma di stabilità funzionale alla sua periodica ripetizione risponde così ad esigenze pratiche di entrambe le parti: è interesse dei lavoratori lo svolgimento di un'attività lavorativa in quel determinato periodo dell'anno (oppure almeno in esso), ma è interesse del datore di lavoro poter contare per quel periodo sull'apporto lavorativo di personale già conosciuto e già a conoscenza del lavoro da svolgere.

Queste opposte esigenze appaiono sicuramente meritevoli di tutela, come richiesto dall'art. 1322 c.c., e non vi è perciò ragione per non riconoscere validità ai contratti destinati a soddisfarle. La contrattazione collettiva ha elaborato a questo fine la figura appunto del cosiddetto part-time verticale.

La limitazione temporale in questo caso non fa riferimento, come nel più comune part-time orizzontale, al periodo giornaliero, o settimanale, di svolgimento della prestazione, ma alla sua ripetizione anno per anno in un periodo di tempo determinato (oppure in più periodi determinati).

In sostanza la prestazione part-time si svolge soltanto nel corso di un determinato periodo dell'anno, quello in cui esigenze di carattere economico la rendono necessaria - come appunto nel caso di specie che si riferiva ad attività svolte in un complesso di piscine all'aperto, operative soltanto nella stagione in cui la temperatura è più elevata - ed in questo periodo limitato si svolge a tempo pieno (o addirittura con un sovrappiù di ore straordinarie). Il part-time verticale è perfettamente lecito ed ammissibile non solo quando previsto dalla contrattazione collettiva, ma anche quando concordato dalle parti singole (anche soltanto nel senso di essere imposto dal datore ed accettato dal prestatore).

Una volta che si ammetta, come si deve ammettere, la piena legittimità di questa forma negoziale, la sua ammissibilità deve estendersi necessariamente anche ai rapporti orali, non

formalizzati.

Sul piano della violazione di legge il secondo motivo di impugnazione è dunque infondato.

2.3. In linea di fatto, il giudice del merito ha ritenuto, in base alla propria ricostruzione dei fatti, che nel caso di specie, in cui il signor F. svolgeva le proprie prestazioni periodicamente anno per anno nei periodi di apertura degli impianti, ci si trovasse appunto di fronte ad una ipotesi di part-time verticale. La società lo contesta anche in linea di fatto, ma questa censura è inammissibile per le stesse ragioni, già esposte, per cui sono inammissibili quelle contenute nel primo motivo di impugnazione; anche in questo caso la ricorrente ripropone inammissibilmente questioni di fatto non suscettibili di un nuovo esame in questa fase di legittimità. Anche su questo punto, peraltro, la decisione appare correttamente ed adeguatamente motivato. Né appare toccato dalle critiche generiche della *alfa*. Va escluso, in particolare, che il rapporto a tempo indeterminato sia stato interrotto a causa dello svolgimento di altre attività lavorative, perché queste ultime erano anche esse di carattere stagionale, e - come precisato dalla sentenza a pag. 5 della motivazione - concernevano lavori svolti in periodi ed orari diversi; è connaturato con la struttura del part-time verticale e con le esigenze a cui è destinato ad assolvere che il prestatore sia obbligato a porre a disposizione del datore le proprie energie lavorative nel corso dei periodi, già noti, in cui si svolgerà quella certa attività e sarà necessario il suo apporto. Ciò significa, però, che negli altri periodi dell'anno, in concreto quelli in cui il centro non sarà operativo, il prestatore è libero di disporre altrimenti delle proprie energie, e perciò anche di svolgere una diversa attività lavorativa, che sia a sua volta temporanea, o comunque tale da non interferire con l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti del datore di lavoro.

3. In conclusione dunque il ricorso deve essere rigettato perché infondato.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente alle spese che liquida in Euro 27,00 oltre ad Euro 3.000,00 (tremila/00) per onorari, oltre a spese generali, IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 29 settembre 2009.

