

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
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 2011 by Cacucci Editore

info@csddl.it

www.csddl.it

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, Giuseppe Tucci, Tommaso Germano,
Aldo Balducci, Antonio Belsito.

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.

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:

WELFARE OR UNEASINESS?

- Benessere e assistenza sociale globale o disagio
o, ancor più malessere generalizzato? 9
(Gaetano Veneto)
-

DOSSIER:

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

- Spagna e Italia:
Constitución y la Ley del Trabajo 21
(Luis Enrique Nores Torres)

- Spagna e Italia:
Costituzione e diritto del lavoro 31
(traduzione a cura di Valerio A. Belsito)

- El descuelgue salarial: el papel de la negociación colectiva
en la determinación de las condiciones de trabajo 41
(di Fernando Fita Ortega)

- La *descuelgue salarial*: il ruolo della contrattazione collettiva
nella determinazione delle condizioni di lavoro 57
(traduzione a cura di Valerio A. Belsito)

RISARCIMENTO E DANNO

- Risarcimento danni non patrimoniali
e liquidazione equitativa per demansionamento illegittimo 75
(Antonio Belsito)

- Natura giuridica dell'indennità delle ferie non godute:
retributiva o risarcitoria? 81
(Antonio de Simone)

LICENZIAMENTI DISCIPLINARI

- Presunta natura discriminatoria del licenziamento disciplinare del dirigente 87
(Maria Mangiatordi)
-

SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO*Inserto speciale*

Il nesso di causalità in tema di patologie asbesto correlate
(*Ezio Bonanni*) 97

PENALE DEL LAVORO

La prevenzione del mobbing sul posto di lavoro
(*Sergio di Bitetto*) 145

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**GIURISPRUDENZA DI MERITO**

Stabilizzazione nel pubblico impiego
(*Daniela Cervellera*) 155

Illegittimità del licenziamento del lavoratore giornalista
(*Tiziana Valeriana De Virgilio*) xxx

Risarcimento danni per condotte di mobbing
(*Mariangela D'Abramo*) xxx

EDITORIALE

WELFARE OR UNEASINESS? BENESSERE E ASSISTENZA SOCIALE O DISAGIO O, ANCOR PIU', MALESSERE GENERALIZZATO?

Qualche settimana fa abbiamo potuto leggere, invero un po' stanchi e sfiduciati, una frase più volte ripetuta dai nostri governanti, primo tra tutti, il nostro Cavaliere Presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi. La frase ripresa da altri ministri, tra i quali Renato Brunetta e Maurizio Sacconi (torneremo su di lui a proposito di Welfare o UNEASINESS) è stata anche detta da un ministro che, in verità, in questi giorni non appare godere di buona salute Istituzionale.

Si tratta di Giulio Tremonti, affittuario "a nero", recente protagonista di una necessaria quanto infelice e parziale, e pertanto già barcollante, operazione di risanamento finanziario del Paese di cui già abbiamo scritto su queste colonne esprimendo le più ampie riserve per il suo futuro.

"Non abbiamo lasciato solo nessun italiano che ha perso il lavoro", questa la "storica" frase.

Se così fosse stato, se fossero state pertanto vere le dichiarazioni del Capo del Governo e dei suoi ministri (molto spesso più realisti del "Re"- "Presidente", Sacconi fra tutti), potrebbe davvero pensarsi che il Ministero del Lavoro è, ancora, nel nostro Paese, anche Ministero del Welfare.

E invece, come leggeremo subito, sarebbe necessario come prima vera riforma istituzionale, senza costi ma con grande effetto di trasparenza e lealtà per tutti i cittadini, chiamare il Ministero del

Lavoro anche Ministero dell'UNEASINESS, del disagio, dello sconforto, della mancanza di qualunque tutela e copertura sociale.

Solo qualche giorno fa lo Svimez, antico e quasi sempre estremamente serio Istituto di Ricerca e Studi per il Mezzogiorno, ha diffuso gli ultimi, insieme sconcertanti e sconfortanti dati sulla situazione del Paese con particolare riferimento agli squilibri, sempre costanti e anzi rafforzati, tra le varie aree dello stesso, specialmente nel campo del lavoro, dei giovani e delle donne in particolare.

Così il Sud con la sua intrinseca e storica debolezza, paga la crisi degli ultimi tre o quattro anni così come esplosa in tutti i Paesi Occidentali. Sono stati 680.000 i posti di lavoro persi nel Mezzogiorno che costituiscono il 60% dell'intera disoccupazione nazionale nel periodo in esame, con particolare riferimento ai giovani.

Questi giovani dai 15 ai 34 anni sono il 30% della potenziale forza lavoro giovanile, con un gap peggiorativo di oltre il 25% rispetto al centro nord. E qui è doveroso dissentire, con rispetto ma anche con severità dall'ottimismo del Ministro del ... Lavoro, quando, anche attraverso i suoi uffici, almeno fino a pochi mesi addietro, ha sostenuto che sostanzialmente l'occupazione ha conservato i suoi livelli addirittura portando alla diminuzione negli ultimi tre anni della percentuale globale della disoccupazione. Infatti, allargando il quadro con i dati dello Svimez si può vedere che il tasso di disoccupazione nel 2010 nel Mezzogiorno è stato del 13,4%, più del doppio di quello del centro-nord che viceversa si attesta a livelli concorrenziali con i Paesi più sviluppati della Unione risultando con il suo 6,4%.

Infine, per avere veramente un dato che smentisca quello solito riportato anche in questi giorni, intriso di ottimismo ma sostanzialmente

frutto di una bugia a gambe veramente corte, quello "ufficiale" di una disoccupazione ferma all'8%, va tenuto presente che sulla base dei dati facilmente riscontrabili dell'area della inattività e di quella del lavoro irregolare, nero, fasullo o marginale (co.co.co, contratti a progetto etc...) oltrech  dei lavoratori in CIGS senza futuro, (di cui vedremo tra poco), il "tasso di disoccupazione corretto"   effettivamente del 25,3 % per il Mezzogiorno e del 10,1 per il centro-nord, cos  da porre il nostro Paese tra i FANALINI di coda dell'Europa Unita allargata.

Sono dati ufficiali con buona pace degli ottimisti del welfare, senza bisogno di ritornare al tragico riferimento all'UNEASINESS.

Ma prima di concludere queste note, visto che siamo in pieno periodo estivo, con la preoccupazione di quello che pu  accaderci, dopo le ferie, per l'occupazione e in particolare per quella dei giovani del Mezzogiorno,   bene fare una breve riflessione di carattere generale.

Il 19 luglio scorso *Le Figaro* ha pubblicato uno studio dell'OCSE, l'Organizzazione di Cooperazione e Sviluppo Economico dei Paesi pi  industrializzati, di dati disaggregati della crescita del Pil in tutti i Paesi della zona Euro.

L'analisi   ampia e completa, a noi basta solo prendere alcuni riferimenti. Nell'area presa in esame, il Pil dal 2007 a tutto il 2010   diminuito mediamente del 3,1%, considerando Paesi che vanno dalla Grecia, area di grande crisi, o ancor pi  dall'Irlanda (meno 14%), analizzando anche Paesi dove la crisi si   fatta sentire anche se non se ne parla (la Finlandia ad esempio con un meno 5,8% e perfino l'Olanda con un meno 1,8%).

Per i Paesi a noi più vicini, interessa confrontare dati di Spagna, 5,6% e Francia, in perfetta media con il suo 3,1%; solo la Germania ha avuto una percentuale positiva, sia pur minima (0,3%).

L'Italia risulta tra i Paesi più colpiti dalla crisi pur essendo, come scrive l'Ocse, "la terza potenza della zona euro di cui rappresenta il 17,3% della ricchezza totale". L'Italia ha registrato dal 2007 al 2010, e quindi per un anno circa di governo della passata legislatura e per tutti i tre anni dell'attuale, una diminuzione del 7% del PIL pro capite realizzando, pertanto, più del doppio del dato percentuale europeo, in tema di impoverimento.

Letti i dati ufficiali davvero preoccupanti, è da tornare a sbalordirsi, e sgomentarsi insieme, se si pensa che fino a due mesi addietro, governo e ministri dello stesso, primo fra tutti il nostro Ministro del Lavoro e del ... Welfare, abbiano trasudato ottimismo imprecando ai "pessimisti", demonizzandoli.

Avviamoci alle conclusioni.

Forse è vero che il nostro Paese è stato in questi ultimi anni "il Welfare delle bugie", come è stato scritto in un recente saggio (Mania in Affari e Finanza de la Repubblica del 24 luglio scorso), se si deve credere a un dato spaventoso riportato nell'ultima relazione della Banca d'Italia, le cui considerazioni conclusive sono state realisticamente pessimistiche ed insieme altamente propositive attraverso le parole dell'ex governatore Draghi. Ben 1.600.000 lavoratori non hanno visto un centesimo di euro in termini di ombrelli protettivi, smentendo clamorosamente la famosa frase che abbiamo riportato all'inizio dell'articolo. A parere della CGIL e della Camera di Commercio, Industria e Agricoltura di Mestre, da anni affidabile fonte di

riferimento per indagini statistiche totalmente indipendenti, più del doppio dei lavoratori indicati da Banca d'Italia sono senza nessuna protezione, quando sono inattivi, disoccupati, sospesi dal lavoro, soprattutto aggiungendo quelli al "buio" perché fuori dal mercato del lavoro.

Con questo quadro davvero fosco, la previsione è che dopo le ferie, tra poche settimane, 76.000 lavoratori rischiano di perdere il posto, mentre, a detta della Confindustria, gli occupati delle imprese associate della stessa sono diminuiti nel 2010 dell'1,1% dopo il 2,2% dell'anno precedente. In totale quasi il 3,5% negli ultimi anni ha perso il proprio lavoro nelle aziende che sono associate alla Confederazione più importante dei datori di lavoro.

Che dire, anzi, ancora una volta, che fare?

Le parti sociali hanno recentemente sottoscritto un accordo che è stato valutato molto positivamente almeno sul piano della sensibilità e delle prese di coscienza della gravità del momento.

Il Governo, finalmente, nell'ultimo giorno di luglio, (una domenica dal clima incerto), prende atto della gravità della crisi e, attraverso ancora il Ministro Sacconi, dichiara la sua disponibilità all'apertura di un tavolo, per prendere le prime urgenti iniziative, in un incontro fissato per i primi giorni di agosto. Nello stesso giorno le parti sociali, cioè datori di lavoro e sindacati dei lavoratori, ABI e altre grandi organizzazioni rappresentative dei più rilevanti interessi sociali incontreranno, tutti i partiti di opposizione per, a detta di tutti, finalmente porre mano a grandi progetti riformatori o, come usa dirsi, per operare "una svolta".

Siamo all'inizio del mese tradizionale delle vacanze. E' mai possibile che un governo lacerato al suo interno, con forze politiche, soprattutto di maggioranza ma ormai anche e sempre più di opposizione, allo sbando e in debito di credibilità, possa nel periodo balneare effettuare la necessaria sterzata che riesca a modificare l'andamento del mercato produttivo e del lavoro? E questo, in un contesto globale che vede la crisi USA trascinare i mercati, finanziari soprattutto ma non solo, del mondo capitalistico occidentale verso un tunnel di cui non si intravede ancora lunghezza e fine?

Se è vero, come tutti gli economisti più stimati e gli studiosi del mercato del lavoro insieme a loro ritengono, che una crescita di consumi porta a un incremento di produzione e di produttività e quindi anche ad uno sviluppo dell'occupazione, è altrettanto vero che quando non c'è liquidità non possono crescere i consumi, la produzione non registra incrementi ma flessioni e la crisi non si supera.

In questo drammatico quadro, intrecciato con iniziative, incerte e tardive quanto urgenti, di Governo, forze politiche, sociali e sindacali, si colloca la tragedia che il Mezzogiorno, in particolare la nostra Regione, sta attraversando in questi giorni. Centinaia di lavoratori extra-comunitari hanno dato per la prima volta luogo, nel Salento, ad uno sciopero che sembra riprodurre i primi moti sociali dell'Ottocento e del primo Novecento. Sembra uno sciopero che affonda le sue radici nel messaggio di Marx volto a spezzare le catene del secolare servaggio proletario. E' una lotta per diritti elementari di forza lavoro sfruttata come ai tempi della schiavitù: non a caso in dottrina e giurisprudenza, nel nostro Paese, si riapre un tremendo quanto appassionante dibattito su norme del codice penale che sembravano sepolte dalla storia. Si

tratta proprio di sempre meno marginali casi di riduzione in schiavitù di nuovi lavoratori in una Società, a suo dire, post-capitalistica. Con buona pace delle nuove forme di lavoro tanto care agli epigoni del compianto Marco Biagi, certamente ispirato da grandi ideali nel suo sforzo di innovazione legislativa. Nello stesso tempo, alla periferia del capoluogo pugliese, altri lavoratori o aspiranti tali, per lo più immigrati clandestini extra-comunitari, esplodono in atti di violenza esecrabile ma comunque indotta dall'incapacità dei nostri governanti di rispondere adeguatamente all'inarrestabile fenomeno dell'emigrazione da Paesi poveri a ... Terre promesse, se tale può essere anche la nostra, in questi tempi di vacche magre.

E, allora, anche alla luce della "farsa opportunistica", così come valutata giustamente quanto forse per interessi di parte dalla Cina, del riequilibrio del debito pubblico americano che può incidere sulle banche e sulla borsa di tutto il mondo e di riflesso sulle incerte economie occidentali ed in particolare sulle più deboli come la nostra, c'è solo da sperare che si torni al discorso del rilancio del dialogo costruttivo tra le parti sociali ed un governo credibile quanto può essere il nostro attuale o forse qualche altro per una "grande svolta" attraverso virtuosi investimenti, utilizzando finalmente anche le (finora) ignorate risorse derivanti dai fondi europei.

Certo che con una finanziaria pluriennale che tra i suoi interventi prevede l'onerosità delle controversie di lavoro o ancora interventi-tampone per la Cassa Integrazione, senza una riforma generale e profonda che, già dagli ultimi anni '90, anche attraverso i lavori e le ricerche di Marco Biagi, era stata proposta, non c'è molto da rallegrarsi e tanto meno da sperare.

Riusciranno "i nostri eroi" (?) a lavorare, in questo caldo - un po' incerto- estivo, per por mano alle prime riforme istituzionali e a concrete inversioni di tendenza con prime, vere riforme strutturali? Il Sud aspetta, i giovani, i nostri diplomati e laureati, le donne in particolare, i lavoratori provati dalla crisi, tutti attendiamo, auspicando che possa parlarsi di nuove relazioni industriali in un Paese politicamente rinnovato, partecipe della ricostruzione economica, sociale e morale.

Forse una mano, grande, determinante potrà venire dalla ritrovata, e quasi totale, unità d'azione dei sindacati e dalla auspicabile loro tenuta, nel momento delicato di sfiducia verso ogni sistema sociale (ed istituzionale) che sembra attanagliare le coscienze e le volontà di tutti, i giovani in particolare.

Allora: resistere ... resistere, anzi ... reagire positivamente contro crisi e sfiducia, per riprendere, o intraprendere per i più giovani, il virtuoso cammino del lavoro e dell'affrancamento.

Gaetano Veneto

DOSSIER

Contattazione collettiva

SPAGNA E ITALIA

Constitución y la Ley del Trabajo

di Luis Enrique Nores Torres*

SOMMARIO: 1. Introducción. 2. Primera perspectiva: el ingreso en la empresa y la contratación temporal. 3. Los contratos temporales “estructurales”. 3.1. El contrato de obra o servicio. 3.2. El contrato eventual por circunstancias de la producción. 3.3. El contrato de interinidad. 4. La contratación temporal como política de empleo. 5. Los contratos formativos. 5.1. El contrato para la formación. 5.2. El contrato en prácticas. 6. Segunda perspectiva: la extinción del contrato.

1. Introducción

La Constitución española (CE) clasifica los derechos fundamentales en tres grandes grupos diversos: derechos fundamentales y libertades públicas; derechos y deberes de los ciudadanos; principios rectores de la política socio-económica. La pertenencia de un determinado derecho a un grupo u otro tiene importante consecuencias ulteriores en relación no sólo con su eficacia sino también en cuanto a su protección. Así se puede deducir de lo establecido en el art. 53 CE.

En este sentido, los derechos fundamentales y libertades públicas - es decir, aquellos comprendidos entre los arts. 14 y 29 CE - se caracterizan por tener una eficacia directa, es decir, no requieren de un desarrollo normativo para resultar aplicables; ahora bien, si se efectúa tal desarrollo, deberá efectuarse mediante una Ley Orgánica; por otra parte, gozan de una

tutela constitucional máxima (recurso de inconstitucionalidad; cuestión de inconstitucionalidad; recurso de amparo); por lo demás, su tutela ante la jurisdicción ordinaria debe efectuarse mediante un procedimiento que garantice los principios de preferencia y sumariedad.

Por lo que respecta los derechos y deberes de los ciudadanos, estos aparecen en los artículos 30 al 38 CE. También, en este caso, estamos ante derechos que cuentan con una eficacia directa -es decir, al igual que los derechos fundamentales, no necesitan de un desarrollo normativo para poder ser invocados, ahora bien, si se efectúa, en este caso no resulta precisa una ley orgánica, basta una ley ordinaria. La protección constitucional de estos derechos resulta un tanto inferior, pues su violación no legitima la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ni la tutela ordinaria se funda en los principios de preferencia y sumariedad.

En tercer lugar, los principios rectores de la política socio-económica se encuentran recogidos en los arts. 39 a 52. Estos principios se caracterizan por carecer de una eficacia directa: es decir, para que resulten aplicables necesitan de una intervención normativa; mientras tanto, como señala el art. 53 CE, informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

Las tres categorías de derechos mencionadas incluyen referencias al derecho del trabajo o, en otras palabras, tienen un contenido relacionado con el derecho del trabajo bastante amplio.

* Relación de la Conferencia Intenacional sobre: “Spagna e Italia: Constitución y la Ley del Trabajo” celebrado 19 de mayo 2011 en el Aula de la Universidad de Bari Aldo Moro.

Así, en el caso de los derechos fundamentales, deben mencionarse los arts. 28 (libertad sindical y derecho de huelga) y 25 (trabajo de los penados). Por otra parte, sin ser específicamente laborales, pero con una repercusión o incidencia notable en el mundo laboral cabe destacar los arts. 14 (principio de igualdad y no discriminación), 15 (derecho a la vida y a la integridad física o psíquica), 16 (libertad ideológica y religiosa), 18 (honor, intimidad...), 19 (libertad de movimiento y circulación), 20 (información, opiniones, etc.), 22 (asociación), 24 (tutela judicial efectiva) ...

Entre los derechos y los deberes de los ciudadanos con contenido laboral deben mencionarse los arts. 35 (deber de trabajar y derecho al trabajo; libre elección de profesión u oficio; retribución justa; igualdad en el trabajo; mandato al legislador para que regule un Estatuto de los Trabajadores), 37.1 (negociación colectiva) o el 38 (libertad de empresa).

Por último, en el terreno de los principios, debe subrayarse el art. 40 (formación profesional; seguridad en el puesto de trabajo; vacaciones retribuidas, límites al tiempo de trabajo; descanso semanal; etc.), el art. 41 (seguridad social) y los arts. 43, 49 e 50 (tutela de la salud, de los salude, de las personas con discapacidad y de los ancianos).

Entre todos estos derechos, por lo que ahora interesa, debemos detenernos en el art. 35 CE (deber de trabajar y derecho a la ocupación). El reconocimiento de este derecho, claramente inspirado en el art. 35 Constitución Italiana (1948), en el art. 12 de la Constitución alemana (1949), en el art. 22 de la griega (1975), o en el art. 51 de la portuguesa (1976), es más importante de lo que parece.

En este sentido, el derecho a la ocupación implica el deber de los poderes públicos de promover su realización efectiva. Así lo ha indicado nuestro Tribunal Constitucional: *“el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra*

Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa” (STC 22/1981, 2 junio; también, STC 109/2003).

En este contenido plural, se encuentra el principio a la estabilidad en el puesto de trabajo, algo que tienen consecuencias de gran relevancia en distintos planos o perspectivas de la ulterior regulación de la relación laboral: por un lado, en el relacionado con el ingreso en la empresa, con la contratación; por otro, con el relativo a la extinción.

2. Primera perspectiva: el ingreso en la empresa y la contratación temporal

Desde la primera perspectiva, el principio de estabilidad en el empleo, forjado durante la evolución del Derecho del Trabajo y reconocido implícitamente en la CE, tuvo como traducción una clara preferencia del ordenamiento jurídico hacia la contratación por tiempo indefinido, así como una manifestación de disfavor hacia los contratos temporales¹. Este era el punto de partida tomado por el art. 15 ET en el texto de 1980 cuando señalaba que el contrato se presumía por tiempo indefinido y establecía límites para la fijación de un término final.

El señalado principio ha sufrido una erosión continua disfrazada bajo el pretexto de la búsqueda de flexibilidad o del mantenimiento del empleo a lo largo de los últimos 30 años; primero, a la sombra del discurso del derecho de la emergencia; después, buscando la cobertura del relativo a la necesidad de mejorar la competitividad en un mercado globalizado; recientemente, aparece de nuevo el discurso de la

¹ En este punto, CASA BAAMONDE, M^a. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España, *Relaciones Laborales-I*, p. 242.

flexibilidad pero ahora vinculado a la crisis económica de los mercados. El resultado final en esta evolución es la existencia en España de una tasa de temporalidad muy alta (superior al 30% durante muchos años, en el 2009 se situaba en el 25.4%), un resultado que hace dudar sobre la vigencia de la estabilidad propugnada por el texto constitucional.

Esta tendencia hacia la temporalidad ha tratado de pararse en épocas más recientes, si bien todavía es posible detectar algunos indicios de la misma en determinadas reformas legislativas acaecidas en los últimos tiempos. Todo ello permite constatar la existencia de una tensión permanente entre la temporalidad-precariedad y la estabilidad. En efecto, desde la aprobación del texto estatutario en 1980, la contratación temporal ha sido reformada en múltiples ocasiones: 1984, 1992, 1993-1994, 1997, 2001, 2006 y 2010².

En todo caso, las líneas básicas de la disciplina del contrato de trabajo temporal en España, a pesar de todo este conjunto de reformas, han permanecido bastante estables a lo largo de los últimos 30 años. En efecto, las reformas han determinado tanto una ampliación como una reducción de los supuestos en que se permite el recurso a la contratación temporal; ahora bien, en todo caso, las líneas fundamentales son siempre las mismas: entre nosotros, tanto en el 80 como hoy en día, existen tres grandes familias de contratos temporales³:

En primer lugar, se encuentran los contratos temporales vinculados a la existencia de ciertas causas o razones de

tipo temporal, que determinan una necesidad igualmente temporal de mano de obra igualmente y, en consecuencia, justifican el recurso a la contratación de este tipo -son los llamados contratos temporales causales o estructurales.

En segundo lugar, existen unos contratos temporales vinculados a la política de empleo: el gobierno permite la realización de un contrato temporal a determinados sujetos con el objetivo de favorecer su inserción en el mercado de trabajo; en la actualidad, la relevancia práctica de esta modalidad resulta casi marginal, en contraste con la importancia que tuvo en el pasado.

En tercer lugar, debe aludirse a los contratos formativos, pues también estos vienen caracterizados por la imposición de un término en su duración.