Depositato in Cancelleria il 28 ottobre 2009

(Omissis)

* * * * *

NOTA

Con la decisione n. 22823 del 28 ottobre 2009 la Corte di Cassazione si pronuncia in materia di contratti di lavoro toccando, nel corso del ragionamento logico giuridico posto a base della decisione, taluni interessanti aspetti contrattualistici generali per poi soffermarsi in modo specifico sulla discutibile funzionalità del contratto di lavoro part-time di tipo verticale, applicato alla stagionalità del lavoro.

I nodi problematici affrontati dalla suddetta sentenza sono invero molteplici. La decisione in oggetto afferisce la richiesta di un lavoratore di vedersi riconoscere la sussistenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, relativa retribuzione e conseguente riammissione in servizio per avere espletato - per 5 anni (1995-1999) sempre nel corso del medesimo periodo (1 giugno - 15 settembre) e presso lo stesso datore di lavoro - un'attività prettamente stagionale quale addetto al complesso di piscine in un centro turistico durante l'apertura degli impianti.

La società convenuta *alfa*, costituitasi in giudizio, oltre a contestare la natura subordinata del rapporto deduceva l'inesistenza di un contratto scritto e rilevava la pluralità di contratti di lavoro (ben 5 uno per ogni anno) estintisi anno per anno per volontà delle parti nonché l'espletamento da parte del ricorrente di altra differente attività lavorativa nel corso dei residui mesi dell'anno.

La Suprema Corte adita con una motivazione che lascia per lo più perplessi - soprattutto se si pensa ai riverberi nei settori ove per la stagionalità della prestazione si è soliti avvalersi sempre degli stessi dipendenti nel corso degli anni e di semplici contratti a tempo determinato - confermando l'orientamento dei Giudici di primo e secondo grado, ha espresso il principio di diritto secondo cui "in tema di lavoro stagionale, è valida la

pattuizione con la quale le parti dispongono che il rapporto di lavoro stagionale tra loro intercorrente prosegue per vari anni e non si estingue alla fine di ciascuna stagione, essendo qualificabile il relativo rapporto come lavoro subordinato part-time di tipo verticale”.

La paradossalità della statuizione non deriva dalla spiegazione sulla esistenza di un lavoro di tipo subordinato, quanto dalla sussumibilità della prestazione lavorativa all'interno di un unico contratto part-time di tipo verticale.

Orbene sulla linearità della prima parte del percorso giuridico *nulla quaestio*.

La Corte infatti magistralmente rileva che - in via generale, i rapporti di lavoro esistono anche in mancanza di contratti scritti, potendo essere validi anche se stipulati oralmente - ai fini della prova della sussistenza della stagionalità non interessa, quale sintomo di un contratto stagionale, la produzione di ricevute relative solo a talune mensilità, mentre degno di rilevanza perché indice rivelatore significativo ai fini della riconoscibilità del carattere subordinato del rapporto, anche se non decisivo è l'aver, il ricorrente, osservato nel corso degli anni e mesi di lavoro sempre lo stesso orario di lavoro.

Condivisibile la parte nella quale i Giudici della Suprema Corte riconoscono che secondo la statuizione dell'art. 1322 cod. civ. nel nostro ordinamento giuridico, tutti i negozi, qualora non specificatamente vietati, sono ammessi.

Secondo il principio deducibile dalla sopra esposta norma applicabile anche in ambito lavoristico, risulterebbe essere consentita qualunque tipologia contrattuale purchè teleologicamente diretta al perseguimento degli interessi meritevoli di tutela.

Nel caso di specie la “meritevolezza della tutela” secondo la Consulta deve essere ravvisabile nell'interesse del datore di lavoro e lavoratore a limitare la prestazione ad un determinato periodo dell'anno, a conferire al rapporto una certa forma di stabilità funzionale alla ripetibilità annuale della prestazione.