3. Los contratos temporales “estructurales”

En efecto, en primer lugar, se encuentran los contratos temporales admitidos por la ley debido a la existencia de una necesidad temporal de mano de obra, motivo que justifica la fijación de un término final al contrato de trabajo. Los supuestos reconocidos por la normativa vigente - art. 15 ET y RD 2720/1998, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de dicho precepto- son actualmente tres: de entrada, la ejecución de una obra o servicio determinado - es el denominado contrato de obra o servicio; por otra parte, la necesidad de hacer frente a las exigencias derivadas de las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos - el denominado contrato eventual-; finalmente, la sustitución de trabajadores ausentes con derecho a reserva del puesto de trabajo - el llamado contrato de interinidad.

3.1. El contrato de obra o servicio

a) El objeto de este contrato es la realización de una obra o servicio que tenga

² Sobre este proceso, vid. NORES TORRES, L.E. (2007), *I contratti di lavoro a tempo determinato in Spagna, Italian Labour law e-journal*, vol. IX, n. 1 (<http://www.labourlawjournal.it>).

³ En general, para el análisis de las diferentes fórmulas de contratación existentes en el ordenamiento jurídico español pueden consultarse SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *Las modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia; GOERLICH PESET, J. M^a - Coord. - (2010), *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid.

autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya duración, aunque limitada en el tiempo, sea de carácter indeterminado. Así pues, los elementos que permiten caracterizar el supuesto de hecho son dos:

Por un lado, la obra o servicio que debe tener autonomía y sustantividad en la actividad desarrollada por la empresa. Al respecto, los convenios colectivos podrían identificar las actividades y labores que, teniendo sustantividad, puedan ser cubiertos con contratos de este tipo.

Por otro lado, la duración de la obra -y, en consecuencia, del contrato- es indeterminada: se sabe que la duración es limitada, pero se desconoce la fecha exacta de finalización.

Este contrato se ha empleado mucho en el sector de la construcción, si bien podría tener otros objetos diversos; la jurisprudencia admite, incluso, el recurso a lo mismo para hacer frente a las necesidades derivadas de la suscripción de una contrata, lo que constituye la perversión máxima de la figura.

b) La **duración** del contrato será la necesaria para la realización de la obra o del servicio; incluso se puede pactar para elaboraciones en fases sucesivas de cada unidad de obra, donde el cumplimiento de cada unidad de obra permite extinguir los contratos vinculados a dicha unidad. La reforma operada en el año 2010 ha limitado la duración máxima del contrato a tres años (ampliables a cuatro por convenio colectivo); superada esa duración máxima el contrato se convierte en indefinido.

c) La **forma** escrita del contrato es obligatoria; resulta necesario identificar de forma clara el carácter a tiempo indeterminado de la contratación, así como la obra o servicio que justifican la misma.

d) La **extinción** del contrato de trabajo se produce con el cumplimiento de la obra o del servicio, previa denuncia de una de las partes.

La denuncia debe efectuarse con una antelación mínima de quince días si el contrato ha tenido una duración superior al año; el incumplimiento empresarial del preaviso produce como consecuencia la

obligación de compensar los días de preaviso incumplidos.

La extinción de la relación laboral por llegada del término final determinaba el derecho del trabajador a percibir una indemnización de ocho días de salario; esta indemnización se ha elevado hasta doce días con la reforma del año 2010, si bien se trata de una medida que irá entrando en vigor de manera progresiva (elevándose un día de indemnización cada año para los contratos que se suscriban a partir del mismo).

e) El contrato de obra o servicio puede **convertirse en contrato indefinido** por varias razones.

En primer lugar, por incumplimiento de la forma escrita, falta de identificación precisa de la obra o del servicio en el contrato, incumplimiento del alta en la Seguridad Social o, finalmente, por llegada del término final sin denuncia unida a la continuidad en los servicios. En cualquiera de estos casos, el contrato se considera a tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal de los servicios (es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*).

En segundo lugar, el contrato se considera también por tiempo indefinido cuando se haya incurrido en fraude de ley; en estos casos, la presunción es *iuris et de iure*, es decir, no cabe prueba en contrario.

En tercer lugar, tras la reforma introducida en el año 2006, los trabajadores que durante un período de 30 meses hayan tenido dos o más contratos temporales, con una duración superior a 24 meses, en el mismo puesto de trabajo y en la misma empresa o grupo de empresas, también se convierten en trabajadores por tiempo indefinido. El efecto se produce con independencia de que los contratos sean del mismo tipo o no - en realidad, quedan excluidos los contratos de relevo, los formativos, los de interinidad -, sean con o sin solución de continuidad y los trabajadores hayan estado vinculados con la empresa de forma directa o a través de una empresa de trabajo temporal.

Finalmente, tras la reforma de 2010, la superación de la duración máxima (tres o

cuatro años si así lo prevé el convenio colectivo) implica la consecución del carácter indefinido en la relación.

3.2. *El contrato eventual por circunstancias de la producción*

a) El **objeto** de este contrato se dirige a facilitar que las empresas puedan hacer frente a un eventual aumento en su carga de actividad derivado de circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, incluso, tratándose de su actividad normal.

La negociación colectiva puede identificar las actividades que justifican estas contrataciones, así como introducir límites en el número de contratos de este tipo que las empresa pueden concertar.

b) El contrato eventual tiene una duración máxima de seis meses en un período de doce meses.

Los convenios colectivos - inicialmente, los sectoriales de ámbito estatal, pero subsidiariamente, también los de ámbito inferior - pueden modificar tanto la duración máxima como el período de referencia, dentro de ciertos límites: el período de referencia no será superior a dieciocho meses y la duración máxima no podrá exceder de tres cuartas partes del período de referencia, sin que en ningún caso sobrepase los doce meses.

Si se pacta una duración inferior a la fijada por la ley o por el convenio colectivo, cabe concertar una prórroga - sólo una -, si bien en ningún caso será posible rebasar la duración máxima (es decir, la suma de la duración inicial y de la prorrogada no puede exceder del máximo).

c) La **forma** del contrato será necesariamente escrita, siempre que el contrato tenga una duración superior a cuatro semanas o sea a tiempo parcial; por otra parte, es necesario identificar de forma clara la causa o circunstancia que justifica la contratación, así como la duración y las tareas a desarrollar.

d) La **extinción** del contrato se produce con la llegada del término pactado, pero resulta necesaria la denuncia de una de las partes. Por otra parte, determinaba el

derecho del trabajador a percibir una indemnización de ocho días de salario; esta indemnización se ha elevado hasta doce días con la reforma del año 2010, si bien se trata de una medida que irá entrando en vigor de manera progresiva (elevándose un día de indemnización cada año para los contratos que se suscriban a partir del mismo).

e) El contrato eventual puede **convertirse en contrato indefinido** por varias razones.

En primer lugar, como sucede con el contrato de obra o servicio, el incumplimiento de la forma escrita, la falta de identificación precisa de la causa en el contrato o el incumplimiento del alta en la Seguridad Social determinan que el contrato se considere por tiempo indefinido, si bien se admite la prueba en contrario que justifique la naturaleza temporal del vínculo, es decir, se trata de un apresunción *iuris tantum*. Ahora bien, la llegada del término final sin denuncia unida a la continuidad en los servicios puede provocar dos efectos distintos: por un lado, la prórroga del contrato hasta su duración máxima; por otro, si ésta ya se hubiera alcanzado, el contrato se presumirá *iuris tantum* por tiempo indefinido - es decir, se admite prueba en contrario sobre la naturaleza temporal del vínculo.

En segundo lugar, como en el contrato de obra, el contrato se considera también por tiempo indefinido cuando se haya incurrido en fraude de ley; en estos casos, la presunción es *iuris et de iure*, es decir, no cabe prueba en contrario.

Finalmente, de nuevo como sucede con el contrato de obra, tras la reforma introducida en el año 2006, los trabajadores que durante un período de 30 meses hayan tenido dos o más contratos temporales, con una duración superior a 24 meses, en el mismo puesto de trabajo y en la misma empresa o grupo de empresas, también se convierten en trabajadores por tiempo indefinido.

El efecto se produce con independencia de que los contratos sean del mismo tipo o no -en realidad, quedan excluidos los contratos de relevo, los formativos, los de

interinidad-, sean con o sin solución de continuidad y los trabajadores hayan estado vinculados con la empresa de forma directa o a través de una empresa de trabajo temporal.

3.3. El contrato de interinidad

a) El **objeto** de este contrato no es único:

Por un lado, con carácter general, está previsto para la sustitución de trabajadores ausentes con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Por otro, también se puede emplear para la cobertura temporal de un puesto de trabajo en tanto dura el procedimiento de selección o promoción para su cobertura definitiva.

b) La **duración** del contrato en uno y otro supuesto:

En el primer caso, la duración del contrato coincide con la del tiempo durante el cual subsiste el derecho del trabajador ausente a la reserva del puesto de trabajo.

En el segundo, la duración del contrato coincide con la del tiempo durante el cual se desarrolla el procedimiento selectivo, sin que se pueda superar la barrera de tres meses, ni renovar el contrato por el mismo motivo en el caso de que se haya superado el plazo máximo.

c) La **forma** del contrato será siempre escrita con independencia de su duración, siendo necesario aludir de forma clara a su carácter temporal. Por otra parte, el contenido es diverso en función del tipo de causa determinante de la contratación:

En los supuestos de sustitución, resulta necesario identificar al trabajador sustituido, así como la causa de la sustitución.

En los supuestos de contratación vinculada a los procesos selectivos o de promoción, resulta preciso identificar el puesto de trabajo cuya ocupación definitiva tendrá lugar tras el proceso.

d) La **extinción** del contrato puede producirse, tras la denuncia de una de las partes, por diferentes motivos: el reingreso del trabajador sustituido o la contratación del trabajador cuya puesto se estaba

tratando de cubrir; la superación del período de reserva del puesto de trabajo; la extinción de la causa determinante del derecho de reserva; la superación del período máximo de selección o promoción.

La denuncia no se encuentra sujeta a un preaviso específico; por otra parte, la extinción del contrato no genera derecho a la percepción de indemnización alguna, a diferencia de lo que acontece con los contratos analizados anteriormente (obra o servicio y eventual).

e) El contrato de interinidad puede **convertirse en indefinido** por varias razones.

En primer lugar, el incumplimiento de la forma escrita, la falta de identificación precisa de la causa en el contrato o la falta de alta en la Seguridad Social, como sucede con el contrato de obra o con el eventual, determina que el contrato se considere por tiempo indefinido, si bien se admite la prueba en contrario que justifique la naturaleza temporal del vínculo, es decir, se trata de un apresuación *iuris tantum*.

Por otra parte, como en el caso de los contratos eventuales, la llegada del término final sin denuncia unida a la continuidad en los servicios puede provocar dos efectos distintos: por un lado, la prórroga del contrato hasta su duración máxima; por otro, si ésta ya se hubiera alcanzado, el contrato se presumirá *iuris tantum* por tiempo indefinido - es decir, se admite prueba en contrario sobre la naturaleza temporal del vínculo.

En segundo lugar, como sucede con el resto de contratos temporales, la contratación fraudulenta tiene como consecuencia que el contrato se presuma concertado por tiempo indefinido; nuevamente aquí nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure*, ya que no se admite la prueba en contrario.

Por último, debe destacarse que, en este caso, no resulta aplicable la medida introducida en el año 2006 relativa a la conversión del contrato temporal en indefinido para los supuestos de contrataciones sucesivas.

4. La contratación temporal como política de empleo

El Estatuto de los Trabajadores originario de 1980 reconocía la posibilidad de recurrir a la contratación temporal como medida de fomento del empleo, si bien de manera limitada; con ello se trataba de facilitar que ciertos colectivos (parados de larga duración; mujeres en actividades subrepresentadas; jóvenes; personas con discapacidad, etc.) pudiesen incorporarse al mercado de trabajo.

Así las cosas, en un contexto de crisis y alta desocupación, en el año 1984 se aprobó el RD 1989/1984 donde se regulaba el contrato de fomento de la contratación temporal; ello permitía contratar por tiempo determinado prácticamente a cualquier trabajador que se encontrase buscando empleo. El contrato en cuestión fue muy utilizado durante los años ochenta, cuando precisamente se alcanza una cota de temporalidad verdaderamente elevada e insostenible.

Ello determinó que en un momento determinado -en la década siguiente- el legislador introdujera un giro copernicano en su política posterior; de hecho, en la actualidad, el Estatuto de los Trabajadores señala que el Gobierno, en ejecución de su política de empleo debe favorecer la contratación de carácter estable... y realmente lo hace: las ayudas públicas, con carácter general, se destinan hoy en día a favorecer la contratación indefinida; por otra parte, en 1997 apareció el llamado contrato "estable" (un contrato por tiempo indefinido, acreedor de ayudas económicas por parte del Estado, pero con un sistema indemnizatorio en los casos de despido objetivo declarado improcedente reducido). En todo caso, bien que de manera marginal, todavía hoy en día siguen existiendo contratos temporales vinculados a la política de empleo.

a) En efecto, por un lado, como heredero del contrato regulado por el derogado RD 1989/1984, está el contrato temporal para fomentar la contratación de personas con discapacidad; su contratación se incentiva mediante el ahorro de los

costes sociales en seguridad social -en todo caso, también se tiene en cuenta que la contratación de este colectivo por tiempo indefinido también se incentiva, siendo en tal caso las ayudas de cuantía superior.

b) Por otra parte, relacionado también con la política de empleo, se encuentra el contrato temporal que se puede concertar con los trabajadores contratados para sustituir a trabajadores que se jubilan anticipadamente o de modo parcial. Estas modalidades se regulan, la primera, por el RD 1194/1985, de 17 de julio y la segunda por el artículo 12.6 ET y el RD 1131/2002.

5. Los contratos formativos

Para finalizar esta exposición resumida del sistema contractual español, queda por mencionar los contratos formativos, pues también estos llevan consigo la nota de temporalidad. Estas figuras se regulan en el artículo 11 ET y en el RD 488/1998, de 27 de marzo. La categoría incluye dos variedades: por un lado el contrato de formación dirigido para aquellos sujetos que carecen de un título; por otro lado, el contrato en prácticas, dirigido a aquellos sujetos que sí cuentan con el mismo y, precisamente, deben adquirir los conocimientos prácticos relacionados con el mismo.

5.1. El contrato para la formación

El objeto de este contrato consiste en el intercambio de trabajo por remuneración y formación, tanto teórica como práctica, para desarrollar un oficio o un puesto de trabajo.

a) Los destinatarios son los jóvenes entre 16 y 21 años que no tengan un título para suscribir un contrato en prácticas para el mismo puesto. Los límites relativos a la edad conocen de ciertas excepciones. Asimismo, debe destacarse que la negociación colectiva puede limitar el número de contratos de este tipo que puedan concertarse por una empresa; si el convenio colectivo no establece previsiones

al respecto, se aplican los límites fijados en el artículo 7 del RD 488/1998.

b) La **duración** del contrato no puede ser inferior a seis meses, ni exceder de dos años, salvo que por convenio colectivo sectorial se hubiese fijado una duración superior sin que, en ningún caso, se puedan superar los tres años.

El contrato puede ser objeto de prórroga hasta en dos ocasiones, sin superar en ningún caso la duración máxima; así pues, las prórrogas sólo resultan factibles en el caso en que el contrato inicial se concierte por tiempo inferior al máximo permitido.

Tras el cumplimiento de la duración máxima, el trabajador no puede ser contratado bajo esta modalidad de nuevo por la misma empresa o por otra.

c) La **forma** escrita del contrato resulta obligatoria, debiéndose identificar claramente el perfil profesional o el nivel formativo objeto del aprendizaje, el tiempo destinado a la formación, su distribución horaria, la duración del contrato y, en definitiva, el nombre y la clasificación profesional de la persona que ejerce de tutor.

d) Los aspectos más relevantes del **contenido** del contrato son los relacionados con la jornada y la retribución.

Por un lado, resulta necesario que un mínimo del 15 % de la jornada prevista en el convenio colectivo se destine a la formación teórica y el resto al trabajo efectivo.

Por otro lado, la retribución viene referida al tiempo de trabajo (no al tiempo de formación) y será la fijada en el convenio colectivo, sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo desarrollado.

e) La **extinción** tendrá lugar cuando se cumpla el término final, previa denuncia de una de las partes; si el contrato no se denuncia al alcanzar el término, se considerará concertado - es decir, presunción *iuris tantum*.

El trabajador, en estos casos, no tiene derecho a la prestación por desempleo; en consecuencia, la contribución a la

Seguridad Social es inferior a la de un contrato de trabajo ordinario.

5.2. El contrato en prácticas

Este contrato tiene por objeto el desarrollo de un trabajo retribuido que permita realizar las prácticas profesionales adecuadas al nivel de estudios de quien ha obtenido un determinado título académico o profesional. La negociación colectiva puede identificar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato. La contratación mediante esta fórmula para desarrollar servicios en un puesto de trabajo ya ocupado en el pasado se considera fraudolenta; la misma consideración merece los casos en que el título no guarda relación con la actividad desarrollada.

a) La posibilidad de suscribir un contrato de este tipo exige, en primer lugar, que el trabajador cuente con un título universitario, o de formación profesional de grado medio o superior, o títulos reconocidos por los poderes públicos para el ejercicio de una profesión; por otra parte, el contrato debe suscribirse antes de que transcurran cinco años desde la finalización de los estudios - siete años en el caso de personas con discapacidad. El incumplimiento de estos requisitos provoca que el contrato se reputa ordinario y concertado por tiempo indefinito.

b) La **duración** del contrato no puede ser inferior a seis meses ni superar los dos años; los convenios colectivos sectoriales, respetando estos márgenes, pueden modular la duración del contrato en respuesta a las características del sector o a las prácticas a desarrollar.

c) La **forma** escrita del contrato es obligatoria, debiéndose identificar el título, la duración y el puesto o puestos de trabajo que serán ocupados.

d) La **retribución** de estos trabajadores será la prevista en el convenio colectivo para los trabajadores en prácticas; si el convenio colectivo no previese nada al respecto, no podrá ser inferior al 60 o al 75 % durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del

salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

e) La extinción se somete a las mismas reglas que las previstas para el contrato para la formación.

6. Segunda perspectiva: la extinción del contrato

El principio de estabilidad en el empleo, consagrado implícitamente en el art. 35 CE, proyecta una clara influencia también en el régimen extintivo del contrato de trabajo; en este sentido, un despido libre, ad nutum, entre nosotros no resultaría posible, no sólo porque contravendría lo dispuesto en el texto constitucional, sino también porque vulneraría las previsiones del convenio n. 158 OIT que ha sido firmado por España. Pues bien, la segunda parte del debate sobre la crisis y la estabilidad es precisamente el relacionado con el coste del despido.

De entrada, resulta conveniente subrayar que en el ordenamiento español existe dos grandes familias de despidos:

Por un lado, está el despido disciplinario. Este despido se prevé para los casos en que el trabajador ha cometido un incumplimiento contractual, grave y culpable (las causas aparecen mencionadas a modo ejemplificativo en el art. 54 ET). El despido disciplinario debe efectuarse por escrito, explicitando las causas (los hechos) determinantes de la extinción, así como la fecha de efectos. Una vez producida la extinción, el trabajador cuenta con un plazo de caducidad de 20 días hábiles a contar a partir de la fecha de efectos para interponer demanda ante la jurisdicción social y el juez valorará si el despido es procedente, improcedente o nulo:

Si el despido se declara improcedente (sea porque hay un incumplimiento formal, sea porque no se demuestra la existencia de causa), como regla general, el empresario puede optar entre readmitir al trabajador o extinguir el contrato pagando una indemnización de 45 días de salario por año

de servicio con un máximo de 42 mensualidades; en cualquier caso, deberá abonar los salarios de tramitación (los que median entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia).

Si el despido se declarase nulo (normalmente, en aquellos casos en que concurre una causa discriminatoria o ha habido una violación de un derecho fundamental), la readmisión resulta obligada y, además, se abonan los salarios de tramitación.

Por otra parte, junto al despido disciplinario, existe el despido por causas objetivas, es decir, por razones ajenas al comportamiento o a la conducta del trabajador; es más, de hecho, estos despidos se relacionan normalmente con motivos empresariales (causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción); en este caso, las formalidades a seguir resultan un tanto más complejas si se trata de un despido individual o plural (así, por ejemplo, hay un preaviso de quince días, la obligación de poner a disposición del trabajador una indemnización de 20 días por año de servicio, etc.) y mucho más compleja si se trata de un despido colectivo (intervención administrativa y consultas con los representantes de los trabajadores); el control judicial es similar al del despido disciplinario.

Las últimas reformas en esta sede y, sobre todo, el debate al hilo de estas instituciones ha estado centrado en dos grandes cuestiones:

Ante todo, teniendo en cuenta que la falta de causa puede determinar el carácter injustificado del despido y, de manera derivada, el pago de una indemnización bastante elevada, se ha tratado de precisar el significado de las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción que pueden justificar el despido. En esta línea se mueve la reforma del año 2010, que asume una orientación flexible sobre el significado de estas causas, en línea con lo que venía interpretando el Tribunal Supremo, incluso, algo más.

Por otra parte, los requisitos formales en el despido objetivo han experimentado unas alteraciones de importancia: por un

lado, la reducción del período de preaviso (de treinta a quince días); por otro, las consecuencias derivadas del incumplimiento (hasta el año 2010, nulidad; actualmente, improcedencia).

SPAGNA E ITALIA

Costituzione e diritto del lavoro

Traduzione a cura di Valerio A. Belsito*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Prima prospettiva: l'ingresso in azienda e l'assunzione a termine. 3. I contratti a termine "estructurales". 3.1. Il contratto di opera o servizio. 3.2. Il contratto eventuale per esigenze di produzione. 3.3. Il contratto di interinidad. 4. I contratti a termine come misura politica di occupazione. 5. I contratti formativi. 5.1. Il contratto di formazione. 5.2. Il contratto di praticantato. 6. Seconda prospettiva: l'estinzione del rapporto.

1. Premessa

La Costituzione spagnola (CE) classifica i diritti fondamentali in tre diversi grandi gruppi: diritti fondamentali e libertà pubbliche; diritti e doveri dei cittadini; principi guida di politica socio-economica.

L'appartenenza di un particolare diritto ad un gruppo o ad un altro ha importanti conseguenze sul piano dell'efficacia e della protezione. Tanto si deduce dalle disposizioni di cui all'art. 53 CE.

In questo senso, i diritti fondamentali e le libertà civili - regolamentati dagli articoli da 14 a 29 CE - sono caratterizzati da una efficacia diretta, non hanno, cioè, bisogno di attuazione normativa per essere applicati e, se necessaria, occorre farla attraverso una legge organica; d'altronde, godono di massima tutela costituzionale (ricorso costituzionale, questione di costituzionalità e "recurso de amparo"), altrimenti la tutela davanti alla giurisdizione ordinaria dovrebbe essere effettuata con un processo

che garantisca i principi di preferenza e sommarietà.

Per quanto riguarda i diritti e i doveri dei cittadini, questi sono regolamentati dagli articoli da 30 a 38. Anche in questo caso si tratta di diritti che hanno una efficacia diretta, cioè, non hanno bisogno di un intervento normativo per essere applicabili e, comunque, non è necessaria una legge organica ma solo una legge ordinaria. In questi casi la tutela costituzionale non è così intensa, giacché la loro violazione non consente un ricorso alla Corte Costituzionale e la tutela ordinaria si basa sui principi di preferenza e sommarietà.

In terzo luogo, i principi rettori della politica socio-economica sono stabiliti dagli articoli da 39 a 52. Questi principi si caratterizzano perché non hanno una efficacia diretta: per essere applicati hanno bisogno di una attuazione normativa; intanto, come recita l'art. 53 CE, servono come strumento interpretativo, di guida al legislatore, nelle azioni della pubblica autorità la cui tutela può essere fatta valere dinanzi al giudice ordinario in conformità alla legge.

Le tre categorie dei diritti elencate includono riferimenti al diritto del lavoro ed hanno un contenuto riguardante il diritto del lavoro abbastanza ampio.

Così, per quanto riguarda i diritti fondamentali, bisogna fare riferimento innanzitutto agli articoli 28 (libertà sindacale e diritto di sciopero), 25 (lavoro dei detenuti) e 14 (principio di uguaglianza e non discriminazione), 15 (diritto alla vita e alla integrità fisica e psichica), 16 (libertà ideologica e religiosa), 18 (onore, privacy ...), 19 (libertà di movimento e di circolazione), 20 (informazioni, opinioni,

* Relazione al Convegno internazionale su: "Spagna e Italia: Costituzione e diritto del lavoro" tenutosi il 19 maggio 2011 presso l'Aula Aldo Moro dell'Università di Bari.

ecc.), 22 (associazione), 24 (tutela giudiziaria).

Tra i diritti e doveri dei cittadini con contenuto lavorativo, occorre menzionare gli articoli 35 (dovere di lavorare e diritto all'occupazione, libera scelta della professione o commercio, giusta retribuzione; eguaglianza nel lavoro; le autorità legislative per regolamentare lo Statuto), 37.1 (Contrattazione collettiva) o 38 (libertà di impresa).

Infine, nell'ambito dei principi, va sottolineato l'art. 40 (formazione professionale, sicurezza nel posto lavoro, ferie retribuite, limiti di orario di lavoro, riposo settimanale, ecc.), l'art. 41 (previdenza sociale) e gli articoli 43, 49 e 50 (tutela della salute, dei disabili e degli anziani).

Tra questi diritti importante è l'articolo 35 CE (diritto al lavoro, diritto all'occupazione). Il riconoscimento di questo diritto, chiaramente ispirato all'art. 35 della Costituzione italiana (1948), all'art. 12 della Costituzione tedesca (1949), all'art. 22 di quella Greca (1975), all'art. 51 di quella del Portogallo (1976), è più importante da quanto sembri.

In questo senso, il diritto all'occupazione implica il dovere dell'autorità pubblica di promuovere la sua realizzazione effettiva. In questo senso si è pronunciata la Corte Costituzionale spagnola: *“il diritto al lavoro non si esaurisce con la libertà di lavorare, ma presuppone il diritto ad un posto di lavoro e, pertanto, presuppone due aspetti: individuale e collettivo, entrambi riconosciuti rispettivamente dagli artt. 35, co. 1 e 40, co. 1 della nostra Costituzione. Sul lato individuale si traduce in un uguale diritto di tutti a un lavoro sicuro che soddisfi i requisiti della formazione ed il diritto alla continuità ed alla stabilità all'impiego, ovvero a non essere licenziati se non per giusta causa”* (STC 22/1981, 2 giugno; anche, STC 109/2003).

Da questo contesto rinvia il principio alla stabilità nel posto lavoro che ha importantissime conseguenze a diversi livelli nella ulteriore regolamentazione del rapporto di lavoro, in relazione al reddito

dell'azienda, al momento dell'assunzione e a quello dell'estinzione.

2. Prima prospettiva: l'ingresso in azienda e l'assunzione a termine

Dal primo punto di vista, il principio di stabilità dell'occupazione, forgiato durante l'evoluzione del Diritto del Lavoro e riconosciuto implicitamente nella CE, si tradusse in una netta preferenza verso l'assunzione a tempo indeterminato, con una manifestazione di disfavore nei confronti dei contratti a tempo determinato¹. Questo è stato il punto di partenza dell'articolo 15 che, nel testo del 1980, prevedeva che il contratto si presumesse a tempo indeterminato e metteva dei limiti alla fissazione del termine.

Il principio segnalato ha subito un'erosione continua mascherata sotto il pretesto della ricerca di flessibilità e/o il sostegno dell'impiego negli ultimi trent'anni, prima all'ombra del discorso del diritto dell'emergenza, quindi, cercando una copertura alla necessità di migliorare la competitività in un mercato globalizzato; di recente, appare di nuovo il discorso della flessibilità vincolata adesso alla crisi economica dei mercati. Il risultato finale di questa evoluzione è l'esistenza in Spagna di una percentuale di occupazione temporanea troppo elevata (più del 30% per molti anni, nel 2009 si attesta al 25,4%) un risultato che mette in dubbio il principio di stabilità sostenuto dalla Costituzione.

Si è cercato, in epoche più recenti, di fermare questa tendenza verso la temporaneità, malgrado sia ancora possibile trovarla in alcune riforme legislative degli ultimi anni. Tutto ciò permette di constatare l'esistenza la permanente tensione tra la temporaneità-precarità e la stabilità. Infatti dopo l'approvazione del testo di legge del 1980, la normativa sul

¹ In questo punto, CASA BAAMONDE, M^a. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (1989), *La diversità e la precarietà dei contratti di lavoro in Spagna, Relaciones Laborales -I*, p.242.

lavoro temporaneo è stata rivisitata più volte: nel 1984, 1992, 1993-1994, 1997, 2001, 2006, 2010².

In ogni caso le linee fondamentali della disciplina del contratto di lavoro a termine in Spagna, malgrado tutte queste riforme, sono rimasti abbastanza stabili negli ultimi 30 anni. Infatti le riforme hanno consentito sia un aumento che una riduzione dei casi in cui è ammessa l'apposizione del termine al rapporto di lavoro; in ogni caso, comunque, le linee fondamentali sono sempre le stesse: sia nell'80 che oggi esistono tre grandi gruppi di contratti a termine³.

In primo luogo i contratti a termine sono vincolati all'esistenza di certe cause o ragioni di tipo temporaneo, che giustificano la temporaneità della monod'opera e quindi l'assunzione dei lavoratori a termine - sono i c.d. contratti a termine causali o estructurales.

In secondo luogo ci sono i contratti a termine vincolati alla politica di impiego: il governo consente l'apposizione di un termine ai contratti per determinati soggetti allo scopo di promuovere la loro integrazione nel mercato del lavoro - oggi la rilevanza pratica di questo tipo di contratto è marginale al contrario che nel passato.

In terzo luogo, bisogna fare riferimento ai contratti di formazione, anch'essi connotati dall'apposizione di un termine alla loro durata.

3. I contratti a termine c.d. "estructurales"

² A tal proposito, vedi NORES TORRES, L.E. (2007), I contratti di lavoro a tempo determinato in Spagna, *Italian Labour law e-journal*, vol. IX, n 1 (<http://www.labourlawjournal.it>).

³ In generale, per l'analisi delle diverse formulazione dei contratti esistenti nel sistema giuridico spagnolo confronta FRANCO SALA T., INFANTE PEREZ J.I., LOPEZ TERRA E., (2009) *Le procedure per l'assunzione*, Titant lo Blanch, Valencia, PESETA Goerlich, J. Maria- Coord. (2010), *Assunzioni e contratti: criteri giurisprudenziali*, Lex Nova, Valladolid.

In primo luogo, i contratti a tempo determinato sono ammessi dalla legge in base all'esistenza di una necessità temporale di manodopera, che giustifica l'apposizione di un termine al contratto di lavoro. I casi individuati dalla legge - art. 15 ET, e il suo regolamento di attuazione, approvato dal RD 2720/1998, del 20 dicembre - sono attualmente tre: l'esecuzione di un'opera o di un servizio che si chiama "*contrato de obra o servicio*"; la necessità di far fronte alle esigenze derivanti dalle condizioni di mercato, l'accumulo di lavoro o l'eccesso di domande (c.d. "*contrato eventual*"); infine la sostituzione di lavoratori assenti che hanno diritto alla conservazione del posto di lavoro, c.d. "*contrato de interinidad*".

3.1. Il contratto di opera o servizio

a) La finalità di questo contratto è la realizzazione di un'opera o servizio, avente autonomia e consistenza specifiche nell'attività dell'impresa, la cui esecuzione, pur avendo una durata limitata nel tempo, è di entità incerta. In questo modo, gli elementi che permettono di individuare la fattispecie sono due:

Da un lato l'opera o il servizio devono avere autonomia e consistenza nell'attività svolta dall'impresa. A tal proposito i contratti collettivi possono individuare i lavori e i compiti con consistenza nell'attività delle imprese che consentano di essere coperti con contratti di questo tipo. In ogni caso, si tratta di lavori specifici e limitati rispetto al resto di attività dell'impresa.

D'altra parte la durata dell'opera - e, di conseguenza, quella del contratto - è incerta: si sa che ha una durata limitata nel tempo, ma non è nota la data esatta completamento.

Questo contratto è stato ampiamente utilizzato nel settore dell'edilizia, ma potrebbe essere utilizzato anche diversamente; addirittura si è ammesso dalla giurisprudenza quello per far fronte agli incarichi derivanti da un appalto, e questo costituisce la perversione massima della fattispecie

b) La **durata** del contratto sarà quella necessaria per la realizzazione dell'opera o del servizio; addirittura si può pattuire per lavorazioni a fasi successive di ogni unità dell'opera, dove l'esecuzione di ogni unità permette l'estinzione dei contratti collegati alla stessa.

La riforma del 2010 ha limitato la durata massima a tre anni (estendibile fino a quattro se previsto dal contratto collettivo), superata la quale il contratto diventa a tempo indeterminato.

c) La **forma scritta** del contratto è obbligatoria; è necessario individuare in maniera chiara il carattere a tempo determinato dell'assunzione, così come l'opera o il servizio la giustificano.

d) La **risoluzione** del rapporto di lavoro si verifica con la realizzazione dell'opera o del servizio, a fronte della disdetta di una delle due parti.

La disdetta deve avvenire entro 15 giorni se il contratto ha una durata superiore a un anno; l'inadempimento imprenditoriale del preavviso ha come conseguenza di dover pagare lo stipendio corrispondente a questi giorni.

L'estinzione del rapporto alla scadenza del termine determinava il diritto a una indennità equivalente a 8 giorni di stipendio per ogni anno di lavoro; questa indennità è stata elevata a 12 giorni con la riforma dell'anno 2010, ma si applica in maniera progressiva (aumento per ogni anno di un giorno di compensazione per i nuovi contratti da firmarsi).

Il contratto di opera o di servizio può diventare a tempo **indeterminato** per diverse ragioni: per la violazione della forma scritta; per la mancata individuazione precisa dell'opera o del servizio nel contratto; per l'omissione della denuncia alla Previdenza Sociale; per il decorso del termine senza disdetta e la continuazione dei servizi. In una qualsiasi di queste ipotesi, il contratto viene considerato a tempo indeterminato, ma viene ammessa la prova contraria della natura temporanea dei servizi (trattasi di una presunzione iuris tantum).

In secondo luogo si considerano a tempo indeterminato quei contratti nei casi

in cui l'apposizione del termine è stata fatta in frode alla legge; in questo caso, la presunzione è iuris et de iure, poiché non viene ammessa la prova contraria.

In terzo luogo, a seguito della riforma del 2006, i lavoratori che durante un periodo di 30 mesi abbiano avuto due o più contratti a termine, con una durata superiore ai 24 mesi, svolgendo le stesse mansioni nella medesima azienda o gruppo di aziende, diventano essi pure a tempo indeterminato. L'effetto si produce senza che sia rilevante che i contratti siano della stessa fattispecie o diversa - di fatto si escludono i contratti di staffetta, i formativi ed il contratto per la sostituzione dei lavoratori assenti con o senza soluzione di continuità ovvero se i lavoratori siano stati assunti in maniera diretta o attraverso un'agenzia di collocamento.

Infine, dopo la riforma del 2010, il superamento della durata massima (tre o quattro anni se previsti nel contratto collettivo) implica la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

3.2. Il contratto "eventual" per circostanze della produzione

a) L'**oggetto** di questo contratto è quello di permettere alle imprese di far fronte agli incrementi di attività dovute alle condizioni di mercato, all'accumulo di lavoro o all'eccesso di domande, addirittura, anche nel corso della loro normale attività.

La contrattazione collettiva può individuare le attività che giustificano tali contratti ed introdurre limiti al numero di assunzioni di questo tipo che le imprese possono fare.

b) Il contratto c.d. *eventual* ha una **durata** massima di sei mesi in un periodo di dodici mesi.

I contratti collettivi di settore - inizialmente, quelli nazionali, ma sussidiariamente anche quelli di livello inferiore - possono modificare la durata e/o il periodo di riferimento entro certi limiti: il periodo di riferimento non deve superare i 18 mesi e quella del contratto i 3/4 del

periodo e comunque non può essere superiore a 12 mesi.

Se si conviene una durata inferiore a quella fissata dalla legge o dal contratto collettivo, sarà possibile una sola proroga che non potrà superare, in ogni caso, la durata massima possibile (complessivamente la durata iniziale e quella prorogata non potrà superare il massimo).

c) La **forma** del contratto dovrà essere necessariamente scritta nel caso in cui il contratto abbia una durata superiore a quattro settimane o sia part time; inoltre, occorre individuare in maniera chiara la causa o la circostanza che giustifica l'assunzione, così come la durata ed i compiti eseguire.

d) La **risoluzione** del contratto si produce alla scadenza del termine convenuto, ma è necessaria la disdetta di una delle parti.

Il lavoratore avrà diritto, comunque, ad un'indennità equivalente ad 8 giorni, portata a 12 giorni con la riforma del 2010, entrata in vigore progressivamente (un giorno all'anno).

La disdetta bisogna farla in anticipo - almeno 15 giorni se il contratto ha una durata superiore a un anno; l'inadempimento imprenditoriale del preavviso ha come conseguenza di dover pagare lo stipendio corrispondente a questi giorni.

e) Il contratto può essere convertito a tempo **indeterminato** per diverse ragioni, ovvero, come accade per il contratto di opera o servizio: per l'inadempimento della forma scritta, per la mancanza dell'individuazione precisa della causa del contratto o per l'omissione della denuncia alla Previdenza Sociale. Queste ragioni determinano la conversione del contratto a tempo indeterminato, pur ammettendosi la prova contraria per giustificare la natura temporanea della prestazione; trattasi cioè, di una presunzione iuris tantum. Tuttavia, lo spirare del termine senza disdetta e la continuità dei servizi possono avere due conseguenze diverse secondo i casi: da una parte, la proroga del contratto fino alla sua durata massima; dall'altra parte, se la

durata massima fosse già stata raggiunta, il contratto si presume iuris tantum a tempo indeterminato - cioè, viene ammessa la prova sulla vera natura temporanea del rapporto.

In secondo luogo, come nel contratto di opera, si considerano a tempo indeterminato anche i casi in cui l'apposizione del termine sia stata fatta in frode alla legge; in questi casi la presunzione è iuris et de iure, poiché non viene ammessa la prova contraria.

Infine, ancora una volta come per il contratto di opera, dopo la riforma del 2006, i lavoratori che durante un periodo di 30 mesi abbiano avuto due o più contratti a termine, la cui durata sia stata superiore ai 24 mesi, per le stesse mansioni e nella stessa azienda o gruppo di aziende, diventano pure a tempo indeterminato.

L'effetto si produce indipendentemente dal fatto che i contratti siano della stessa fattispecie o diversa - fatta eccezione per i contratti di sostituzione di lavoratori assenti, formativi e di staffetta, con o senza soluzione di continuità - ovvero stipulati con lavoratori assunti in maniera diretta o attraverso agenzie di collocamento.

3.3. Il contratto di "interinidad"

a) L'**oggetto** di questo contratto non è unico:

Da un lato, generalmente, è previsto per sostituire lavoratori assenti con diritto a mantenere il posto di lavoro.

Dall'altro può essere utilizzato allo scopo di ricoprire temporalmente un posto di lavoro nel corso di una procedura di selezione o di promozione.

b) La **durata** del contratto è diversa nei due casi:

Nel primo, la durata del contratto è determinata dal tempo di assenza del lavoratore con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Nel secondo, la durata del contratto coincide con quella della procedura di selezione, ma non può comunque superare i tre mesi, né tantomeno il contratto potrà

essere rinnovato per lo stesso motivo dopo aver superato la durata massima.

c) La **forma** del contratto sarà sempre scritta indipendentemente dalla sua durata e sarà necessario menzionare con chiarezza il suo carattere temporaneo. Inoltre, il contenuto è diverso a seconda del tipo di causa che determina l'assunzione.

Nel caso di sostituzione, è necessario identificare il lavoratore sostituito e la causa della sostituzione.

Nel caso di assunzioni vincolate ai processi di selezione o promozione, è necessario indicare la mansione che diverrà definitiva al termine della procedura.

d) La **risoluzione** del contratto può avvenire, dopo la disdetta di una delle parti, per diversi motivi: il rientro del lavoratore assente sostituito; la scadenza del termine fissato dalla legge o dal contratto collettivo per il rientro; l'estinzione della causa che originò il diritto di conservazione; ovvero dopo tre mesi, nei casi dei contratti vincolati ai processi di selezione o promozione di un posto di lavoro.

Per la disdetta non occorre un preavviso specifico; d'altronde, la risoluzione del contratto non determina il diritto a una indennità automatica, a differenza di quanto succede nel caso dei contratti di opera o servizio (e di circostanze del mercato).

e) L'assunzione può diventare a **tempo indeterminato** per diversi motivi.

L'inadempimento della forma scritta, la mancata individuazione precisa della causa e l'omissione della denuncia alla previdenza sociale, come succede sia con il contratto di opera o di servizio che con il c.d. *eventual*, determinano la conversione del rapporto a tempo indeterminato, eccetto se si prova la sua natura temporale, ovvero si tratta di una presunzione *iuris tantum*.

D'altronde, come nel caso del c.d. contratto *eventual*, la scadenza del termine senza disdetta unitamente alla continuazione del servizio può avere due effetti differenziati: da una parte, la proroga fino alla durata massima e dall'altra, se la durata massima fosse già stata raggiunta, il contratto si presume *iuris tantum* a tempo

indeterminato - cioè, viene ammessa la prova contraria sulla vera natura temporale del rapporto.

In secondo luogo, come succede negli altri contratti a termine, si considerano a tempo indeterminato i lavoratori che siano stati assunti in maniera fraudolenta; in questo caso, la presunzione è *iuris et de iure*, poiché non viene ammessa prova contraria.

Infine va rilevato che, in questo caso, non è applicabile la misura introdotta nel 2006 sulla conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine per assunzioni successive.

4. I contratti a termine come misura politica di occupazione

Lo "*Statuto dei lavoratori*" del 1980 originariamente riconosceva la possibilità di ricorrere ad assunzioni a termine come misura di promozione dell'occupazione, sebbene limitata a gruppi particolari (dissoccupati di larga durata, donne in certi mestieri, giovani, disabili, ecc.).

In un contesto di crisi e di disoccupazione fu approvato nel 1984 il RD n. 1989 sul c.d. contratto di "fomento" dell'assunzione a termine che permetteva di assumere a tempo determinato qualsiasi lavoratore che cercasse occupazione. Il contratto in questione fu molto usato negli anni ottanta, quando si raggiunse una percentuale di temporalità assai elevata.

A un certo punto - nel decennio successivo - il legislatore effettuò una completa inversione di rotta relativamente ai provvedimenti ulteriori; di fatto, attualmente, lo *Statuto* determina in maniera diretta che il Governo, sviluppando la sua politica di impiego, deve favorire l'assunzione stabile ed, in realtà, lo fa: si danno incentivi pubblici alle assunzioni a tempo indeterminato; mentre nel 1997 apparve il contratto c.d. "stabile" (a tempo indefinito, con aiuti economici da parte dello Stato, ma con un sistema ridotto di indennità per licenziamento ingiustificato). In ogni caso, anche se marginalmente,

ancora oggi esistono dei contratti a termine vincolati alla politica di impiego.

Da un lato, come erede del contratto disciplinato dall'abrogato RD 1989/1984, c'è il contratto a termine di sostegno all'occupazione dei disabili la cui assunzione viene incentivata, addirittura, in maggior quantità, tramite la fiscalizzazione, in varia misura, degli oneri sociali.

a) Il contratto si può sottoscrivere con le persone che raggiungono i requisiti seguenti: in primo luogo, avere un "handicap" superiore al 33% o essere pensionati con una "*invalidéz permanente no parcial*" riconosciuta; in secondo luogo, essere disoccupato iscritto all'ufficio pubblico; infine, non aver concluso un rapporto a tempo indefinito negli ultimi tre mesi.

b) D'altra parte, riguardo anche alla politica di impiego, c'è il contratto a termine che si può sottoscrivere con i lavoratori che sono assunti per sostituire quelli che vanno in pensione, sia in anticipo che in modo parziale. Questi accordi sono regolati dal RD 1194/1985 del 17 luglio nonché dall'articolo 12.6 ET e dal RD 1131/2002.

5. I contratti formativi

Per concludere questa sintesi del sistema spagnolo dei contratti, restano da menzionare soltanto i contratti formativi, poiché anch'essi hanno un carattere temporale. Questi contratti vengono disciplinati dall'articolo 11 ET e dal RD 488/1998, del 27 marzo. La categoria comprende due fattispecie: il contratto di formazione, da una un lato, rivolto a quelle persone che non hanno una laurea; il contratto di praticantato, dall'altra, per quelli che, invece, ce l'hanno ed, anzi, devono acquisire le competenze associate al titolo.

5.1. Il contratto di formazione

L'oggetto di questo contratto è lo scambio di lavoro a fronte della

retribuzione e della formazione, sia teorica che pratica, per lo svolgimento di un mestiere o di un lavoro.

a) I destinatari sono i giovani tra i 16 ed i 21 anni che non abbiano un titolo per effettuare uno stage per l'ufficio stesso. Il limite massimo di età ha delle eccezioni. Bisogna mettere in rilievo che il numero di assunzioni di questo tipo può essere limitata dal contratto collettivo ed, in mancanza, si applicano i limiti fissati dall'articolo 7 del RD 488/1998.

b) La **durata** del contratto non può essere inferiore a 6 mesi e non può superare i due anni, a meno che il contratto collettivo settoriale non ne fissi una durata diversa, nel limite dei tre anni.

Il contratto può essere prorogato per due volte, senza oltrepassare mai la durata massima; quindi, le proroghe sono possibili soltanto nel caso in cui l'assunzione iniziale si faccia per un periodo inferiore al massimo consentito.

Al termine della durata massima del contratto, il lavoratore non può essere assunto di nuovo con questa modalità sia dalla stessa azienda che da un'altra.

c) E' richiesta la **forma scritta** del contratto in cui occorre individuare chiaramente il profilo professionale o il livello formativo oggetto dell'apprendistato, il tempo destinato alla formazione, la distribuzione oraria, la durata del rapporto e, infine, il nome e la qualifica professionale della persona scelta come tutor.

d) Il contenuto del contratto ha diversi punti caratteristici riguardanti la giornata e la retribuzione.

Da una parte è necessario che almeno il 15% della giornata massima fissata dal contratto collettivo sia destinato alla formazione teorica ed il resto al lavoro effettivo.