Ragioni queste sufficienti per poter parlare di contratto part-time di tipo verticale; contratto elaborato dalla contrattazione collettiva e ritenuto dalla Corte, per l'appunto, idoneo, più di qualsiasi altra forma, a soddisfare le esigenze meritevoli di tutela richieste dall'art. 1322 c.c..

Secondo i Giudici di legittimità la esattezza della sua interpretazione dipenderebbe non solo dall'aver individuato nel part-time verticale una forma contrattuale che tenga in debito conto le esigenze di carattere economico che rendono necessaria una prestazione lavorativa limitata ad un dato periodo e che si ripete anno dopo anno, quanto dalla possibilità che il part-time verticale possa essere liberamente concordato dalle parti, nella convinzione che la “*piena legittimità di questa forma negoziale, la sua ammissibilità deve estendersi necessariamente anche ai rapporti orali, non formalizzati*”.

Risiederebbe proprio in quest'ultimo passaggio la paradossalità della decisione. La Cassazione infatti, almeno ad un primo sguardo, dimostra, con questa decisione, di contravvenire alla normativa in materia di contratto part-time attualmente vigente e a quella esistente al momento dei fatti, l'unica a cui il datore di lavoro avrebbe potuto attenersi negli anni 1995 - 1999.

Il comma 2 dell'art. 5 L. 863/1984 “*Misure urgenti a tutela e ad incremento dei livelli occupazionali*” così stabiliva: “*Il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto. In esso devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Copia del contratto deve essere inviata entro trenta giorni al competente ispettorato provinciale del lavoro*”.

La validità del contratto part-time sarebbe pertanto subordinata alla forma scritta contenente l'indicazione precisa e puntuale delle giornate lavorative, del periodo di lavoro interessato, delle mansioni da espletare.

La necessità della forma scritta sarebbe altresì confermata dalla richiesta di trasmissione del contratto al competente ispettorato provinciale del lavoro.

Si parlerebbe invero, di forma scritta anche nella normativa successiva ai fatti di causa e attualmente in vigore (D. Lgs. 61/2000 “Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES”), sebbene tale indicazione contenuta nell'art. 2 trova un essenziale limite nella statuizione contenuta nell'art. 8 della stessa normativa secondo cui tale forma sarebbe semplicemente richiesta a fini probatori¹.

¹ **Art. 8** D. Lgs. 61/2000: “Nel contratto di lavoro a tempo parziale la forma scritta e' richiesta a fini di prova. Qualora la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni nei limiti di cui all'articolo 2725 del codice civile. In difetto di prova in ordine alla stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro, su richiesta del lavoratore potrà essere dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata. Resta fermo il diritto alle retribuzioni dovute per le prestazioni effettivamente rese antecedentemente alla data suddetta.

2. L'eventuale mancanza o indeterminatezza nel contratto scritto delle indicazioni di cui all'articolo 2, comma 2, non comporta la nullità del contratto di lavoro a tempo parziale. Qualora l'omissione riguardi la durata della prestazione lavorativa, su richiesta del lavoratore può essere dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data del relativo accertamento giudiziale. Qualora invece l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice provvede a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 3, comma 7, o, in mancanza, con valutazione equitativa, tenendo conto in particolare delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro. Per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione

Nel caso *de quo* pare che nessuna delle parti invero abbia mai richiamato la normativa del part-time, ma al contrario sembra, dal riferimento alla legislazione contenuta nella sentenza, che parte resistente rivendicasse la pluralità di contratti a tempo determinato, forma contrattuale probabilmente più plausibile e maggiormente utilizzata in simili circostanze, proponendo peraltro, a sostegno della propria tesi difensiva, l'eccezione secondo cui il lavoratore aveva svolto nei residui periodi dell'anno, altra attività lavorativa.