Dall'altro, la retribuzione viene riferita al tempo di lavoro (non a quello della formazione) e sarà quella fissata nel contratto collettivo, non potendo comunque essere mai inferiore al salario minimo in proporzione al tempo di lavoro svolto.

e) La **cessazione** coincide con lo spirare del termine finale, previa disdetta di una delle parti e, in mancanza di questa, il contratto si considera a tempo indeterminato, salvo prova contraria (presunzione *iuris tantum*).

Il lavoratore, in questi casi, non ha diritto all'indennità di disoccupazione; infatti, i contributi alla previdenza sociale sono inferiori a quelli dei contratti di lavoro ordinario.

5.2.- Il contratto di praticantato

L'oggetto di questo contratto contempla lo svolgimento di un lavoro retribuito che permette di effettuare una pratica professionale conforme al livello di istruzione di coloro i quali hanno ottenuto un determinato titolo accademico o professionale. I contratti collettivi possono individuare le mansioni, i gruppi, i livelli o le categorie professionali disciplinate da questo contratto. L'assunzione con questo contratto per lo sviluppo di servizi nello stesso posto già occupato in precedenza, si considera fraudolenta; ugualmente, si considera fraudolenta l'assunzione quando il titolo non ha niente a che vedere con l'attività svolta.

a) Per firmare un contratto di questo tipo occorre, innanzitutto che il lavoratore abbia un titolo universitario, o di formazione professionale di grado medio o superiore, o titoli riconosciuti dai poteri pubblici che permettano di svolgere una professione; inoltre il contratto deve essere sottoscritto entro e non oltre cinque anni dopo il completamento degli studi (sette anni in caso dei disabili). Il mancato rispetto di questi requisiti determina che l'assunzione sia considerata ordinaria ovvero a tempo indeterminato.

b) La **durata** del contratto non può essere inferiore ai sei mesi, né superiore ai due anni; i contratti collettivi di settore, entro questi limiti, possono modulare la durata del contratto, in risposta alle caratteristiche industriali o alle pratiche da sviluppare.

Nessun lavoratore può essere assunto nella stessa impresa o in una diversa per un

periodo superiore a due anni grazie al possesso dello stesso titolo.

c) La **forma scritta** del contratto è obbligatoria; bisogna individuare il titolo, la durata del contratto e il posto o i posti che si occuperanno.

d) Il **corrispettivo** di questi lavoratori sarà quello fissato dal contratto collettivo per tirocinanti; se il contratto collettivo non prevede nulla a riguardo, la retribuzione non può essere inferiore a una certa percentuale applicata sulla retribuzione fissata dal contratto collettivo per i lavoratori che svolgono lo stesso lavoro o uno equivalente; questa percentuale non può essere inferiore al 60% per il primo anno e al 75% per il secondo.

e) L'**estinzione** è soggetta alle stesse regole del contratto di formazione.

6. Seconda prospettiva: l'estinzione del rapporto

Il principio di stabilità consacrato implicitamente nell'art. 35 CE ha una netta influenza anche sul regime estintivo del rapporto di lavoro; in questo senso, un licenziamento libero, ad nutum, non è possibile, non solo perché sarebbe in contrasto con le disposizioni della Costituzione, ma anche perché violerebbe la Convenzione OIL n. 158 firmata dalla Spagna. Ebbene, la seconda parte del dibattito sulla crisi e sulla stabilità è precisamente legata al costo del licenziamento.

Tanto per cominciare, occorre sottolineare che in Spagna esistono due grandi famiglie di licenziamenti:

Da un lato, Vi è il licenziamento per motivi disciplinari. Questo licenziamento è previsto nei casi in cui esiste un inadempimento del lavoratore grave e colpevole (le cause sono elencate a titolo esemplificativo nell'art. 54 ET). Il licenziamento disciplinare deve essere fatto in forma scritta, spiegando le ragioni (fatti) che determinano il recesso e deve avere data certa. Una volta prodotta l'estinzione, il lavoratore può ricorrere al giudice, depositando il ricorso presso il Tribunale del

lavoro nei 20 giorni lavorativi successivi ed il giudice valuterà se il licenziamento è ingiustificato, giustificato o nullo.

Se il licenziamento viene dichiarato ingiustificato (per violazione di forma o per mancanza di causa), di regola il datore può scegliere tra la riassunzione del lavoratore o l'estinzione del rapporto, pagando un'indennità di 45 giorni di stipendio per anno di servizio fino a un massimo di 42 mensilità; in ogni caso si pagano gli stipendi "di tramite" (che mediano tra la data del licenziamento e quella della notifica della decisione).

Se il licenziamento viene dichiarato nullo (di solito per discriminazione o per la violazione di un diritto fondamentale), la riassunzione è obbligatoria ed, inoltre, sono corrisposti gli stipendi durante il corso del procedimento.

Inoltre c'è il licenziamento per giustificati motivi oggettivi, ovvero per motivi estranei al comportamento del lavoratore, anzi, di solito, si tratta di ragioni imprenditoriali (economiche, tecniche, organizzative e di produzione, ecc.); in questo caso le formalità da seguire sono più complesse a seconda che si tratti di un licenziamento individuale o plurimo (così, per esempio, c'è un preavviso di 15 giorni, l'obbligo di mettere a disposizione del lavoratore un'indennità di 20 giorni per anno di servizio, ecc.), ovvero di un licenziamento collettivo (intervento amministrativo e consultazione con i rappresentanti dei lavoratori); il controllo giudiziale è simile a quello del licenziamento disciplinare.

Le recenti riforme e, soprattutto, il dibattito in seno alle istituzioni si sono incentrate sui punti seguenti:

Innanzitutto, dato che la mancanza di causa può determinare il carattere ingiustificato del licenziamento ed, in maniera derivata, il pagamento di una elevata indennità, si è cercato di determinare in modo specifico le ragioni economiche, tecniche o produttive che possono giustificare il licenziamento. Su questa linea si è mossa la riforma del 2010 che fa proprio l'orientamento flessibile

della Cassazione sul significato di queste cause.

Inoltre i requisiti formali del licenziamento per giustificato motivo oggettivo hanno subito importanti modifiche: da un lato, la riduzione del periodo di preavviso (30-15 giorni) e dall'altro le conseguenze per la mancanza dello stesso (fino al 2010, nullo; adesso, ingiustificato).

El descuelgue salarial: el papel de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo

di Fernando Fita Ortega

SOMMARIO: 1. Derecho del Trabajo y Constitución. 2. Tres premisas introductorias: La estructura de la negociación colectiva en España; la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios, y el papel del convenio en la determinación de las condiciones de trabajo. 3. El descuelgue salarial como mecanismo para salvaguardar la competitividad de las empresas. 3.1. Condiciones necesarias para el descuelgue. 3.2. Procedimiento a seguir para el descuelgue. 4. Otras posibilidades de descuelgue. 5. Conclusiones.

1. Derecho del Trabajo y Constitución

El Derecho tiene por objeto ordenar las relaciones que se producen en la sociedad, de modo que se mitiguen los elementos potenciales de conflicto que puedan suscitarse. Desde esta perspectiva, el Derecho del Trabajo cumple la función de civilizar las relaciones sociales, sustituyendo en ellas las relaciones de fuerza por las relaciones de derecho¹, imponiendo el conjunto de valores dominantes en la sociedad a través no de la coacción, sino del consenso, esto es, de la obtención de un razonable grado de aceptación², de modo que se logra un compromiso dirigido a obtener la paz social.

Es precisamente la naturaleza transaccional que inspira al Derecho del Trabajo³, un derecho a caballo entre

conquista⁴ y concesión⁵, la que justifica que el predominio contractual inicial del empresariado haya sido sustituido por mecanismos de fijación de las condiciones de trabajo que escapan a su directo control (ya sea la negociación colectiva o el propio ordenamiento jurídico estatal) lográndose un cierto equilibrio en la desigualdad material en que se encuentran las partes de la relación laboral, pudiéndose calificar de *paradoja histórica*, el hecho de que una concentración y robustecimiento del poder económico vaya acompañada de la debilitación de las potestades normativas que éste mantenía sobre la relación de trabajo⁶.

Evidentemente, la mera existencia de un derecho dirigido a civilizar el conflicto social no lo hace desaparecer, de modo que mientras que subsista el conflicto que está en la base del Derecho del Trabajo, éste subsistirá como modelo normativo dirigido a su integración jurídica⁷. Aquello que resulta susceptible de variación son las formas, las técnicas y los criterios manejados por el Derecho del Trabajo para alcanzar semejante objetivo⁸. Y puesto que el

Derecho del Trabajo, Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 537 y ss..

⁴ Esto es, *La acción de los trabajadores y de sus organizaciones contra el orden capitalista*, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 18.

⁵ Esto es, fruto del “*combate del empresariado y del poder político contra la acción de los trabajadores*” PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 18.

⁶ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p. 306.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 19.

⁸ DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, *Revista del Trabajo*, 76, 1984, p. 19.

¹ SUPIOT, A., *¿Por qué un derecho del trabajo?*, *Documentación Laboral*, n. 39, 1993, p. 17.

² ATIENZA, M. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 37.

³ *Sobre el particular*, GALIANA MORENO J.M., *Reflexiones sobre el carácter transaccional del*

Derecho del Trabajo no vive de espaldas al contexto político, social, económico y cultural que lo envuelve, todos estos factores van a determinar su evolución.

En esa evolución del Derecho del Trabajo habrá que atender los límites sociológicos y jurídicos que están en su base, y que son los que van a determinar hasta dónde se va a poder transformar el Derecho del Trabajo. Como límite sociológico hay que hacer referencia al derivado del consenso sobre el que se asienta el sometimiento del conflicto social al derecho. Como límite jurídico hay que destacar el que resulta del reconocimiento constitucional de ciertos derechos sociales, fruto, a su vez, de la necesidad de obtener el necesario grado de aceptación de las reglas del juego que permita el consenso.

En el actual contexto político y económico se están poniendo a prueba ambos límites, introduciéndose reformas laborales antisociales que están empezando a quebrar dicho consenso, y que incluso tienden a ignorar el reconocimiento constitucional de ciertos derechos laborales.

En estas páginas me voy a centrar en esta última cuestión, analizando una institución del derecho del trabajo español recientemente reformada (el denominado descuelgue salarial, junto con otras posibilidades de “descuelgue”) que sirve para ejemplificar el debilitamiento de un derecho laboral constitucionalmente reconocido, como es el derecho a la negociación colectiva como instrumento de determinación de las condiciones de trabajo.

1. Tres premisas introductorias: La estructura de la negociación colectiva en España; la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios, y el papel del convenio en la determinación de las condiciones de trabajo

Con objeto de hacer más comprensible la exposición, parece necesario detenerse, siquiera brevemente, en tres aspectos relacionados con la negociación colectiva

en España: a) La estructura de la negociación colectiva; b) la eficacia de los convenios colectivos y su valor normativo; y c) la evolución de las relaciones ley-convenio-contrato en la determinación de las condiciones de trabajo.

a) La estructura de la negociación colectiva en España

Los principales ámbitos de negociación colectiva en España son: nacional, de comunidad autónoma, interprovincial, provincial, de grupo de empresas, de empresa o de centro de trabajo. Pues bien, según se señala en la memoria elaborada por el Consejo Económico y Social de España⁹, la estructura de la negociación colectiva, que se ha mantenido relativamente estable desde finales de los años noventa, muestra una clara preponderancia, en cuanto al número de convenios registrados, de los convenios de empresa (en torno al 75% del total de los registrados)¹⁰ Sin embargo, desde el punto de vista de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, son los convenios colectivos provinciales aquellos que alcanzan a un mayor número de trabajadores, afectando a más de la mitad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio, seguidos por los nacionales, que cubren en torno a una cuarta parte de los mismos¹¹.

Esta preponderancia de los convenios provinciales también se puede apreciar desde la perspectiva del número de empresas cubiertas por la negociación colectiva, en la medida en que, según datos de los convenios registrados hasta 31 de

⁹ Consejo Económico y Social de España. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009. <http://www.ces.es/memorias.jsp>, p. 403 y ss.

¹⁰ Según este documento, los convenios nacionales y autonómicos (la mayoría uniprovinciales) tienen un peso muy reducido, siendo inferior en cada uno de los casos al 2 por 100 del total de convenios.

¹¹ En este documento se señala que los convenios de empresa afectan a un número bajo de trabajadores (10 por 100), a pesar de ser los de mayor peso porcentual, debido a la estructura empresarial española, ampliamente dominada por empresas de tamaño reducido. De otra parte, se destaca que los convenios autonómicos son los que afectan a menor número de trabajadores.

agosto de 2008, los convenios de ámbito provincial representaban el 18,5% del total, afectando al 68,8% de empresas y al 53,5% de trabajadores¹².

El predominio de los convenios colectivos provinciales (explicable en buena medida atendiendo a la estructura empresarial española, dominada en buena medida por las pequeñas empresas) supone que la gran mayoría de las empresas españolas aplican unas condiciones de trabajo negociadas en un ámbito superior que, por lo tanto, puede no atender a las necesidades concretas de la empresa en la cual tales condiciones deben ser aplicadas. Existe, pues, una cierta falta de sintonía entre el lugar de la fijación de las condiciones de trabajo y el lugar de aplicación de las mismas.

b) La eficacia de los convenios colectivos en España

De la previsión del artículo 37 de la Constitución Española (C.E.), que dispone que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*, y como consecuencia de lo establecido en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.)¹³ se ha afirmado que los convenios colectivos españoles, cuando menos los denominados convenios estatutarios¹⁴, poseen una eficacia *erga omnes* y un valor de norma, de modo que un convenio colectivo en vigor no puede verse afectado por lo dispuesto en

¹² *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 29) En el cuadro III.7 recogido en esta página se aprecia, por lo demás, que los convenios de empresa representaban el 76,2%, afectando al 0,3% de las empresas y al 11% de los trabajadores; mientras que los nacionales suponían el 1,6% de los convenios, afectando al 24,3% de empresas y al 25,9% de los trabajadores.

http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Ne negociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf

¹³ *“Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*.

¹⁴ Esto es, negociados conforme a las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

un convenio colectivo de ámbito distinto, salvo pacto en contrario (artículo 84 E.T.).

Esta regla relativa a la eficacia de los convenios se encuentra, sin embargo, exceptuada desde 1994 por parte de la propia normativa laboral, la cual, en dos preceptos distintos -art. 41 y 82.3 ET¹⁵-, contempla la posibilidad de que determinadas condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo de aplicación en una empresa dejen de regir en la misma en virtud de eventuales acuerdos alcanzados entre el empresario y los representantes de los trabajadores en la misma¹⁶, esto es, acuerdos alcanzados con sujetos que poseen legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito empresarial¹⁷.

Conviene resaltar sobre el particular que, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en ningún caso los trabajadores por sí mismos se encuentran entre los sujetos legitimados para negociar esas cláusulas de inaplicación de un convenio colectivo. En efecto, el Tribunal Constitucional¹⁸ ha venido considerando lesivo del derecho a la negociación colectiva, y por tanto contrario al derecho de libertad sindical, el que mediante pactos individuales con el colectivo de trabajadores (lo que se ha venido a

¹⁵ El art. 41, por lo que se refiere a la inaplicación de las previsiones convencionales en materia de horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento y, desde la reforma introducida por la Ley 35/2010, funciones. El art. 82.3 por lo que se refiere al régimen salarial previsto en el convenio de aplicación.

¹⁶ Cosa distinta son los mecanismos de articulación de la negociación colectiva previstos en los artículos 83,2 E.T. y apartados 2, 3 y 4 del art. 84 E.T., recientemente modificados (RDL 7/2011, de 10 de junio)

¹⁷ Según el art. 87 del E.T. *“en representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité”*.

¹⁸ Por todas, STC 238/2005, de 26 de septiembre de 2005

denominar “acuerdo individual en masa”) pueda llegarse a inaplicar lo dispuesto en un convenio colectivo de eficacia general. Como señala la STC 105/1992, de 1 de julio, *“de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE”*. Se trata, pues, *“de la afectación del derecho de negociación colectiva y, a través de él, del derecho de libertad sindical por actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación”*, de modo que, constituyendo el derecho la negociación colectiva contenido esencial de la libertad sindical, *“negar u obstaculizar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos o desvirtuar su eficacia han de entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios declarada por dicho precepto, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE”*¹⁹.

De este modo, el respeto del derecho a la negociación colectiva viene garantizado en el instituto del descuelgue por cuanto los sujetos que lo acuerdan son aquellos que poseen capacidad para negociar un convenio colectivo de empresa, sin que esta

¹⁹ STC 238/2005, de 26 de septiembre de 2005, en la que se aborda un tema de “descuelgue” del régimen de horarios fijado por convenio (el sectorial de cajas de ahorro) a través del pacto individual con los trabajadores, por el cual éstos aceptaban realizar jornada partida frente a la continuada prevista en el convenio, para lo que la empresa ofrecía compensaciones: indemnización de 270,83 euros mensuales, tres días de permiso retribuido adicionales a las vacaciones anuales, y cheques restaurante de 7.81 euros por día trabajado en régimen de jornada partida.

voluntad colectiva pueda ser sustituida por la voluntad plural de los trabajadores afectados por el mismo descuelgue. Desde este punto de vista, más que una excepción a la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo, la posibilidad de pactar cláusulas de descuelgue constituye una excepción a la prohibición de concurrencia de convenios colectivos de diverso ámbito, dando prioridad a la negociación de ámbito empresarial frente a otros niveles de negociación.

c) El papel del convenio colectivo en la determinación de las condiciones de trabajo en España

En la determinación de las condiciones de trabajo intervienen tres “fuentes” (ley, convenio y contrato) cuya relación entre sí ha ido evolucionando a medida en que el fundamento tuitivo del derecho del trabajo ha ido abriendo paso a la necesidad de proteger la eficiencia productiva de la empresa como criterio inspirador de la norma laboral, potenciando la permeabilidad de la norma laboral a los dictados de la economía y sus repercusiones en materia de empleo.

Como es conocido, con esta evolución las fuentes heterónomas han perdido peso frente a las autónomas y, dentro de éstas, se ha puesto en discusión el papel del convenio colectivo frente al contrato de trabajo. Es lo que se venido a llamar en España como “el discreto retorno del arrendamiento de servicios”²⁰.

Por otra parte, esta evolución ha afectado a la tradicional relación de complementariedad que el convenio colectivo ha mantenido respecto de la ley (en cuya virtud el convenio vendría a mejorar los mínimos de derecho necesario fijados por la norma estatal) reforzándose la relación de complementariedad (según la cual la ley se remite al convenio en la regulación de alguna materia) y de supletoriedad (esto es, cuando las disposiciones legales solamente

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”. AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1990.

resultan aplicables en defecto de previsión convencional)²¹.

Finalmente, cabría destacar que, en esa paulatina pérdida de peso de la ley frente al convenio, la normativa española ha venido a favorecer, en no pocas ocasiones, a los convenios de ámbito sectorial frente a los convenios colectivos estatales, mostrando una cierta desconfianza hacia la normativa convencional negociada en el ámbito de la empresa, en la medida en que ésta puede resultar potencialmente más proclive a los intereses del empresario²².

²¹ Paradigmática en este sentido fue la reforma operada en la normativa laboral en virtud de la ley 11/1994, de 19 de mayo. En efecto, por esta ley, que en su exposición de motivos se justifica aludiendo a la necesidad de favorecer la competitividad de las empresas y su adaptabilidad a la situación económica y productiva derivada del fenómeno de globalización de la economía, se introdujeron cambios sustanciales en las relaciones ley-convenio, potenciándose la supletoriedad y complementariedad de la ley frente al convenio, abriendo así, en las propias palabras de la exposición de motivos, “*un proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional*”. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere a las relaciones de supletoriedad, cabe referirse a la regulación del período de prueba contenida en el art. 14 del ET, en la que se pasó de una relación de suplementariedad entre ley y convenio, a una de supletoriedad, de modo que la previsión legal respecto de la duración del período de prueba solamente resulta de aplicación en defecto de previsión al respecto en el convenio colectivo de aplicación (en este sentido, CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*. 1994, p. 75. Si bien la determinación de la naturaleza de las previsiones legales no ha sido nunca objeto de interpretación uniforme (sobre el particular, véase, ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. pp. 99 y ss.) Por lo que se refiere a la complementariedad, cabría hacer mención de la regulación del derecho a la promoción económica, en la medida en que actualmente dicho derecho sólo lo tendrán reconocido los trabajadores cuando así se les reconozca en virtud de convenio colectivo o contrato de trabajo (art. 25 ET) en tanto que en la anterior redacción se reconocía este derecho a los trabajadores, si bien para su concreción se remitía a las previsiones del convenio o contrato de trabajo.

²² ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. p. 65.

Esta evolución, sin embargo, ha enlazado con otra dirigida a acercar la fijación de las condiciones de trabajo al lugar donde tales condiciones deben resultar aplicadas, de modo que previsiones negociadas en ámbitos supraempresariales puedan ser revisadas en el seno de aquellas empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Se trata, con ello, de facilitar la adaptabilidad de la normativa laboral a las circunstancias por las que atraviesa la empresa, con objeto de garantizar su viabilidad que, de otro modo, podría verse comprometida²³. Con esta otra línea evolutiva, el estímulo va dirigido a potenciar el ámbito empresarial, frente al supraempresarial, como espacio de determinación de las condiciones de trabajo aplicables a la empresa, entendiendo que la negociación colectiva sectorial juega un papel “claramente disfuncional... desde el punto de vista económico”²⁴. Esta es la tendencia que resulta confirmada, por lo demás, en la reciente reforma de la negociación colectiva operada en virtud del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio.

3. El descuelgue salarial como mecanismo para salvaguardar la competitividad de las empresas

El descuelgue salarial, es decir, la inaplicación en una determinada empresa de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de aplicación, se

²³ CASAS BAAMONDE, Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses. Relaciones Laborales, 1995, p. 23.

Así se desprende, por lo demás, de lo previsto en el art. 82.3 ET en la medida en que establece que la inaplicación del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa procede “*cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma*”.

²⁴ MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” en *La reforma del mercado de trabajo* (dir. García Perrote y Mercader Uguina) Lex Nova. 2010, p. 189.

presenta como una medida dirigida a la protección de las empresas que se encuentren en situaciones difíciles en términos de competitividad y, por consiguiente, como una medida orientada en última instancia a mantener el nivel de ocupación que podría verse perjudicado en caso de pérdida de competitividad de la empresa.

Por lo demás, este mecanismo aparece actualmente encuadrado dentro de los requisitos de moderación salarial que exigen las autoridades de la Unión Europea en la aplicación del denominado “método abierto de coordinación”, con la finalidad de tutelar la competitividad de las empresas. En este sentido, la Orientación n.º 7 de la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (D.O. 24 de noviembre de 2011 L 308) dispone que *“con objeto de aumentar la competitividad y mejorar los niveles de participación, en especial de las personas menos cualificadas, y de conformidad con la orientación n.º 2 de las políticas económicas, los Estados miembros deben propiciar las adecuadas condiciones marco para la negociación salarial, y una evolución de los costes laborales compatible con la estabilidad de los precios y las tendencias en materia de productividad”*.

Así pues, si bien es evidente que la retribución constituye la principal obligación del empresario en el ámbito de la relación laboral derecho del trabajo, en el ámbito de la política económica la retribución supone una variable esencial con relación a los objetivos macroeconómicos básicos, tales como el control de la inflación y la reducción del desempleo²⁵.

Por lo que se refiere al caso español, es preciso señalar que este mecanismo de inaplicación de las condiciones previstas en un convenio colectivo no es nuevo. De hecho ya en los años 80, en una situación de crisis económica, los diversos Acuerdos

Interconfederales negociados entre Gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales²⁶ contemplaban la posibilidad de descuelgue salarial, ordenando a los agentes sociales la inclusión de cláusulas de descuelgue en los convenios colectivos que se negociasen.

En una época de lucha contra la inflación, se trataba de conciliar los deseos de controlar la inflación con el de, al menos, no perder poder adquisitivo por parte de los trabajadores y, por último, evitar que las medidas aplicadas para garantizar dicho poder adquisitivo no implicasen un empeoramiento de la situación de aquellas empresas que estuviesen sufriendo una situación económica grave.

De este modo, tales acuerdos interconfederales contenían la orden, dirigida a los agentes negociadores de los convenios, de prever la posibilidad de inaplicación de la revisión salarial establecida en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa en caso de desviación del Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) real respecto del previsto, de manera tal que dicha revisión no se aplicaba en las empresas con un balance económico negativo en los dos años anteriores²⁷. En todo caso, no parece que tal compromiso llegase a materializarse efectivamente en la negociación colectiva,

²⁶ Esto es, los instrumentos de concertación social: Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 (AMI), el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 1981 (ANE) el Acuerdo Interconfederal de 1983 (AI) y el Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES).

²⁷ Por lo que se refiere a datos relativos a la medida de revisión salarial, se ha señalado que *“en 1983, la cláusula de revisión del AI alcanzó al 62,84 por 100 de los trabajadores afectados por convenio; en el informe sobre negociación colectiva elaborado por el Gabinete Técnico de la UGT para 1984, se pone de relieve que a 5 de septiembre, un total del 60,23 por 100 de los trabajadores afectados por convenio tenían recogida en sus acuerdos la cláusula de revisión”*. ROJO TORRECILLA, E., y PÉREZ AMORÓS, F., “El Acuerdo Económico y Social”, Revista de Política Social, núm. 145. Enero-Marzo 1985 p. 76.

²⁵ NATONIO VALLEBONA *Breviario di Diritto del Lavoro*, Giappicheli editore, 2005, pp. 292 y 293.

limitando considerablemente la operatividad de la medida²⁸.

Con la ley 11/1994, de 19 de mayo, la figura del descuelgue salarial, en cuya virtud cabe la inaplicación de las condiciones económicas fijadas en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, se incorporó al Estatuto de los Trabajadores. Esta ley del año 1994 tenía como objetivo declarado, dentro del ámbito de las decisiones políticas dirigidas a la creación de empleo, el de favorecer la competitividad de las empresas españolas, proporcionando instrumentos de gestión de recursos humanos que incidiesen favorablemente en la buena marcha de las empresas. Se pretendía, pues, introducir medidas que permitiesen una gestión flexible de los recursos humanos en la empresa, facilitando, como se dice en su Exposición de Motivos, su adaptación *“tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en que opera”*.

Así pues, como una medida más en este proceso de fomento de la adaptación a las circunstancias de la empresa, con la reforma de 1994 se pretendió establecer un mecanismo efectivo para garantizar el descuelgue del régimen salarial previsto en convenios colectivos supraempresariales en aquellas empresas cuya viabilidad económica pudiera verse seriamente afectada en caso de proceder a su aplicación.

Para lograr dicho objetivo se estableció, como contenido obligatorio de los convenios colectivos supraempresariales, *“las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de la empresa...”*²⁹, contemplando un régimen supletorio para los casos en los que los convenios colectivos supraempresariales no contuviesen dicha

cláusula. En tales casos, señalaba el art. 82.2 ET, la inaplicación del régimen salarial previsto *“sólo podrá producirse por acuerdo entre empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa”*, previéndose que, en caso de falta de acuerdo la discrepancia fuese solventada por la comisión paritaria del convenio, determinándose las nuevas condiciones salariales siguiendo este mismo procedimiento (acuerdo entre empresario y representantes legales de los trabajadores y, en su defecto, por la comisión paritaria del convenio).

A raíz de la inclusión de dicho contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, y en virtud de los sucesivos compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos interconfederales para la negociación colectiva³⁰, se fue incrementando el número de éstos que fueron incluyendo tales cláusulas, de tal manera que en 2007 el número de trabajadores afectados por cláusulas de descuelgue alcanzaba el 64,7% del total frente al 48,6% en 1998³¹.

Sin embargo, el hecho de que cada vez fuese mayor el número de convenios que recogiesen la referida cláusula de inaplicación salarial no se traducían en términos de operatividad del mecanismo, y ello por cuanto al quedar en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación

³⁰ El último, el Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 1011 y 2012, registrado por Resolución de 11 de febrero de 2010 (BOE de 22 de febrero) En todo caso, tales compromisos no pasaban de ser *“una recomendación más pedagógica que otra cosa”* constituyendo un simple recordatorio de lo que la ley decía, sin añadir nada nuevo. En este sentido sobre el ANC para 2002, ALFONSO MELLADO, “El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002” en *La reforma laboral de 2011 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002* (Coord. García Perrote-Escartín) Lex Nova, 2002, p. 322.

³¹ *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 136) Datos provisionales referidos a los convenios colectivos registrados hasta agosto de 2008 http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf

²⁸ En este sentido, GARRIDO PERES, E., “Las cláusulas de descuelgue en la nueva ordenación estatutaria” *Relaciones Laborales* Tomo I, 1995, p. 366.

²⁹ Art. 85.3.c) ET, en su redacción anterior al RD Ley 10/2010 y la posterior ley 35/2010.

de las condiciones y procedimientos para la inaplicación del régimen salarial, estos convenios vinieron en no pocas ocasiones a dificultar la puesta en práctica de este mecanismo mediante el establecimiento de procedimientos farragosos y complejos, condicionándolo a la existencia de circunstancias extremas, de manera que “*si la voluntad del legislador parecía situarse en posibilitar el descuelgue de las empresas en dificultades, la negociación colectiva había caminado en dirección contraria, buscando evitar, a toda costa, el mencionado descuelgue*”³².

Sobre este particular, y en el ámbito de la Comunidad Valenciana, puede señalarse que, en los convenios supraempresariales vigentes en el período 2004-2007, los motivos recogidos por la normativa sectorial para poder acudir al descuelgue consistían, básicamente en: a) Situaciones de déficit o pérdidas en ejercicios anteriores; b) posible daño a la estabilidad económica de la empresa; c) daños irreparables en su economía; d) posible puesta en peligro del mantenimiento del empleo; e) peligro para la viabilidad de la empresa -siendo que, en ocasiones, se aludía a que la situación de crisis llevase al cierre definitivo de la empresa-; o que afectase a su competitividad; que peligrasen puestos de trabajo; que supusiesen que la empresa se encontrase en situación de suspensión de

³² MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” *cit.*, p. 191. Este autor recoge algunos ejemplos en los que los convenios admitían únicamente el descuelgue cuando la aplicación de las condiciones salariales condujese al cierre definitivo de la empresa o daños irreparables en su economía, estableciendo igualmente requisitos procedimentales muy rigurosos, tales como breves plazos perentorios a contar de la publicación del convenio, impidiendo el descuelgue si la repercusión negativa a la empresa se presentase en un momento posterior a la publicación del convenio en el BOE. En sentido similar, ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch. 2010, p. 132, quien hace referencia a la existencia de convenios en los que únicamente se posibilitaba el descuelgue en caso de aprobación por unanimidad de la comisión paritaria.

pagos, expediente de regulación de empleo o hubiesen ocurrido siniestros de grave costo; que hubiese un insuficiente nivel de producción y ventas; que el incremento salarial produjese daños irreparables en la economía de la empresa; que con anterioridad se hubiera producido un descenso de facturación y resultados; que el nivel de pérdidas fuese al menos del 10% de la facturación; que la situación de crisis no resultase imputable a errores de gestión referidas al conjunto de la empresa, o errores de gestión derivados de políticas financieras extraordinarias..., exigiéndose que estas circunstancias perdurasen por un determinado período de tiempo (normalmente uno o dos años aunque en ocasiones se fijaban plazos de tres y cinco años) y regulando la documentación que el empresario debería aportar para acreditar de forma fehaciente la situación de dificultad económica por la que atraviesa la empresa, así como, en ciertos casos, determinados requisitos adicionales (aportación de memoria explicativa de la situación; adopción de un plan de viabilidad; o incorporación de un plan de futuro; relación de horas extraordinarias realizadas en el último ejercicio; contabilidad auditada ...)³³.

Con relación a esta circunstancia se ha afirmado que ha sido debida, en buena parte, a la “*irresistible inercia*” que pesa sobre la negociación colectiva española, que llevó a muchos convenios a repetir de forma mimética las previsiones del antecedente inmediato de las cláusulas de descuelgue (el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980) que venía limitando el descuelgue a la inaplicación de las subidas salariales previstas³⁴ -limitación

³³ Sobre todos estos datos véase AA.VV. *Estudio sobre la negociación colectiva en la comunidad valenciana 2004-2007*, Grupo 85 Ediciones, pp. 47 y ss. Igualmente, sobre este particular, véase, *Informe sobre la negociación colectiva valenciana*, elaborado por profesores del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, en el punto que aquí interesa, por FITA ORTEGA Y TATAY PUCHADES, pp. 184 y ss.

³⁴ El Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 contemplaba una banda de subida salarial entre el 13 y

que no se derivaba de la previsión legal³⁵; requiriendo que la empresa arrastrase dos años consecutivos de pérdidas y que las previsiones para el tercero fuesen pesimistas³⁶.

Llegados a esta situación, con la reforma operada en 2010 se ha pretendido salir de esta situación de estancamiento y dificultad práctica para el descuelgue salarial³⁷, eliminando el papel tutelador que el convenio sectorial jugaba respecto de este mecanismo en la anterior regulación, fijando legalmente el procedimiento y condiciones de inaplicación salarial, procurando favorecer el recurso a esta medida de flexibilidad interna, y remitiendo a la negociación colectiva únicamente el establecimiento de los procedimientos que permitan resolver los desacuerdos surgidos en la aprobación del descuelgue.

De estos dos aspectos (procedimiento y condiciones de inaplicación) me detendré brevemente en el segundo y me centraré en el primero, dada la finalidad del artículo.

3.1. Condiciones necesarias para el descuelgue

La actual regulación del descuelgue salarial, contenida en el art. 82.3 del ET, señala que el descuelgue del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa será

el 15%, si bien señalaba que tales incrementos no resultarían de necesaria y obligada aplicación para aquellas empresas que acreditasen objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en dos los ejercicios contables anteriores (1978 y 1979) debiendo tenerse en cuenta las previsiones para 1980.

³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. "El descuelgue salarial" *Aranzadi Social* núm. 13/2009, p 39.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

³⁷ Cuyo objetivo ha sido el de "favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia del régimen salarial establecido, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo" (Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre)

posible "cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma".

Señalada legalmente la causa determinante de la inaplicación salarial prevista en el convenio colectivo de ámbito supraempresarial, el problema que se va a presentar en el futuro consistirá en determinar cuándo deberá entenderse concurrente en un caso concreto. Al respecto, un sector de la doctrina³⁸ ha señalado que, tratándose de una medida defensiva ante una situación de dificultades empresariales (acudir a un descuelgue salarial como medida alternativa a la más traumática de los despidos por causas económicas), aquella situación de dificultad debe ser real y actual³⁹ y no meramente hipotética o de futuro, debiendo revestir, por lo demás, cierta intensidad, dado que se exige que sea susceptible de poner en riesgo el mantenimiento del empleo en la empresa en cuestión, recayendo sobre el empresario la prueba del concurso de tales circunstancias. Otro sector, sin embargo, parece mantener una interpretación más flexible, considerando que la medida de descuelgue puede ser preventiva, siendo que "una empresa bien gestionada debe tomar medidas de ajuste antes de entrar en pérdidas, e impedirlo afecta negativamente al empleo potencial", siendo lo relevante que exista un riesgo para el mantenimiento del empleo por la aplicación del régimen salarial que pasa a constituirse "en el eje de rotación de precepto, al convertir el efecto sobre el empleo en factor esencial de valoración de la procedencia de la medida"⁴⁰.

Profundizando en esta interpretación menos rígida del concurso causal de la norma, se ha sostenido que no es necesario

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna" *cit.*, p. 134.

³⁹ Situación negativa "presente o que normalmente va a producirse si se aplican los nuevos salarios". *Ibidem*, p. 134.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J., "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010" *cit.*, p. 195.

que exista una situación de riesgo actual, sino que basta con que se trate de una situación previsible, de modo que siempre que la empresa pueda acreditar que sus rendimientos no permiten pagar los salarios fijados por el convenio de ámbito superior en el medio plazo, y que, de mantenerse ese nivel salarial, es previsible que tenga que proceder a reducir plantilla, se dará el presupuesto causal que permita el descuelgue⁴¹.

Quizá ambas opiniones puedan hacerse converger, entendiendo que ambas exigen la existencia real y presente de dificultades para la empresa, sin que se deba hacer coincidir la existencia de tales dificultades con una situación de pérdidas en los resultados económicos de la empresa: seguramente una significativa disminución de beneficios sería causa suficiente para aplicar el descuelgue⁴², sin que en ningún caso se exija que la empresa haya entrado en pérdidas en el momento de proceder al descuelgue salarial. La casuística de las situaciones en las que pueda plantearse esta medida es muy variada, por lo que ésta deberá analizarse, seguramente, en términos de *razonabilidad* de la medida en el caso concreto, teniendo en cuenta, en todo caso, la flexibilización que se ha introducido por la Ley 35/2010 en la apreciación de la causa económica para proceder a un despido por este motivo⁴³ y el

⁴¹ En este sentido, DÍAZ DE ATAURRI, P.G., en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, 2011, p. 782.

⁴² Debiendo recordarse que el objetivo de la norma no es el de mantener el nivel de beneficios del empresario, sino el nivel de empleo en la empresa, de modo que si las posibilidades de mantenimiento del empleo no se vieran afectadas, no procederá el descuelgue.

⁴³ Tras la reforma, se ejemplifican los supuestos de situación económica negativa que permitirá el despido por este motivo (arts. 51 y 52.c ET). Así, la norma se refiere a la existencia de pérdidas actuales o previstas, o a la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, siendo que *“a estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para*

hecho de que en este caso la medida va dirigida a garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del empleo.

Sea como fuere, lo indiscutible es que con la nueva regulación legal se ponen límites a la excesiva restricción que la negociación colectiva venía imponiendo respecto de cuándo entender concurrente la causa legitimadora del descuelgue, al requerir en numerosas ocasiones una situación económica extremadamente complicada. Ahora bien, nada impide, desde mi punto de vista, que los convenios ayuden a precisar cuándo se podrá entender concurrente la causa habilitadora del descuelgue, siempre que con ello no se contravenga el tenor literal y finalista de la norma.

3.2. Procedimiento a seguir para el descuelgue

A los efectos de valorar cómo las reformas laborales que se van produciendo en el actual contexto político y económico introducen mermas en derechos laborales consolidados, interesa detenerse en el análisis del procedimiento de descuelgue introducido con la Ley 35/2010.

La inaplicación en una determinada empresa de las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo de aplicación de ámbito superior (provincial, autonómico, estatal...), podrá efectuarse siempre que así se acuerde entre la empresa y *“los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar un convenio conforme al art. 87.1 ET⁴⁴”*.

Este punto requiere algunas precisiones. En primer término debe recordarse que en España existe un doble canal de representación en la empresa (representación unitaria, de base electiva - Comités de Empresa y Delegados de Personal- y representación sindical) reconociéndosele a ambas legitimación para negociar convenios de empresa, si bien en el caso de la representación sindical, se

preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”.

⁴⁴ Referido a los convenios colectivos de empresa.

exige que tales representaciones sindicales sumen, en su conjunto, la mayoría de los miembros del Comité de Empresa.

Esta regla solamente se entiende si se tiene en cuenta que el proceso de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores (Delegados de Personal y Comités de Empresa) se encuentra fuertemente sindicalizado, de modo que son las organizaciones sindicales las que presentan la gran mayoría de las candidaturas en las elecciones a Comités de Empresa o Delegados de Personal. Ello viene explicado, en buena medida, en virtud del *criterio de audiencia* a la hora de reconocer la condición de sindicato más representativo, lo que le otorga determinados privilegios legales. Es decir, la mayor representatividad se hace depender de los resultados electorales obtenidos por los sindicatos en los procesos de elección de Comités de Empresa o Delegados de Personal o los correspondientes órganos de representación de trabajadores en la Administraciones Públicas.

En todo caso, puede concluirse, que así configurado, el mecanismo del descuelgue salarial supone una excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos de diverso ámbito de aplicación, sin que se afecte el derecho a la negociación colectiva, en la medida en que supone la posibilidad de modificar, por sujetos legitimados para negociar un convenio de empresa, la regulación salarial prevista en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que resulta de aplicación.

Sin embargo la actual regulación ha querido dar respuesta a un problema que se presenta en buena parte de las empresas españolas, como es la falta de representantes legales de los trabajadores en las empresas. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que dada la estructura empresarial española, integrada fundamentalmente por empresas con pocos trabajadores a su servicio (en 2009, el 25,07% tenía uno o dos trabajadores; el porcentaje de empresas entre tres y cinco trabajadores ascendía al 9,81%, alcanzando

el 4,24% el de las empresas con un número de empleados entre 6 y 9)⁴⁵, muchas de ellas no cuentan con estructuras de representación de trabajadores.

En efecto, entendiendo que en las empresas de reducida plantilla no resulta conveniente interponer la figura de portavoces entre el empresario y los trabajadores, la ley prevé que sólo en las empresas de más de diez trabajadores pueda existir representación unitaria de los mismos, si bien en empresas entre 6 y 10 podría constituirse este tipo de representación si así lo acordasen los trabajadores por mayoría (art. 62.1 ET). Además, debe tenerse en cuenta que siendo la circunscripción electoral el centro de trabajo, ocurre que empresas con numerosos trabajadores en su conjunto poseen centros con pocos trabajadores, sin que se hayan considerado válidas las opciones previstas en algunos convenios dirigidas a facilitar la posibilidad de elegir representantes de los trabajadores en empresas de menos de 6 trabajadores.

Por todo ello, la falta de representantes de los trabajadores con los que negociar en la empresa donde se desee realizar el descuelgue salarial es un problema que se puede dar en la realidad española. La experiencia con otras instituciones de gestión de los recursos humanos que prevén la necesidad de negociación y, en su caso, acuerdo, con los representantes legales de los trabajadores⁴⁶, así lo acredita. En tales casos las opciones interpretativas se reconducían a entender que las mismas

⁴⁵ Del total de 2.980.446 empresas inscritas a la seguridad social en 2009, 747.361 declaraban tener entre 1 ó 2 trabajadores; 292.466, de tres a cinco; y 126.664, de 6 a 9, ocupando, respectivamente, a 997.396, 1.096.903 y 913.336 trabajadores del total de 15.728.626 trabajadores en alta en la Seguridad Social, según datos extraídos del Anuario de estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración:

http://www.mtin.es/estadisticas/ANUARIO2009/EMP/emp01_top_EXCEL.htm.

⁴⁶ Traslados colectivos, modificación sustancial de condiciones de trabajo de origen colectivo; suspensiones del contrato de trabajo, o despidos colectivos.

debían celebrarse con la totalidad de los trabajadores, debiendo entonces adoptarse el acuerdo por unanimidad; admitir la posibilidad de designar una representación de trabajadores *ad hoc* con los que negociar; o a entender que el trámite del período de consultas no podía ser exigido, por imposible, debiendo amortizarse el trámite, dada la falta de unos representantes del interés colectivo de los trabajadores, y puesto que la normativa laboral extiende a estos sujetos una serie de prerrogativas y garantías para el adecuado desempeño de sus funciones representativas que no son trasladables a otras figuras de representación sobrevenida, lo que dificultaría la intervención de esas otras formas de representación, incrementando las posibilidades de un acuerdo abusivo⁴⁷.

Tratando de dar respuesta a este problema, la Ley 35/2010, al modificar el art. 82.3 ET prevé, para el caso de que no existan representantes de los trabajadores en la empresa, que los trabajadores puedan optar, en un plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas⁴⁸, por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente⁴⁹, o a una comisión de igual número de componentes designados,

⁴⁷ Así lo recoge NORES TORRES, L.E., en *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, 2000, pp. 199 y 200.

⁴⁸ La norma prevé que en ningún caso la falta de designación pueda suponer la paralización del plazo de negociación, por lo que este plazo continuará corriendo aunque no se haya efectuado la designación de los agentes negociadores por parte de los trabajadores.

⁴⁹ Respecto de la designación “democrática” de la misma, habrá que entender que dicha elección deberá respetar los principios de “participación”, esto es, participación de todos y cada uno de los sujetos afectados por el posible acuerdo; “igualdad”, entendido como proceso libre e igualitario de toma de decisiones, y “mayoría”, es decir, el respeto a los acuerdos adoptados mayoritariamente o por el conjunto de los demás. MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 199.

según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Se soluciona así el problema existente hasta la fecha en los casos en que no existiese representación de los trabajadores en la empresa. Y se soluciona reforzando, por una parte, el nivel empresarial como ámbito de negociación y, de otra, el papel que los sindicatos más representativos pueden jugar en un terreno respecto del que tenían pocas posibilidades de actuación. Sin embargo dicha solución plantea serias dudas acerca del respeto al derecho a la negociación colectiva.

Ciertamente el derecho a la negociación colectiva no vendrá lesionado cuando la competencia para negociar se atribuya a una comisión de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma y cuyas condiciones salariales se quieren dejar de aplicar. En este caso “*se refuerza el papel de los sindicatos más representativos y representativos en al empresa, subrayándose el papel del sindicato como instrumento de representación en la empresa*”, reforzándose igualmente “*el papel de control y seguimiento sobre los actos de inaplicación del convenio de aquellos sujetos que intervinieron en el proceso de negociación del convenio de sector*”⁵⁰. En definitiva, será una comisión extraída de los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo que se pretende dejar de aplicar, la que acordará el descuelgue salarial.

Sin embargo la opción por una comisión *ad hoc* suscita cuestiones de legalidad

⁵⁰ MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 200.

constitucional⁵¹, por cuanto al estar hablando de la inaplicación de un convenio colectivo estatutario, amparado por su eficacia *erga omnes*, sería de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual resultaría lesivo de la libertad sindical admitir que mediante pactos individuales se pudiese privar de eficacia a los convenios colectivos.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sostenido que *“la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio”*⁵².

Además, deben tenerse en cuenta las objeciones que se habían venido haciendo con relación a la posibilidad de que el acuerdo fuese alcanzado con representaciones distintas de las legalmente reconocidas, tal y como ha quedado dicho anteriormente. En efecto, téngase en cuenta que la normativa laboral reconoce, de una parte, una serie de garantías⁵³ a la representación legal de los

trabajadores, con el objeto de asegurarles una cierta indemnidad frente a posibles represalias empresariales por el ejercicio de sus funciones representativas. Al privárseles de ellas, es obvio que son mayores las posibilidades empresariales de ejercer presión para obtener el acuerdo y menores las opciones de desempeñar adecuadamente su cometido por parte de los trabajadores.