Trattasi pur tuttavia di una deduzione che non incide sulla forma contrattuale in oggetto poiché per la Suprema Corte, anche le ulteriori attività avevano natura stagionale e concernevano prestazioni svolte in periodi e orari differenti pertanto compatibili con la prestazione di addetto alle piscine, in nulla interferenti ma perfettamente in linea con la *ratio* della previsione contrattuale propria del part-time verticale, concretizzantesi nel mettersi a disposizione solo in un dato arco di tempo prestabilito nel contratto.

Per i Giudici della Consulta “*negli altri periodi dell'anno, in concreto quelli in cui il centro non sarà operativo, il prestatore è libero di disporre altrimenti delle proprie energie, e perciò anche di svolgere una diversa attività lavorativa, che sia a sua volta temporanea, o comunque tale da non interferire con l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti del datore di lavoro*”.

dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa. Nel corso del successivo svolgimento del rapporto, è fatta salva la possibilità di concordare per iscritto una clausola elastica in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale, osservandosi le disposizioni di cui all'articolo 3. In luogo del ricorso all'autorità giudiziaria, le controversie di cui al presente comma ed al comma 1 possono essere risolte mediante le procedure di conciliazione ed eventualmente di arbitrato previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro di cui all'articolo 1, comma 3 (...).”.

Ecco che il prestatore con il contratto part-time di tipo verticale assolta la sua prestazione, anche se superiore nel numero di ore giornaliere o settimanali a quella prevista *ex lege*, potrà scegliere di svolgere negli altri mesi dell'anno altra attività purchè non interferente nelle giornate e nell'orario di lavoro con quella di adetto alle piscine.

La su esposta deduzione e quella secondo cui sarebbe possibile un contratto part-time in forma orale, potrebbe per certi versi ricollegarsi al principio esplicitato recentemente nella risposta all'interpellanza parlamentare n. 11 promossa il 20 febbraio 2009 dalla Confcommercio, che spiega come non sia necessaria la indicazione della fascia oraria e dei giorni di lavoro previsti.

Premesso che trattasi comunque di un problema affrontato solo nel 2009 mentre i fatti di causa attengono un rapporto di lavoro risalente al lontano 1995, occorre comunque precisare che dall'analisi della risposta è possibile dedurre un indirizzo *in toto* ripreso e posto a fondamento della sentenza in oggetto.

Stante quanto illustrato dalla Direzione Generale per l'attività ispettiva del Ministero del Lavoro cui veniva richiesto di esprimersi sulla necessarietà dell'indicazione nei contratti part-time di tipo verticale dei giorni e ore nei quali svolgere la prestazione (in merito a rapporti che si svolgono non tutti i giorni della settimana per otto o più ore di lavoro), può essere interessante il riferimento ad una duplice interpretazione di quanto espressamente previsto dalla normativa, alla *ratio* dell'istituto nonché al richiamo alla famosa sentenza n. 210 della Corte Costituzionale dell'11 maggio 1992, oggi forse in parte disattesa, che precisava che: *"a) se le parti si accordano per un orario giornaliero di lavoro inferiore a quello ordinario, di tale orario giornaliero deve essere determinata la distribuzione e cioè la collocazione nell'arco della giornata; b) se le parti hanno invece convenuto che il lavoro abbia a svolgersi in un numero di giorni alla settimana inferiore a quello normale, la*

*distribuzione di tali giorni nell'arco della settimana deve essere preventivamente determinata; c) se le parti hanno infine pattuito che la prestazione lavorativa debba occupare solo alcune settimane o alcuni mesi, deve essere preventivamente determinato dal contratto quali (e non solo quante) sono le settimane e i mesi in cui l'impegno lavorativo dovrà essere adempiuto"*².

All'interpretazione **formalistica** del part-time verticale cui si è sempre fatto riferimento, secondo cui il contratto deve contenere indicazione precisa delle fasce orarie entro cui la prestazione deve essere eseguita, si oppone quella **sistematica** che si basa sulle finalità del contratto individuata e specificata finalmente in maniera chiara e puntuale nella risposta alla stessa interpellanza.