De otra parte, y por lo que se refiere a las facultades y competencias, el art. 64 ET contempla el derecho de la representación unitaria a ser informada y consultada por el empresario sobre una amplia serie de materias de contenido relativo a la situación económica de la empresa, así como de la evolución del empleo y la política de contratación en la misma, materias estas de indudable trascendencia en un procedimiento de negociación salarial de aplicación en la empresa que, como condición, exige que las perspectivas económicas de la empresa puedan verse dañadas por la aplicación de tales condiciones salariales, afectando las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma⁵⁴.

en los casos de suspensión por causas tecnológicas o económicas (art. 68. b ET); imposibilidad de ser despedido o sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la terminación del mandato –salvo revocación o dimisión– siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación (68.c ET); imposibilidad de discriminación en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de su representación (igualmente, art. 68.c ET); derecho a expresar libremente sus opiniones en materias concernientes a la esfera de su representación, reconociéndosele el derecho a publicar y distribuir las publicaciones de interés social o laboral, sin que ello perturbe el normal desenvolvimiento del trabajo (art. 68.d ET); o el derecho a un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación (art. 68.e ET).

⁵⁴ En efecto, el art. 64 ET reconoce el derecho de la representación unitaria de los trabajadores a ser informada trimestralmente acerca de la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades; sobre las previsiones del empresario de celebrar nuevos contratos; la realización de horas complementarias por los

⁵¹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV *La reforma laboral en la ley 35/2010*. Tirant lo blanch, 2010, pp. 135 y 136 en relación con las páginas 127 y 128.

⁵² STC 238/2005, de 26 de septiembre, en la que recoge las anteriores sentencias 208/1993, de 28 de junio; y 225/2001, de 26 de noviembre.

⁵³ Prioridad de permanencia en los puestos de trabajo en casos de traslado o desplazamiento (art. 40.4 ET) así como en los supuestos de despido colectivo (art. 51.7 ET) o despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 52.c ET); derecho del representante, y no del empresario, a optar entre readmisión o extinción indemnizada en caso de despido declarado improcedente (art. 56.4 E.T.); apertura de expediente contradictorio en el supuesto de imposición de sanciones por faltas graves o muy graves en el que sean escuchados los restantes miembros que integren la representación del personal (art. 68.a ET); prioridad de permanencia en la empresa

Ciertamente, la representación *ad hoc* introducida con la reforma operada por la ley 35/2010 podría calificarse en la actualidad como representación “*legalmente reconocida*” al haberse recogido en la norma laboral, pero ello no conlleva la extensión de estas facultades y garantías a la misma, toda vez que la ley no lo reconoce expresamente⁵⁵, y puesto que muchas de ellas carecen de sentido para una representación puntual, *ad hoc* para la negociación sobre un concreto particular.

Por otra parte, debe recordarse que en la elección de representantes unitarios de los trabajadores existe una fuerte intervención del sindicato, siendo que las candidaturas vienen normalmente presentadas por sindicatos. Ello confiere un apoyo a las representaciones unitarias así elegidas, en la medida en que el sindicato siempre estará detrás de las mismas, informando y asesorando a sus representantes acerca de los derechos y deberes derivados de la normativa laboral, y apoyando la labor de los mismos en cuestiones tan complejas como pueda resultar el análisis de la situación económica y de empleo de la empresa a la hora de valorar la procedencia del descuelgue.

4. Otras posibilidades de descuelgue

Junto al mecanismo del descuelgue apenas estudiado, la normativa laboral española contempla otra posibilidad de descuelgue de las condiciones negociadas en un convenio colectivo, si bien en este

trabajadores contratados a tiempo parcial; de los supuestos de subcontratación; de las medidas adoptadas por la empresa para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en la empresa –dato éste igualmente relevante habida cuenta de que el eventual acuerdo no puede suponer el incumplimiento de las obligaciones dirigidas a eliminar las discriminaciones retributivas por razón de género que estuvieran previstas en el convenio que resulte inaplicado.

⁵⁵ El ET reconoce las mismas al Comité de Empresa así como a los Delegados de Personal (arts. 62.2; 64 y 68 ET) y, en alguna medida, a los Delegados sindicales (art. 10.3 LOLS).

caso las materias objeto de posible descuelgue son más amplias, no limitándose exclusivamente al tema salarial. Se trata de la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el art. 41 del E.T. posible cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de modo que “*la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”⁵⁶.

Según dispone actualmente esta norma, tras la Ley 35/2010, los convenios colectivos estatutarios, sean de sector o de empresa, podrán modificarse mediante acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, rigiendo las mismas reglas que las estudiadas anteriormente en el caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, lo que permite reiterar las dudas de constitucionalidad antes señaladas, al menos por lo que se refiere al descuelgue de condiciones previstas en convenios sectoriales. En efecto, en el caso de convenios de empresa será necesario que existan representantes de los trabajadores que lo negocien, por lo que, por definición, no cabrá la representación *ad hoc* para negociar el descuelgue.

En todo caso, cabe igualmente plantearse tales dudas cuando de lo que se trate sea de acordar el descuelgue respecto de un convenio de grupo de empresas así

⁵⁶ De esta redacción, afectada por la reforma operada por la Ley 35/2010, queda patente el carácter preventivo y ofensivo de la medida adoptada por el empresario, en la medida en que la decisión de introducir modificaciones sustanciales no resulta procedente solamente con objeto de permitir que la empresa reacciones ante coyunturas difíciles reales y actuales, sino que también podrán ser adoptadas con carácter preventivo y, en todo caso, como medida ofensiva, para mejorar la situación y perspectivas de la empresa.

como de aquellos convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación⁵⁷.

Por lo que se refiere a las materias susceptibles de descuelgue, la norma no fija, con relación a los convenios de empresa, límite alguno en cuanto a las materias susceptibles de descuelgue, siendo que únicamente en caso de descuelgue de condiciones fijadas en convenios sectoriales las materias que puedan verse afectadas quedan limitadas a: horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; funciones derivadas de la categoría profesional acordada con el trabajador según el convenio colectivo aplicable.

5. Conclusiones

En el actual contexto económico, la tendencia de la legislación laboral española es la de acercar a la empresa el ámbito de determinación de las condiciones de trabajo⁵⁸. Este acercamiento se ha producido, como hemos analizado, tanto con la institución del descuelgue salarial como con la de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Mecanismos dirigidos a tutelar la eficiencia productiva de la empresa y, con ello, a preservar el mantenimiento del empleo, constituyendo

⁵⁷ En cuyo caso la norma laboral atribuye la representación del banco social a los sindicatos más representativos, estatales o de comunidad autónoma, así como a los simplemente representativos.

⁵⁸ Como un claro ejemplo de ello, el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, por el que se reforma la negociación colectiva, modifica el artículo 84 ET, fijando con carácter general la preferencia del convenio de empresa frente a la regulación establecida en un convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en una serie de materias entre las que se encuentran, entre otras, la cuantía del salario base, el horario y distribución del tiempo de trabajo, la adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional, la adaptación de ciertos aspectos de las modalidades de contratación o las medidas para favorecer la conciliación entre vida laboral y familiar.

vías de ajuste en las situaciones de crisis empresariales⁵⁹.

El problema de esa estrategia deriva, como se ha visto, de la sustitución de los acuerdos alcanzados en ejercicio del derecho a la negociación colectiva por otros obtenidos con órganos a los que difícilmente puede reconocerse su condición de representación legal de los trabajadores.

En un contexto de preeminencia de las consideraciones de orden económico a las sociales, nos hemos acostumbrado a recortes en los derechos individuales de los trabajadores, predominando en su regulación la necesidad de dotar de flexibilidad a las instituciones laborales con el fin de garantizar la competitividad y adaptabilidad de las empresas, si bien con el límite de los derechos fundamentales, que quedarían como reducto inexpugnable de los derechos laborales. Sin embargo, tales recortes están afectando desde hace ya algún tiempo a los derechos colectivos, sobre todo como consecuencia del sometimiento de tales derechos a los nuevos límites derivados del respeto a las libertades fundamentales (libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales) establecidas en la construcción del mercado único europeo.

En este sentido son conocidas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁰ imponiendo límites al derecho de huelga y negociación colectiva como consecuencia de la necesidad de proteger la libertad de prestación de servicios y de la competencia.

Ciertamente, las condiciones políticas y económicas actuales son bien diversas de aquellas existentes en el momento de la aparición del Estatuto de los Trabajadores (año 1980), pero las nuevas relaciones entre las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo no pueden ignorar el art. 37 de la Constitución española en la medida en que este derecho reconoce el

⁵⁹ MERCADER UGINA, J., "Los acuerdos de descuelgue..." *cit.*, p. 200.

⁶⁰ Fundamentalmente, asunto C-341/05, Laval y asunto C-438/05, Viking.

derecho a la negociación colectiva y garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

La *descuelgue salarial*: il ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione delle condizioni di lavoro

Traduzione a cura di Valerio A. Belsito

SOMMARIO: 1. Diritto del Lavoro e Costituzione. 2. Tre premesse: la struttura della contrattazione collettiva in Spagna; l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi e il ruolo del contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro. 3. La *descuelgue salarial* come meccanismo per salvaguardare la competitività delle imprese. 3.1. Condizioni necessarie per la *descuelgue*. 3.2. Procedure per la *descuelgue*. 4. Altre possibilità di *descuelgue*. 5. Conclusioni.

1. Diritto del Lavoro e Costituzione

Il diritto si propone di ordinare le relazioni che avvengono nella società al fine di mitigare gli elementi potenziali del conflitto che può sorgere. Da questa prospettiva, il diritto del lavoro ha la funzione di civilizzare i rapporti sociali, sostituendo le relazioni di forza con le relazioni di diritto¹, imponendo i valori dominanti nella società, non con la coercizione, ma con il consenso che è, l'ottenimento di un ragionevole grado di accettazione², in modo che si arrivi ad un compromesso volto a ottenere la pace sociale.

E' proprio la natura transazionale che ispira il diritto del lavoro³, un diritto a metà strada tra conquista⁴ e concessione⁵, che

giustifica come il predominio contrattuale iniziale dell'imprenditore sia stato sostituito da meccanismi di definizione delle condizioni di lavoro che rifuggono dal suo diretto controllo (sia dalla contrattazione collettiva che dall'ordinamento giuridico statale) raggiungendo un certo equilibrio delle disuguaglianze materiali proprie del rapporto di lavoro, potendosi descrivere come *paradosso storico*, il fatto che la concentrazione e il rafforzamento del potere economico abbia comportato l'indebolimento dei poteri di regolamentazione del rapporto di lavoro⁶.

Ovviamente, la mera esistenza di un diritto destinato a civilizzare il conflitto sociale non scompare, in modo che mentre permane il conflitto che sta alla base del diritto del lavoro, questo rimane come modello normativo rigido finalizzato alla sua soluzione⁷. Ciò che è suscettibile di variazione sono le forme, le tecniche ed i criteri seguiti dal diritto del lavoro per raggiungere tale scopo⁸. E poiché il diritto del lavoro non è vincolato al contesto politico, sociale, economico e culturale, tutti questi fattori ne determinano l'evoluzione.

Nella sua evoluzione il diritto del lavoro ha incontrato limiti sociologici e giuridici che sono quelli che ne hanno determinato

¹ SUPIOT A., *¿Por qué un derecho del trabajo?*, in *Documentación Laboral*, n. 39, 1993, p. 17.

² ATIENZA M., *Introducción al Derecho*, Baranova, Barcelona, 1985, p. 37.

³ In particolare, GALIANA MORENO J.M., *Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del Trabajo*, *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 537 e ss..

⁴ Ovvero, *La acción de los trabajadores y de sus organizaciones contra el orden capitalista*,

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 18.

⁵ Questo è il risultato della "battaglia del business e del potere politico contro l'azione dei lavoratori" PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 18.

⁶ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p. 306.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 19.

⁸ DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, *Revista del Trabajo*, 76, 1984, p. 19.

la trasformazione. Come limite sociologico si potrebbe far riferimento al consenso sul quale si assesta la soggezione del conflitto sociale alla legge. Come limite giuridico va segnalato il risultato del riconoscimento costituzionale di alcuni diritti sociali, frutto, a loro volta, della necessità di ottenere il necessario grado di accettazione delle regole che permettono il consenso.

Nell'attuale contesto politico ed economico si stanno mettendo alla prova entrambi i limiti, attraverso l'introduzione di riforme del lavoro antisociali che stanno cominciando a rompere questo consenso, che tendono anche ad ignorare il riconoscimento costituzionale dei diritti di lavoro.

In queste pagine mi concentrerò su quest'ultimo tema, analizzando un istituto del diritto del lavoro spagnolo, recentemente rinnovato (il c.d. salario variabile, insieme ad altre possibilità) che denota la debolezza di un diritto costituzionalmente garantito, come quello alla contrattazione collettiva quale strumento per la determinazione delle condizioni di lavoro.

2. Tre premesse: la struttura della contrattazione collettiva in Spagna; l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi e il ruolo del contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro

Per rendere più comprensibile l'esposizione, appare necessario soffermarsi, anche brevemente, su tre aspetti della contrattazione collettiva in Spagna: a) la struttura della contrattazione collettiva; b) l'efficacia dei contratti collettivi e il loro valore normativo; c) l'evoluzione delle relazioni diritto-accordo-contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro.

a) La struttura della contrattazione collettiva in Spagna

Le principali aree di contrattazione collettiva in Spagna sono: nazionale, di comunità autonoma, interprovinciale, provinciale, di gruppo di imprese, di impresa, o di centro di lavoro. Come

indicato nella relazione elaborata dal "Consiglio Economico e Sociale di Spagna"⁹, la struttura della contrattazione collettiva, che è rimasta relativamente invariata dalla fine degli anni novanta, mostra una netta prevalenza del numero di accordi aziendali (circa il 75%)¹⁰. Tuttavia, riguardo ai contratti collettivi, sono i contratti collettivi provinciali che raggiungono un maggior numero di lavoratori, interessando più della metà dei lavoratori inclusi nell'ambito di applicazione dell'accordo, seguiti da quelli nazionali, che ne coprono circa un quarto¹¹.

Questa preponderanza degli accordi provinciali è dovuta al numero di imprese interessate dalla contrattazione collettiva, nella misura in cui, secondo gli accordi registrati fino al 31 agosto 2008, gli accordi di livello provinciale erano nella misura del 18,5% del totale, riferibili al 68,8% delle imprese e al 53,5% dei lavoratori¹².

La predominanza dei contratti collettivi provinciali (dovuta in gran parte alla struttura aziendale spagnola, caratterizzata da piccole imprese) è data dalla stragrande maggioranza delle aziende spagnole che applicano condizioni di lavoro negoziate a un livello superiore, per pertanto, non può

⁹ Consejo Económico y Social de España, Relazione sulla situazione socio-economica e occupazionale in Spagna, 2009 in <http://www.ces.es/memorias.jsp>, p. 403 e ss..

¹⁰ Secondo questo documento, le convenzioni nazionali e regionali (la maggioranza uniprovinciali) hanno un peso ridotto, essendo inferiori in ciascuno dei casi al 2% del totale.

¹¹ In questo documento si afferma che gli accordi aziendali interessano un numero inferiore di lavoratori (da 10 a 100), pur essendo in maggior numero percentuale, a causa della struttura aziendale spagnola, caratterizzata da piccole imprese. D'altra parte, si sottolinea che gli accordi autonomi sono quelli che colpiscono un numero minore di lavoratori.

¹² *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 29). Nella tabella III.7 di questa pagina si precisa inoltre che gli accordi aziendali, nella misura del 76,2%, riguardano lo 0,3% delle aziende e l'11% dei lavoratori; mentre quelli nazionali, nella misura del 1,6%, riguardano il 24,3% delle aziende ed il 25,9% dei lavoratori in http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf.

soddisfare le specifiche esigenze dell'impresa in cui tali condizioni devono essere applicate. Esiste pertanto una qualche mancanza di armonia tra la fissazione delle condizioni di lavoro e la loro applicazione.

b) L'efficacia dei contratti collettivi in Spagna

Il disposto di cui all'articolo 37 della Costituzione Spagnola (S.C.), il quale prevede che *“la legge garantisce il diritto alla contrattazione collettiva tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro così come la forza vincolante delle convenzioni”* e, di conseguenza, come previsto dall'articolo 83, co. 2, dello Statuto dei lavoratori (E.T.)¹³, si è affermato che gli accordi collettivi spagnoli, almeno gli accordi cosiddetti statutari¹⁴, hanno una efficacia erga omnes e un valore normativo, tale che un contratto collettivo in vigore non possa essere modificato dalle disposizioni di un contratto collettivo di ambito diverso, salvo patto contrario (articolo 84 E.T.).

Questa regola relativa all'efficacia degli accordi è, tuttavia, esclusa dal 1994 dalla regolamentazione del diritto del lavoro stesso, che, in due diverse articoli 41 e 82, co. 3, E.T.¹⁵ - ha previsto la possibilità che determinate condizioni di lavoro fissate dal contratto collettivo applicato all'impresa cessano di applicarsi alla stessa in virtù di eventuali accordi raggiunti tra il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori della stessa¹⁶, cioè, con soggetti

¹³ *“I contratti collettivi di cui alla presente legge obbligano tutti i datori di lavoro e i lavoratori inclusi nell'ambito di applicazione e per il tempo della sua vigenza”.*

¹⁴ Cioè negoziati secondo le norme previste dallo Statuto dei Lavoratori.

¹⁵ L'art. 41, che fa riferimento all'inapplicabilità delle previsioni convenzionali in materia di orario e di distribuzione del tempo di lavoro; turni di lavoro; remunerazione; prestazione di lavoro dopo la riforma introdotta con la legge 35/2010. L'art. 82, co. 3, per quanto riguarda il sistema salariale previsto in applicazione dell'accordo.

¹⁶ Cosa diversa sono i meccanismi di articolazione della contrattazione collettiva prevista dagli artt. 83, co. 2, E.T. e 84 E.T., paragrafi 2, 3 e 4 recentemente modificati (RDL del 10 giugno 2011, n. 7).

legittimati a negoziare accordi collettivi a livello di impresa¹⁷.

Vale la pena notare a questo proposito che, secondo la dottrina seguita dalla Corte costituzionale, in nessun caso, i lavoratori sono legittimati a negoziare le clausole di applicazione del contratto collettivo. Infatti, la Corte costituzionale¹⁸ ha considerato lesivo del diritto alla contrattazione collettiva, e quindi contrario al diritto di libertà sindacale, l'accordo raggiunto dalla collettività dei lavoratori (noto come “accordo individuale di massa”) per non applicare le disposizioni di un contratto collettivo avente efficacia generale.

Come recita la STC 105/1992, dal 1 luglio, *“il prevalere dell'autonomia della volontà individuale dei lavoratori sull'autonomia collettiva consacrata in un accordo legale raggiunto tra sindacati e rappresentanza imprenditoriale, avrebbe rotto il sistema di contrattazione collettiva configurato dal legislatore, determinata dalla forza vincolante delle disposizioni costituzionali di cui all'art. 37,co. 1 CE”.*

Si tratta, quindi, *“del coinvolgimento del diritto alla contrattazione collettiva, e per esso del diritto di libertà sindacale per le azioni aziendali volte ad ottenere l'autonomia individuale attraverso la creazione di condizioni di lavoro uguali per tutti i lavoratori dell'azienda che modifichino le condizioni del contratto collettivo applicabile”*, in modo che costituendo il diritto alla contrattazione collettiva l'essenza della libertà sindacale, *“negare o impedire l'esercizio di tale potere contrattuale da parte dei sindacati o comprometterne l'efficacia viola l'art. 37, co. 1 CE ed il diritto alla libertà sindacale sancita dall'art. 28 co.1, CE”*¹⁹.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 87 del E.T. *“in rappresentanza dei lavoratori sono legittimati a negoziare accordi aziendali e di livello inferiore, il consiglio di fabbrica, i delegati del personale, se del caso, o le sezioni sindacali che, unitamente, rappresentino la maggioranza dei membri del comitato”.*

¹⁸ Per tutti, STC 238/2005, del 26 settembre 2005.

¹⁹ STC 238/2005, del 26 settembre 2005, con la quale si affronta il problema della “regolamentazione” del regime dell'orario fissato da convenzione (il settore

Così, il rispetto del diritto alla contrattazione collettiva viene garantito con l'istituto del "descuelgue" perché i soggetti che lo accettano sono quelli che hanno la capacità di negoziare un accordo collettivo di impresa, senza che questa volontà collettiva possa essere sostituita dalla volontà della pluralità dei lavoratori colpiti dalla misura. Da questo punto di vista, piuttosto che un'eccezione all'efficacia erga omnes del contratto collettivo, la possibilità di negoziare clausole di deroga al divieto è un'eccezione di concorrenza dei contratti collettivi di diverso ambito, dando priorità alla negoziazione di livello aziendale piuttosto che ad altri livelli di negoziazione.

c) Il ruolo del contratto collettivo nella determinazione delle condizioni di lavoro in Spagna

Nello stabilire le condizioni di lavoro intervengono tre "fonti" (legge, accordo e contratto) il cui rapporto tra di loro, evolvendosi con il diritto del lavoro, ha determinato la necessità di proteggere l'efficienza produttiva delle aziende come come criterio ispiratore della normativa, migliorando la permeabilità della normativa ai dettami dell'economia ed al suo impatto sull'occupazione.

Come è noto, con questa evoluzione fonti eteronome hanno perso peso rispetto alla autonoma e, al loro interno, è stato messo in dubbio il ruolo del contratto collettivo sul contratto di lavoro.

Questo è ciò che in Spagna è stato definito come "*ed discreto retorno del arrendamiento de servicios*"²⁰.

delle casse di risparmio) tramite accordo individuale con i lavoratori, con il quale essi accettano, il lavoro part-time invece che il continuato e, nell'ambito dell'accordo, l'azienda offre indennizzi: risarcimento 270,83 euro al mese, tre giorni di permesso retribuito aggiuntivi alle ferie annuali e tickets ristorante di 7,81 euro al giorno in regime di part-time.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., "El discreto retorno del arrendamiento de servicios". AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*. Ministerio del Trabajo e della Sicurezza Sociale. Madrid, 1990.

Inoltre, questa evoluzione ha interessato il tradizionale rapporto di suppletività che il contratto collettivo ha mantenuto rispetto alla legge (per il quale l'accordo potrebbe migliorare i diritti minimi fissati da parte dello Stato) rafforzando il rapporto di complementarità (secondo cui la legge si riferisce all'accordo nella regolazione della materia) e di integrazione (cioè, quando le leggi sono applicabili solo in assenza di previsione convenzionale)²¹.

Infine, va notato che nella sua perdita graduale di peso della legge sul contratto, la legislazione spagnola ha favorito, in molte occasioni, gli accordi di ambito settoriale agli accordi collettivi statali, mostrando una certa diffidenza verso gli accordi negoziati a livello aziendale, nella

²¹ Paradigmatica in questo senso è stata la riforma del diritto del lavoro operata ai sensi della legge n. 11 del 19 maggio 1994. Infatti, questa legge, che nel suo preambolo fa riferimento alla necessità di rafforzare la competitività delle imprese e la loro adattabilità alla situazione economica e produttiva derivante dal fenomeno della globalizzazione dell'economia, ha introdotto modifiche sostanziali nei rapporti legge-accordi, promuovendo la natura integrativa e complementare della legge sul contratto, così recitando il preambolo: "*un processo di trasferimento di regolamentazione statale a favore di quella convenzionale*". Così, per esempio, e per quanto riguarda i rapporti di suppletività, deve anche farsi riferimento alla regolamentazione del periodo di prova di cui all'art. 14 del ET, con il quale si è passati da un rapporto di complementarità tra legge e convenzione, ad uno suppletivo, di modo che la norma giuridica relativa alla durata del periodo di prova risulta applicabile solo in assenza di previsione da parte del contratto collettivo (in questo senso, CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*. 1994, p. 75. Mentre la determinazione delle disposizioni di legge non è mai stato interpretato univocamente (sul tema si veda, ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. pp. 99 e ss.). Per quanto riguarda la complementarità, si potrebbe parlare del diritto alla progressione economica, nella misura in cui tale diritto è riconosciuto ai lavoratori solo in virtù di contratto collettivo o di contratto di lavoro (art. 25 ET) mentre nel testo precedente questo diritto era riconosciuto ai lavoratori, sebbene si facesse riferimento alle previsioni dell'accordo o del contratto di lavoro.

misura in cui essi potessero essere più inclini agli interessi del datore di lavoro²².

Questa evoluzione, tuttavia, è collegata ad un altro approccio volto a fissare le condizioni di lavoro nel luogo in cui tali condizioni devono essere applicate, in modo che le disposizioni negoziate in ambito superiore possano essere riviste all'interno di quelle aziende che rientrano nella loro applicazione. Si tratta, dunque, di facilitare l'adattabilità delle norme del lavoro alle condizioni dell'azienda per assicurare la sua sopravvivenza, che altrimenti potrebbe essere compromessa²³.

In questa linea evolutiva, lo stimolo è volto a rafforzare l'abito imprenditoriale, quale spazio per determinare le condizioni di lavoro applicabile all'azienda, in quanto la contrattazione collettiva settoriale gioca un ruolo *"decisamente disfunzionale ... dal punto di vista economico"*²⁴. Questa è la tendenza confermata, inoltre, dalla recente riforma della contrattazione collettiva introdotta dal Regio Decreto legge n. 7 del 10 giugno 2011.

3. La descuelgue salarial come meccanismo per salvaguardare la competitività delle imprese

La *descuelgue salarial*, cioè la non applicazione in una determinata azienda delle condizioni salariali stabilite dal

²² ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. p. 65.

²³ CASAS BAAMONDE, "Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses". *Relaciones Laborales*, 1995, p. 23. Questo è chiarito, inoltre, nella disposizione di cui all'art. 82, co. 3, ET nella parte in cui prevede che la deroga alle disposizioni che riguardano il regime salariale previste da parte dei contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale avviene *"quando la situazione e le prospettive economiche di questa potrebbero subire un danneggiamento a seguito della loro applicazione, compromettendo la possibilità di mantenere il lavoro nell'azienda"*.

²⁴ MERCADER UGUINA, J., "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010" in *La reforma del mercado de trabajo* (dir. García Perrote y Mercader Uguina) Lex Nova. 2010, p. 189.

contratto collettivo applicabile, si presenta come una misura volta a proteggere le aziende che si trovano in situazioni difficili in termini di competitività e, pertanto, come misura volta, in estremo, a mantenere il livello di occupazione che potrebbero essere influenzato negativamente in caso di perdita di competitività dell'azienda.

Inoltre, questo meccanismo appare attualmente inquadrato tra i requisiti di moderazione salariale richiesti dall'Unione Europea in attuazione del cosiddetto *"metodo aperto di coordinamento"* finalizzato a salvaguardare la competitività delle imprese. A questo proposito, la decisione del Consiglio del 21 ottobre 2010 n. 7 sugli orientamenti per le politiche dell'occupazione degli Stati membri (G.U. 24 novembre 2011 n 308) afferma che *"al fine di accrescere la competitività e migliorare i livelli di partecipazione, specialmente dei meno qualificati, e in ossequio alla direttiva n. 2 delle politiche economiche, gli Stati membri devono promuovere adeguate condizioni sulla negoziazione salariale e costo del lavoro coerente con la stabilità dei prezzi e le tendenze in materia di produttività"*.

Così, anche se è chiaro che la retribuzione costituisce l'obbligo primario del datore di lavoro nel campo dei rapporti di diritto del lavoro e della politica la retribuzione è una variabile fondamentale in relazione ai principali obiettivi macroeconomici, quali il controllo dell'inflazione e la riduzione della disoccupazione²⁵.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, si deve rilevare che questo meccanismo di non applicazione delle condizioni previste nei contratti collettivi non è nuovo. In realtà già negli anni '80, in una situazione di crisi economica, i diversi Accordi Interconfederali negoziati tra Governo, sindacati e organizzazioni imprenditoriali²⁶

²⁵ ANTONIO VALLEBONA *Breviario di Diritto del Lavoro*, Giappichelli editore, 2005, pp. 292 e 293.

²⁶ Cioè, gli strumenti di concertazione sociale: Accordo Quadro Interconfederale del 1980 (AMI), l'Accordo Nazionale per l'Occupazione del 1981

contemplavano la possibilità del *descuelgue salarial*, imponendo alle parti sociali l'inclusione delle clausole di *descuelgue* nei contratti collettivi negoziati.

In un momento di lotta contro l'inflazione, si trattava di conciliare la necessità di controllare l'inflazione con quella di non perdere, almeno, il potere d'acquisto da parte dei lavoratori ed, infine, evitare che le misure adottate per garantire tale potere d'acquisto non implicassero un peggioramento della situazione di quelle aziende che stavano soffrendo una grave situazione economica.

Così, ad esempio tali accordi interconfederali, imponevano ai soggetti negozianti degli accordi, di prevedere la possibilità di non applicare l'adeguamento salariale previsto nei contratti collettivi di ambito superiore all'impresa in caso svalutazione maggiore, rispetto al previsto, dell'Indice dei Prezzi al Consumo (I.P.C) in modo che detto adeguamento non si applicasse alle imprese con un bilancio negativo nei due anni precedenti²⁷. In ogni caso non sembra che tale compromesso, da realizzare in modo efficace con la contrattazione collettiva, limitasse considerevolmente l'operatività della misura²⁸.

Con la legge del 19 maggio 1994 n. 11, la misura del *descuelgue salarial*, in deroga alle condizioni economiche previste nei contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale, è stata prevista nello

(ANE) l'Accordo Interconfederale del 1983 (AI) e l'Accordo Economico e Sociale del 1984 (AES).

²⁷ Per quanto riguarda i dati relativi alla portata della revisione salariale, se ha señalado que “*nel 1983, la clausula di revisione del AI riguardò il 62,84% dei lavoratori interessati dal contratto; nella relazione sulla contrattazione collettiva elaborata dal Gabinetto tecnico della UGT per il 1994, si evidenzia che alla data del 5 settembre, al 60,23% dei lavoratori interessati dall'accordo è stata applicata la clausula di revisione*”. ROJO TORRECILLA, E., y PÉREZ AMORÓS, F., “El Acuerdo Económico y Social”, Revista de Política Social, n. 145. Gennaio-Marzo 1985 p. 76.

²⁸ In questo senso, GARRIDO PERES, E., “Las cláusulas de descuelgue en la nueva ordenación estatutaria” *Relaciones Laborales* Tomo I, 1995, p. 366.

Statuto dei lavoratori. Questa legge del 1994 aveva come scopo, nell'ambito delle decisioni politiche volte a creare occupazione, quello di migliorare la competitività delle imprese spagnole, fornendo strumenti di gestione delle risorse umane che incidessero favorevolmente sull'efficienza delle aziende. L'obiettivo era quindi di introdurre misure che consentissero una gestione flessibile delle risorse umane in azienda, facilitandone, come dichiarato nella sua motivazione, l'adattamento “*sia alla situazione economica che ai cambiamenti del mercato in cui si opera*”.

Così, come ulteriore passo in questo processo evolutivo di adattamento alle circostanze dell'impresa, la riforma del 1994 si prefissava di istituire un meccanismo efficace per garantire la *descuelgue* del regime salariale previsto nei contratti collettivi sovraziendali in quelle imprese la cui stabilità economica potesse essere seriamente compromessa in caso di sua applicazione.

Per raggiungere questo obiettivo, sono state stabilite, come contenuto obbligatorio dei contratti collettivi sovraziendali, “*le condizioni e le modalità per non attuare il regime salariale istituito dagli stessi, per quelle imprese incluse nel campo di applicazione dell'accordo, quando questo fosse superiore a quello applicato dall'azienda ...*”²⁹, contemplando un regime suppletorio per i casi in cui i contratti collettivi sovraziendali non contenessero tale clausola. In questi casi, recita l'art. 82, co. 2 ET, derogare al sistema salariale previsto “*può avvenire solo previo accordo tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori quando richiesto dalla situazione economica della società*”, prevedendosi che, in caso di assenza di accordo, la questione fosse risolta dalla commissione paritetica prevista dal contratto, che avrebbe determinato le nuove condizioni salariali seguendo la stessa procedura (accordo tra datore di lavoro e legali rappresentanti dei lavoratori e, in

²⁹ Art. 85, co. 3c) ET, come modificato prima dal RD legge 10/2010 e poi dalla legge 35/2010.

mancanza, dalla commissione paritetica stessa).

Dopo l'inserimento di detto contenuto minimo dei contratti collettivi di livello superiore a quelli dell'azienda e, in virtù degli impegni successivi presi nell'ambito degli accordi interconfederali per la contrattazione collettiva³⁰, è aumentato il numero di coloro che sono stati inclusi in tali clausole, tanto che nel 2007 il numero di lavoratori interessati dalle clausole di *descuelgue* ha raggiunto il 64,7% del totale rispetto al 48,6% nel 1998³¹.

Tuttavia, il numero sempre maggiore di accordi che hanno raccolto la clausola derogatoria dei salari non ha reso funzionante il meccanismo, dal momento che, questi accordi, lasciati alla contrattazione collettiva settoriale nella determinazione delle condizioni e delle procedure per la non applicazione del sistema salariale, hanno in molte occasioni ostacolato l'applicazione di tale meccanismo a causa dell'introduzione di procedure complicate e complesse, condizionandolo all'esistenza di situazioni contingenti, in modo che *“se la volontà del legislatore era stata quella di consentire la ripresa delle imprese in crisi, la contrattazione collettiva aveva camminato nella direzione opposta, cercando di*

*evitare ad ogni costo, il predetto contenimento salariale”*³².

A questo proposito, nella zona di Valencia, si può notare che negli accordi sovraziendali vigenti nel periodo 2004-2007, le ragioni indicate dalla normativa settoriale per poter accedere al *descuelgue* consistevano essenzialmente in: a) situazioni di deficit o perdite negli esercizi precedenti; b) eventuali danni alla stabilità economica dell'impresa; c) danni irreparabili alla sua economia; d) possibile messa in pericolo del mantenimento dell'occupazione; e) minaccia per la redditività dell'impresa - in quelle situazioni di crisi che portano alla chiusura dell'impresa; o che incidono sulla loro competitività; che mettono in pericolo posti di lavoro; che suppongono che l'impresa sia in uno stato di sospensione dei pagamenti, quale espediente per la regolamentazione del lavoro ovvero per gravi incidenti in termini di costi; che abbia un livello insufficiente di produzione e vendite; che l'incremento salariale produca danni irreparabili per l'economia dell'impresa; che in precedenza si sia verificato un calo del fatturato e dei risultati; che livello di perdite sia stato almeno del 10% del fatturato; che la situazione di crisi non sia attribuibile alla cattiva gestione dell'intera impresa, ovvero ad errori di gestione conseguenti a politiche finanziarie

³⁰ In ultimo, l'Accordo Interconfederale per l'Occupazione e la Contrattazione Collettiva 2010, 2011 e 2012, registrati con Delibera dell'11 febbraio 2010 (BOE del 22 febbraio). In ogni caso, tali impegni non erano altro che *“una raccomandazione più pedagogica che altro”* costituendo un semplice promemoria di quanto dettato dalla legge, senza aggiungere nulla di nuovo. A questo proposito, ANC, 2002, ALFONSO MELLADO, “El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002” in *La reforma laboral de 201 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002* (Coord. García Perrote-Escartín) Lex Nova, 2002, p. 322.

³¹ *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 136). Dati provvisori riferiti ai contratti collettivi registrati fino all'agosto del 2008 in http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccnc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf.

³² MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial in la Ley 35/2010” *cit.*, p. 191. Questo autore elenca alcuni esempi in cui gli accordi hanno ammesso il contenimento salariale solo quando l'applicazione delle condizioni salariali avrebbe portato alla chiusura dell'azienda o danni permanenti alla sua economia, stabilendo rigorose norme procedurali, come scadenze brevi per la pubblicazione dell'accordo, impedendo il contenimento salariale se il momento negativo dell'azienda si fosse verificato successivamente alla pubblicazione dell'accordo sulla Gazzetta Ufficiale. Allo stesso modo, ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, in AA.VV. *La reforma laboral in la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch. 2010. p. 132, che ha fatto riferimento all'esistenza di accordi che hanno reso possibile il contenimento salariale sono se approvato con voto unanime della commissione paritetica.

straordinarie ..., esigendosi che queste condizioni perdurassero per un certo periodo di tempo (di solito uno o due anni anche se a volte si fissano periodi di tre e cinque anni) e regolando la documentazione che il datore di lavoro deve fornire per dimostrare in modo affidabile la situazione di difficoltà economica che attraversa l'impresa e determinando, in alcuni casi, ulteriori requisiti (produzione di relazione esplicativa della situazione; adozione di un piano di fattibilità; o proposizione di un piano per il futuro; relazione sulle ore di lavoro straordinario effettuato nel corso dell'ultimo anno; contabilità certificata...)³³.

In relazione a questa circostanza si è affermato sia stata dovuta, in buona parte, alla “inerzia irresistibile” che grava sulla contrattazione collettiva spagnola, che ha portato molti accordi a ripetere in forma mimetica le previsioni dell'accordo immediatamente precedente sulle clausole di *descuelgue* (l'Accordo quadro interconfederale del 1980) che limitava la *descuelgue* in deroga ai previsti aumenti salariali³⁴ - limitazione che non derivava da una previsione legislativa³⁵ - richiedendo che l'impresa avesse subito perdite per due anni consecutivi e che le previsioni per il terzo anno fossero pessimiste³⁶.

³³ Su questi dati si veda AA.VV. *Estudio sobre la negociación colectiva en la comunidad valenciana 2004-2007*, Grupo 85 Ediciones, pp. 47 e ss.. Allo stesso modo, a questo proposito, si veda, *Informe sobre la negociación colectiva valenciana*, elaborado por profesores del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e, sul punto che qui interessa FITA ORTEGA Y TATAY PUCHADES, pp. 184 e ss..

³⁴ L'Accordo Quadro Interconfederale del 1980 prevedeva una fascia di aumento salariale tra il 13 e il 15%, sebbene rilevava che tali aumenti non erano di applicazione necessaria e obbligatoria per quelle imprese che dimostrassero oggettivamente ed in maniera affidabile situazioni di deficit o perdite subite nei due esercizi precedenti (1978 e 1979) da tenere in considerazione nelle previsioni per il 1980.

³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. “El descuelgue salarial” *Aranzadi Social* núm. 13/2009, p. 39.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

In questa situazione, con la riforma del 2010 si è cercato di uscire da questa situazione di stagnazione e di difficoltà pratica del *descuelgue salarial*³⁷, eliminando il ruolo protettivo che l'accordo settoriale giocava su questo meccanismo nella precedente regolamentazione, fissando con legge la procedura e le condizioni di deroga salariale, per favorire l'utilizzo di questa misura di flessibilità interna e rimettendo alla contrattazione collettiva solamente la definizione delle procedure per la risoluzione delle controversie di approvazione del *descuelgue*.

Di questi due aspetti (procedure e condizioni di deroga) mi soffermerò brevemente sul secondo e mi concentrerò sul primo, tenuto conto delle finalità dell'articolo.

3.1. Condizioni necessarie per la *descuelgue*

L'attuale regolazione del *descuelgue salarial*, contenuta nell'art. 82, co. 3 ET, rileva che la *descuelgue* del regime salariale prevista dagli accordi collettivi di livello superiore a quello aziendale sarà possibile “quando la situazione e le prospettive economiche dell'azienda possano essere danneggiate da tale applicazione, influenzando sulle possibilità di mantenere l'occupazione nella stessa”.

Stabilita di diritto la ragione determinante la deroga salariale prevista dal contratto collettivo sovraziendale, il problema che si pone per il futuro è quello di stabilire quando si debba intendere verificato nel caso concreto. A questo proposito, parte della dottrina³⁸ ha segnalato che, trattandosi di una misura posta a difesa di una situazione di difficoltà

³⁷ Il cui obiettivo è stato quello di “promuovere l'efficacia delle procedure di deroga salariale quando la situazione e le prospettive dell'impresa potessero essere danneggiate a causa del regime salariale stabilito, compromettendo la possibilità di mantenere il lavoro” (Relazione alla Legge n. 35 del 17 settembre 2010).

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” *cit.*, p. 134.

aziendale (accedere ad una *descuelgue salarial* in alternativa alla misura più traumatica dei licenziamenti per ragioni economiche), questa situazione di difficoltà debba essere reale e attuale³⁹ e non meramente ipotetica o futura, dovendo avere, inoltre, una certa intensità, in quanto si esige che possa mettere in pericolo il mantenimento di posti di lavoro nell'azienda in questione, ricadendo sul datore di lavoro la prova del concorso di tali circostanze. Altra parte della dottrina, tuttavia, sembra offrire una interpretazione più flessibile, in considerazione del fatto che la misura del *descuelgue* sia preventiva, in quanto “*un'azienda ben gestita dovrebbe prendere per tempo provvedimenti per regolare entrate e perdite, e prevenire potenziali effetti negativi sull'occupazione*”, essendo rilevante che ci sia un rischio per il mantenimento dell'occupazione con l'applicazione del regime salariale che possa costituire “*il perno dell'obbligo a convertire l'effetto sull'occupazione quale fattore essenziale per valutare l'adeguatezza del provvedimento*”⁴⁰.

Sviluppando questa interpretazione meno rigida delle ragioni per cui ricorra la norma, si è sostenuto che non è necessario che esista una situazione di rischio attuale, ma che si tratti di una situazione prevedibile, tale che l'azienda possa dimostrare che i suoi rendimenti non permettano di pagare il salario stabilito dal contratto di livello superiore a medio termine e che, per mantenere il livello dei salari, si preveda debba procedere a ridurre il personale, cosicché sussistano i presupposti che consentano la *descuelgue*⁴¹.

Forse entrambi i punti di vista possono essere convergenti, in quanto entrambi esigono l'esistenza di difficoltà reali ed

attuali per l'azienda, a cui corrisponde una situazione di perdite nel rendimento economico della società: certamente una significativa diminuzione dei benefici sarebbero motivo sufficiente per applicare la *descuelgue*⁴², ma in nessun caso si richiede che la società sia in perdita al momento di procedere alla *descuelgue salarial*. La casistica delle situazioni nelle quali possa verificarsi l'applicazione di questa misura è molto varia, per cui la stessa deve essere analizzata, sicuramente, in termini di *ragionevolezza* rispetto al caso concreto, tenendo conto, in ogni caso, della flessibilità introdotta dalla legge 35/2010 sulla valutazione della causa economica per procedere ad un licenziamento per questo motivo⁴³ e del fatto che in questo caso la misura è intesa ad assicurare, per quanto possibile, il mantenimento di posti di lavoro.

Ad ogni modo, è indiscutibile che con la nuova regolamentazione legale si sono posti dei limiti alle eccessive restrizioni che la contrattazione collettiva imponeva rispetto a quando intendeva concorrente la causa legittima del *descuelgue*, al ricorso in numerose occasioni di una situazione economica estremamente difficile. Tuttavia, nulla impedisce, dal mio punto di vista, che gli accordi possano precisare quando si potrà intendere concorrente la causa che abiliti il ricorso alla *descuelgue*, sempre che non vi osti il tenore letterale e lo scopo della norma.

⁴² Va ricordato che lo scopo della norma non è quello di mantenere il livello dei benefici del datore di lavoro, ma il livello di occupazione in azienda, in modo che se la possibilità di mantenere l'occupazione non sia pregiudicata, non si procederà al contenimento salariale.

⁴³ Dopo la riforma, sono stati semplificati i casi di situazione economica negativa che consentono il licenziamento per questo motivo (artt. 51 e 52 ET). Quindi, la norma si riferisce all'esistenza di perdite attuali o previste, o alla diminuzione persistente del livello di reddito, che possano incidere sulla sua vitalità o sulla capacità di mantenere il volume di lavoro, e pertanto “*a tal fine, l'azienda dovrà dimostrare i risultati presunti e giustificare che gli stessi si deducono dalla ragionevolezza dell'unica decisione di mantenere o promuovere la sua posizione competitiva nel mercato*”.

³⁹ Situazione negativa “*attuale o che normalmente si verifica se si applicano i nuovi salari*”. Ibidem, p. 134.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de *descuelgue* salarial y promoción de la negociación empresarial in la Ley 35/2010” cit., p. 195.

⁴¹ In questo senso, DÍAZ DE ATAURRI, P.G., in AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, 2011, p. 782.

3.2. Procedura per la descuelgue

Al fine di valutare come le riforme del lavoro che sono state elaborate nel corso dell'attuale contesto politico ed economico sono state peggiorative dei consolidati diritti dei lavoratori, occorre soffermarsi sull'analisi della procedura di *descuelgue* introdotta con la Legge 35/2010.

La deroga in una determinata impresa della condizioni salariali previste dal contratto collettivo di livello superiore (provinciale, regionale, statale ...), può essere effettuato solo se concordato tra l'azienda e "i legali rappresentanti dei lavoratori che hanno diritto di negoziare un accordo ai sensi dell'art. 87, co. 1, ET"⁴⁴.

Questo punto richiede qualche chiarimento. In primo luogo va ricordato che in Spagna esiste un doppio canale di rappresentanza in azienda (rappresentanza unitaria di base elettiva - Comitati di Impresa e Delegati del personale - e rappresentanza sindacale) riconoscendosi ad entrambi la legittimazione a negoziare accordi aziendali, sebbene nel caso della rappresentanza sindacale, si esige che tali rappresentanze sindacali raggiungano, nel loro complesso, la maggioranza dei membri dell'azienda.

Questa regola si spiega solo se si considera che il processo di elezione a rappresentanti unitari dei lavoratori (Delegati del personale e Comitati di Impresa) è fortemente sindacalizzato, in modo che siano le organizzazioni sindacali quelle che presentano la grande maggioranza dei candidati alle elezioni al Comitato di Impresa e a Delegato del personale. Ciò si spiega, in gran parte, in ragione del *criterio de audiencia* riconosciuto al sindacato più rappresentativo, che gli riconosce alcuni privilegi legali. In particolare, il più rappresentativo dipende dai risultati elettorali ottenuti dai sindacati nella procedure di elezione al Comitato di Impresa e a Delegato del personale o ai loro corrispondenti organi di rappresentanza dei lavoratori nelle Pubbliche Amministrazioni.

⁴⁴ Ci si riferisce agli accordi collettivi aziendali.

In ogni caso, si può concludere che così configurato, il meccanismo di contenimento salariale costituisca un'eccezione al divieto di concorrenza tra contratti collettivi di diverso ambito di applicazione, senza pregiudicare il diritto alla contrattazione collettiva, nella misura in cui prevede la possibilità di modificare, da persone di soggetti autorizzati a negoziare un accordo aziendale, la regolazione salariale prevista dal contratto collettivo di livello superiore a quello aziendale in cui risulta applicabile.