La funzione del contratto part-time verticale dovrà ricondursi all'incontro della volontà di due soggetti: il datore che ha interesse ad avvalersi di una prestazione temporalmente limitata solo ad un dato periodo e il lavoratore che si mette a disposizione offrendo la sua prestazione con possibilità di impegnare in altro rapporto il tempo libero.

Il sinallagma contrattuale presuppone una precisa predeterminazione del tempo di lavoro non dovendo il lavoratore offrire la sua disponibilità per un tempo indeterminato tanto da consentirgli di poter preventivare anche lo svolgimento di ulteriori attività nel tempo "libero".

Logico corollario di quanto appena esposto è il principio secondo cui per l'appunto, nel periodo in cui il prestatore è tenuto a lavorare secondo contratto part-time verticale a tempo pieno non vi sarebbe alcun obbligo di individuare la collocazione temporale delle giornate e orario da osservare.

La Corte nel caso di specie va oltre stabilendo che ci possa addirittura essere un contratto a tempo indeterminato part-time di tipo verticale stipulato oralmente.

Nell'interpellanza si fa altresì riferimento alla adattabilità del su esposto

² Dal testo dell'interpellanza parlamentare in oggetto.

principio alla normativa precedente e a quella tuttora vigente, autorizzando così in maniera tacita i Giudici della Consulta a decidere in modo *sui generis*.

Ci si chiede a questo punto quali possano essere nella pratica, le conseguenze legate all'applicabilità di una simile decisione soprattutto in quei rapporti per natura stagionali non disciplinati da contratti scritti, si pensi ad esempio alle prestazioni agricole che in talune zone soprattutto del sud Italia vengono svolte sempre dagli stessi soggetti, negli stessi periodi dell'anno, presso lo stesso datore di lavoro.

Se siffatto indirizzo dovesse essere in futuro confermato si ha ragione di ritenere che i ricorsi di lavoro potrebbero aumentare in maniera esponenziale soprattutto laddove esiste ancora il caporalato e si è soliti fare ricorso a contratti stipulati in forma orale che cessano *ad nutum* con il solo consenso delle parti tutte le volte in cui la raccolta del prodotto è terminata. Le ripercussioni che l'orientamento potrebbe poi avere nei casi di richiesta, come nel caso di specie, di riammissione in servizio, sarebbero particolarmente pesanti.

Ad avviso dello scrivente almeno per il momento la forma contrattuale più adatta per le esigenze stagionali rimane il contratto di lavoro a tempo determinato seppure con i limiti prescritti dalla L. 368/2001.

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.

BALDUCCI Aldo - Titolare di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Lecce.

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.

BONANNI Ezio – Avvocato penalista.

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.

CASTELLANO Umberto Antonio – Praticante avvocato.

CERVELLERA Daniela - Avvocato penalista, responsabile di redazione delle rivista scientifica www.dirittodeilavori.it e delle riviste *la bilancia e il lavorista*.

CORTESE Marilena - Avvocato penalista.

D'ALESSIO 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.

DE LILLO Pierluigi - Praticante avvocato.

DE VIRGILIO Tiziana Valeriana - Praticante avvocato.

DI BIASE Incoronata Marika - Avvocato.

DI CORATO Mario – Già Funzionario Inps.

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.

LAURINO Luca – Cultore della materia di Previdenza Sociale, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari.

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.

SBORGIA Emanuela - Avvocato.

TIRABOSCHI Michele - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Economia - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Direttore del Centro Studi "Marco Biagi".

TUCCI Giuseppe – Professore ordinario di Diritto Privato, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

VENETO Gaetano – Professore ordinario, Titolare della prima Cattedra di Diritto del Lavoro e Direttore del Master sul Mobbing presso la Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari. Direttore del Centro Studi Diritto dei Lavori.