Tuttavia, l'attuale normativa ha inteso dare risposta ad un problema che si verifica nella gran parte delle aziende spagnole, che è dovuto alla mancanza di rappresentanti legali dei lavoratori nelle imprese. Va notato, in questo senso che, data la struttura aziendale spagnola, composta per lo più da aziende con pochi lavoratori al loro servizio (nel 2009, il 25,07% aveva uno o due lavoratori; la percentuale di imprese tra 3 e 5 lavoratori scendeva al 9,81% raggiungendo il 4,24% le imprese con un numero di dipendenti compreso tra 6 e 9)⁴⁵, molte delle quali non hanno rappresentanze dei lavoratori nelle strutture.

Infatti, ritenendo che nelle imprese con minimo personale non è conveniente interporre tra datori di lavoro e lavoratori la figura del portavoce, la legge prevede che solo nelle imprese con più di dieci lavoratori possa esistere rappresentanza unitaria degli stessi, anche se nelle aziende che ne hanno tra i 6 e i 10 si possano costituire questo tipo di rappresentanze se lo decide la maggioranza dei lavoratori (articolo 62,1 ET). Inoltre, va rilevato che essendo la circoscrizione elettorale sul posto di lavoro, accade che le aziende con

⁴⁵ Su un totale di 2.980.446 imprese registrate alla sicurezza sociale nel 2009, 747.361 dichiaravano di avere tra 1 e 2 lavoratori; 292.466, da 3 a 5; e 126.664, da 6 a 9, occupando, rispettivamente, 997.396, 1.096.903 e 913.336 lavoratori su un totale di 15.728.626 lavoratori risultanti alla Sicurezza Sociale, secondo i dati secondo i dati dell'Annuario di statistica del lavoro del Ministero del Lavoro e dell'Immigrazione:
http://www.mtin.es/estadisticas/ANUARIO2009/EMP/emp01_top_EXCEL.htm.

molti lavoratori nel complesso abbiano siti con pochi lavoratori, senza che si considerino valide le opzioni, previste in alcuni accordi dirette a facilitare la possibilità di eleggere rappresentanti dei lavoratori nelle imprese con meno di 6 addetti.

Pertanto, la mancanza dei rappresentanti dei lavoratori per negoziare nell'impresa che vuole applicare la *descuelgue salarial* è un problema che può verificarsi nella realtà spagnola. L'esperienza con altre istituzioni di gestione delle risorse umane che prevedono la necessità della negoziazione e, se del caso, dell'accordo con i rappresentanti legali dei lavoratori⁴⁶, così lo accredita. In tali casi le opzioni interpretative portano a ritenere che l'accordo debba essere adottato dall'unanimità dei lavoratori; ammettendo la possibilità di nominare una rappresentanza *ad hoc* dei lavoratori con cui negoziare; ovvero a ritenere che il periodo di consultazione non possa essere richiesto, in quanto impossibile, se si elimina il tramite, data la mancanza di un rappresentante degli interessi collettivi dei lavoratori, dal momento che la normativa sul lavoro estende a questi soggetti una serie di privilegi e garanzie per il corretto esercizio delle loro funzioni di rappresentanza che non sono trasferibili ad altre figure ulteriori, che potrebbe ostacolare il funzionamento di queste altre forme di rappresentanza, aumentando le probabilità di un accordo abusivo⁴⁷.

Cercando di rispondere a questo problema, la legge 35/2010, modificando l'art. 82, co. 3 ET, ha previsto, nel caso in cui non vi siano rappresentanti dei lavoratori in azienda, che i lavoratori possano scegliere, entro cinque giorni dall'inizio del periodo di consultazione⁴⁸, di

attribuire la rappresentanza alla negoziazione dell'accordo, a loro discrezione, ad una commissione di tre membri composta da dipendenti dell'azienda eletti democraticamente⁴⁹, ovvero o ad un comitato di ugual numero di membri designati, come loro rappresentanti, per i sindacati più rappresentati del settore di appartenenza dell'azienda, aventi diritto il diritto a far parte del comitato negoziatore dell'accordo collettivo da applicare all'azienda.

Si risolve così il problema esistente nei casi in cui non vi siano rappresentanze dei lavoratori in azienda. Ed è stato risolto rafforzando, da un lato, il livello aziendale come ambito di negoziazione e, dall'altro, il ruolo che i sindacati più rappresentativi possono giocare in un terreno in cui avevano poche possibilità di azione. Ma questa soluzione solleva seri dubbi sul rispetto del diritto alla contrattazione collettiva.

Certamente, il diritto alla contrattazione collettiva non sarà leso quando la competenza a negoziare sia attribuita ad una commissione composta da tre membri, integrata, secondo rappresentatività, da quei sindacati maggiormente rappresentativi relativamente al settore di pertinenza dell'azienda e che erano legittimati a far parte del comitato di negoziazione del contratto collettivo applicabile ad essa e le cui condizioni salariali si chiedono di applicare. In questo caso *“si rafforza il ruolo dei sindacati più rappresentativi nell'azienda, sottolineando il ruolo del sindacato come strumento di rappresentanza nell'azienda”*, ugualmente

negoziazione, per cui questo termine riprenderà a decorrere solo quando sarà effettuata la designazione degli agenti negoziatori da parte dei lavoratori.

⁴⁹ Per quanto riguarda la designazione *“democratica”* di questi, detta scelta deve rispettare i principi di *“partecipazione”*, cioè, la partecipazione di tutti e di ciascuno dei soggetti interessati dal possibile accordo; *“uguaglianza”*, inteso come processo libero e uguale su tutte le decisioni e *“maggioranza”*, ovvero il rispetto delle decisioni adottate a maggioranza dagli altri. MERCADER UGINA, J., *“Los acuerdos de descuelgue...” cit.*, p. 199.

⁴⁶ Trasferimenti collettivi, modificazioni sostanziali delle condizioni di lavoro di origine collettiva; sospensioni del contratto di lavoro, o licenziamenti collettivi.

⁴⁷ Questo lo raccoglie NORES TORRES, L.E., in *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, 2000, pp. 199 e 200.

⁴⁸ La norma prevede che la mancata designazione possa comportare la sospensione del periodo di

rafforzandosi “il ruolo di controllo e monitoraggio sugli atti di deroga all’accordo da parte di quei soggetti che hanno partecipato al processo di negoziazione dell’accordo di settore”⁵⁰. In definitiva, sarà un comitato formato da soggetti autorizzati a negoziare un contratto collettivo, che si pretende debba essere applicato, che accorderà il contenimento salariale.

Tuttavia la scelta di un comitato *ad hoc* solleva questioni di legittimità costituzionale⁵¹, in quanto si sta parlando di una deroga al contratto collettivo, protetto dalla sua efficacia *erga omnes*, secondo il dettato della Corte Costituzionale che ritiene lesiva della libertà sindacale consentire che accordi individuali possano privare di efficacia i contratti collettivi.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha affermato che “l’autonomia individuale - o le decisioni unilaterali dell’azienda - non possono modificare le condizioni di lavoro stabilito in un contratto collettivo, quando, considerata la trascendenza, l’importanza ed il significato delle condizioni di lavoro si eluda o aggiri il ruolo negoziale delle organizzazioni sindacali o sostanzialmente si svincola il contenuto effettivo dell’accordo”⁵².

Inoltre, devono essere prese in considerazione le obiezioni che si erano fatte a proposito della possibilità che l’accordo venga raggiunto con rappresentanze diverse da quelle legalmente riconosciute, come si è detto innanzi. Infatti, si noti che il diritto del lavoro riconosce, da una parte, una serie di garanzie⁵³ alle rappresentanze legali dei

lavoratori, al fine di assicurare una certa garanzia contro le possibili ritorsioni imprenditoriali all’esercizio delle sue funzioni rappresentative. Senza di esse, è ovvio che sono maggiori le possibilità da parte dei datori di lavoro di fare pressioni per ottenere l’accordo e minori le opzioni di esercitare adeguatamente svolgere le proprie funzioni da parte dei lavoratori.

D’altra parte e per quanto riguarda le facoltà e le competenze, l’art. 64 ET prevede il diritto della rappresentanza unitaria di essere informata e consultata dal datore di lavoro su una vasta gamma di aree relative alla situazione economica della società, come l’andamento del lavoro e la politica di contrattazione dello stesso, materie queste di innegabile importanza in una procedura di negoziazione iniziata per contenere il regime salariale applicabile all’impresa, che come condizione, richiede che le prospettive economiche della società possano essere danneggiate dall’applicazione di tali condizioni salariali,

licenziamenti oggettivi per cause economiche, tecniche, organizzative o produttive (art. 52, co ET); diritto del rappresentante e non del datore di lavoro, di scegliere tra la riammissione o l’indennizzo in caso di licenziamento dichiarato illegittimo (art. 56, co. 4 E.T.); apertura del contraddittorio in caso di irrogazioni di sanzioni per fatti gravi o gravissimi in cui vengano ascoltati gli altri membri che integrano la rappresentanza del personale (art. 68, lett. a ET); priorità di restare in azienda nei casi di sospensione per ragioni tecniche ed economiche (art. 68, lett. b ET); impossibilità di essere licenziati o sanzionati nel corso dell’esercizio delle funzioni o nell’anno successivo alla fine del mandato - salvo revoca o dimissioni - sempre che il licenziamento o la sanzione si basi sulla condotta del lavoratore nell’esercizio delle sue funzioni (68, lett. c ET); impossibilità di discriminazione economica o professionale in ragione del ruolo ricoperto (sempre, art. 68, lett. c ET); diritto di esprimere liberamente lo loro opinione nelle materie concernenti l’ambito di rappresentanza, riconoscendo loro il diritto a pubblicare e distribuire pubblicazioni di interesse sociale o lavorativo, senza disturbare il normale svolgimento del lavoro (art. 68, lett. d ET); o il diritto ad un monte ore retribuito al mese per l’esercizio delle funzioni di rappresentanza (art. 68, lett. e ET).

⁵⁰ MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 200.

⁵¹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, in AA.VV. *La reforma laboral en la ley 35/2010*. TIRANT LO BLANCH, 2010, pp. 135 e 136 nella relazione alle pagine 127 e 128.

⁵² STC 238/2005, del 26 settembre, che raccoglie la massima di cui sopra 208/1993, del 28 giugno; e 225/2001, del 26 novembre.

⁵³ Priorità di permanenza nel posto di lavoro in caso di trasferimento o mobilità (art. 40, co 4 ET) così come nei casi di licenziamenti collettivi (art. 51, co. 7 ET) o

influenzando sulle possibilità di mantenere l'occupazione nella stessa⁵⁴.

Infatti, la rappresentanza *ad hoc* introdotta con la riforma operata dalla 35/2010 potrebbe essere considerata oggi come rappresentanza “*legalmente riconosciuta*” da parte del diritto del lavoro, senza però comportare l'estensione alla stessa di queste facoltà e garanzie, quando la legge non lo preveda espressamente⁵⁵, e dato che molte di esse sono prive di una rappresentanza puntuale, *ad hoc* per la negoziazione su un argomento particolare.

D'altra parte, occorre ricordare che nell'elezione delle rappresentanze unitarie dei lavoratori esiste un forte coinvolgimento sindacale, in quanto le candidature vengono normalmente presentate dai sindacati. Questo dà supporto alle rappresentanze unitarie così elette, nella misura in cui il sindacato sarà sempre dietro di loro, per informare e consigliare i loro rappresentanti sui diritti e i doveri derivanti dal diritto del lavoro, e sostenendo il lavoro degli stessi su questioni piuttosto complesse come l'analisi della situazione economica e occupazionale della società al fine di valutarne le eventuali procedure applicabili.

4. Altre possibilità di *descuelgue*

⁵⁴ Infatti, l'art. 64 ET riconosce il diritto alla rappresentanza unitaria dei lavoratori ad essere informata trimestralmente sulla situazione economica dell'azienda e sullo sviluppo attuale e probabile delle sue attività; sulle previsioni del datore di lavoro di stipulare nuovi contratti; la previsione di ore supplementari per i lavoratori con contratti a tempo parziale; dei costi di esternalizzazione; delle misure adottate dall'azienda per promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nell'azienda – dato questo ugualmente rilevante tenendo conto che l'eventuale accordo non può comportare la violazione degli diritti ad eliminare la discriminazione retributiva per ragioni di genere che sono state previste nell'accordo che risulta applicato.

⁵⁵ Lo ET riconosce le stesse al Comitato di Impresa così come ai Delegati del Personale (artt. 62, co. 2; 64 e 68 ET) e, in certa misura, ai Delegati sindacali (art. 10.3 LOLS).

Accanto al meccanismo appena analizzato, il diritto del lavoro spagnolo prevede altre possibilità in merito alle condizioni negoziate in un contratto collettivo, anche se in questo caso l'oggetto della materia è più ampio, non limitato esclusivamente alla questione dei salari. Si tratta dell'introduzione di modifiche sostanziali alle condizioni di lavoro disciplinate dall'art. 41 E.T. possibile quando ricorrano condizioni economiche, tecniche, organizzative o di produzione in modo che “*l'adozione delle misure proposte contribuisca a prevenire uno sviluppo negativo dell'azienda o a migliorare la situazione e le prospettive o migliorare la situazione e le prospettive della stessa attraverso una organizzazione più efficiente delle risorse che favorisca la sua posizione competitiva sul mercato o una migliore risposta alle esigenze della domanda*”⁵⁶.

Secondo quanto dispone questa norma, dopo la legge 35/2010, i contratti collettivi, sia di settore che di impresa, potranno essere modificati mediante accordo tra datore di lavoro e rappresentanti legali dei lavoratori, seguendo le stesse regole di quelli precedenti in caso di assenza di rappresentanze legali dei lavoratori in azienda ed in tal modo si ripropongono i dubbi di legittimità costituzionali segnalati in precedenza, relativamente all'abbassamento delle condizioni previste negli accordi di settore. Infatti, nel caso di accordi aziendali sarà necessario che siano presenti rappresentanti dei lavoratori che negozino, quindi, per definizione, non rientreranno le rappresentanze *ad hoc* per negoziare.

In ogni caso, tali dubbi sorgono quando si decida di accedere alla *descuelgue* con

⁵⁶ In questo modo, la riforma operata dalla Legge 35/2010, evidenzia il carattere preventivo e offensivo della misura adottata dal datore di lavoro, nella parte in cui la decisione di introdurre modifiche sostanziali non sono giustificate solamente dallo scopo di permettere all'azienda di reagire alle difficoltà congiunture reali e attuali, ma può anche essere adottata come misura precauzionale e, in ogni caso, come misura offensiva, per migliorare la situazione e le prospettive dell'azienda.

accordi di gruppi di impresa o accordi che riguardano una pluralità di società collegate, per ragioni organizzative e produttive e nominalmente identificate nel loro ambito di applicazione⁵⁷.

Per quanto riguarda le materie suscettibili di *descuelgue*, la norma non pone, in relazione agli accordi aziendali, alcun limite sulle materie oggetto di *descuelgue* se non in caso di *descuelgue* delle condizioni stabilite negli accordi settoriali limitatamente a: orario e distribuzione del tempo di lavoro; regime del lavoro a turni; sistema di retribuzione; sistema di lavoro e rendimento; funzioni derivanti dalla categoria professionale concordata con il lavoratore secondo il contratto collettivo applicabile.

5. Conclusioni

Nel contesto economico attuale, la tendenza del diritto del lavoro spagnolo è quello di fare in modo che sia l'azienda a determinare le condizioni di lavoro⁵⁸. Questo approccio è stato determinato, come si è già analizzato, sia con l'istituzione del *descuelgue salarial* che con la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro. I meccanismi per proteggere l'efficienza produttiva della società, e quindi preservare il mantenimento di posti di lavoro, costituiscono il processo di

⁵⁷ In questo caso la normativa attribuisce tale potere ai sindacati maggiormente rappresentativi, alle comunità statali o autonome, così come ai semplici rappresentanti.

⁵⁸ Un chiaro esempio di questo, è il Regio Decreto Legge 7/2011, del 10 giugno, di riforma della contrattazione collettiva, che modifica l'articolo 84 ET, fissando con carattere generale la preferenza del contratto aziendale alla reorientazione stabilita nel contratto di settore statale, regionale o di ambito inferiore, in una serie di materie tra le quali, tra le altre, la misura base della retribuzione, l'orario e la distribuzione del tempo di lavoro, l'applicazione all'impresa del sistema di classificazione professionale, l'applicazione di certi aspetti delle modalità di contrattazione o le misure per favorire la conciliazione tra vita lavorativa e familiare.

adattamento in situazioni di crisi aziendale⁵⁹.

Il problema di questa strategia deriva, come abbiamo visto, dalla sostituzione degli accordi raggiunti nell'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva ottenute da altri organi a cui difficilmente può riconoscersi lo status di rappresentanza legale dei lavoratori.

In un contesto in cui prevalgono considerazioni di carattere economico sul sociale, ci siamo abituati a tagli ai diritti individuali dei lavoratori, predominando una regolamentazione del mercato del lavoro flessibile, finalizzata a garantire la competitività e l'adattabilità delle imprese, seppur con il limite imposto dai diritti fondamentali, fortino inespugnabile dei diritti dei lavoratori. Tuttavia, questi tagli interessano da un bel po' di tempo i diritti collettivi, in particolare a seguito della sottoposizione di tali diritti ai nuovi limiti imposti dal rispetto delle libertà fondamentali (libera circolazione delle persone, delle merci, servizi e capitali) stabiliti con la costituzione del mercato unico europeo.

In questo senso sono note le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno imposto limiti al diritto di sciopero e alla contrattazione collettiva a seguito della necessità di proteggere la libera prestazione dei servizi e la concorrenza.

Certamente le attuali condizioni economiche e politiche sono molto diverse da quelle esistenti al momento della comparsa dello statuto dei lavoratori (1980), ma i nuovi rapporti tra le fonti di determinazione delle condizioni di lavoro non possono ignorare l'art. 37 della Costituzione spagnola nella misura in cui la legge riconosce il diritto alla contrattazione collettiva e garantisce la forza vincolante dei contratti collettivi.

⁵⁹ MERCADER UGINA, J., "Los acuerdos de descuelgue..." *cit.*, p. 200.

Risarcimento e danno

RISARCIMENTO DANNI NON PATRIMONIALI E LIQUIDAZIONE EQUITATIVA PER DEMANSIONAMENTO ILLEGITTIMO

di Antonio Belsito

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Demansionamento illegittimo. 3. Risarcimento danni non patrimoniali. 4. Liquidazione in via equitativa. 5. Liquidazione equitativa anche per i terzi danneggiati. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Risulta sempre più diffuso e quindi attuale il risarcimento in via equitativa dei danni non patrimoniali subiti dal lavoratore a seguito di un suo demansionamento illegittimo.

Invero il demansionamento illegittimo si presenta anche come un ipotetico comportamento illecito per la violazione dell'art. 2087 cod.civ. che pone l'obbligo a carico del datore di lavoro di adoperarsi per garantire la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro dei propri dipendenti.

La Suprema Corte di Cassazione è più volte intervenuta, evidenziando come nel demansionamento illegittimo emerga essenzialmente il danno non patrimoniale che, appunto, va liquidato in via equitativa, considerato che il pregiudizio del danno da demansionamento - essendo lesa l'immagine e la dignità del lavoratore - per sua natura non ha caratteristiche di patrimonialità.

Ne consegue che la liquidazione del danno non patrimoniale a seguito di demansionamento illegittimo, va effettuata in via equitativa con un processo logico giuridico considerando gli elementi obiettivi offerti quali prove dalla parte ricorrente.

2. Demansionamento illegittimo

Nel nostro ordinamento è riconosciuto il diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità sul luogo di lavoro, ovvero ad eseguire la prestazione in base alla qualifica riconosciutagli ed alle corrispondenti mansioni assegnate.

Lo *ius variandi* trova la sua giustificazione nelle esigenze organizzative ed aziendali e l'art. 2103 cod. civ. si limita a regolarne l'esercizio senza alcuna deroga al potere del datore di lavoro di utilizzare o meno il dipendente in nuove mansioni per le esigenze organizzative dell'impresa sempre nel rispetto, oltre che nell'equivalenza delle nuove mansioni, della tutela del patrimonio professionale del lavoratore¹.

Le mansioni di destinazione devono essere collocate nello stesso livello contrattuale nel quale è inquadrato il dipendente.

E' necessario ai fini della **equivalenza** prevista dall'art. 2103 cod. civ. tener conto sia del parametro oggettivo riferito al medesimo livello contrattuale sia di un parametro soggettivo che deve riguardare l'affinità professionale delle nuove mansioni attribuite a quelle precedentemente svolte.

L'allontanamento del lavoratore dalla specifica attività lavorativa in precedenza attribuitagli e la sua assegnazione a mansioni diverse² e di minor qualificazione

¹ Cass. civ. Sez. lav., 22 aprile 1995 n. 4561.

² Cass. civ. Sez. lav., 26 gennaio 2010 n. 1575: "In tema di assegnazione al lavoratore di mansioni

rispetto a quelle anteriori, se disposto per esigenze estranee ad aspetti tecnici ed organizzativi o ricollegabili alle prestazioni e qualità professionali del dipendente, non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 del cod. civ., ma si traduce nella lesione di un diritto fondamentale del lavoratore avente ad oggetto la libera esplicazione, garantita dagli artt. 1 e 2 della Costituzione, della sua personalità anche nel luogo di lavoro, con la conseguenza che il pregiudizio correlato a siffatta lesione, spiegandosi nella vita professionale e di relazione dell'interessato, ha una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento, per la cui determinazione e liquidazione da parte del giudice può trovare applicazione il criterio equitativo ai sensi dell'art. 1226 del codice civile³.

La negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento professionale, integrano una lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato, con una indubbia dimensione sia patrimoniale sia - a prescindere dalla configurabilità di un reato - non patrimoniale, che rende il pregiudizio medesimo suscettibile di risarcimento⁴.

Si premette che il danno da dequalificazione professionale e quello derivante da mobbing (che è un fenomeno più complesso) devono essere oggetto di separata prova; la dequalificazione professionale, infatti, non assurge di per se

diverse da quelle di assunzione, l'equivalenza o meno delle mansioni deve essere valutata dal giudice anche nel caso in cui le mansioni di provenienza non siano state affidate ad altro dipendente, ma si siano esaurite, con la conseguenza che anche in tale evenienza può aversi demansionamento, in violazione dell'art. 2103 c.c., ove le nuove mansioni affidate al lavoratore siano inferiori a quelle proprie della qualifica o alle ultime svolte dal lavoratore".

³ Cass. civ. Sez. lav., 27 aprile 2004, n. 7980.

⁴ Cass. civ. Sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10157.

a dimostrazione di una volontà oppressiva e vessatoria da parte del datore di lavoro⁵.

3. Risarcimento danni non patrimoniali

E' previsto anche il risarcimento dei danni non patrimoniali a seguito di demansionamento illegittimo del lavoratore posto in essere per motivi estranei alle esigenze aziendali.

Il danno derivante da dequalificazione professionale attiene alla lesione di un interesse costituzionalmente protetto dall'art. 2 Cost. riguardante il diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nei luoghi di lavoro, con la conseguenza che i provvedimenti del datore di lavoro lesivi di tale diritto si ripercuotono altresì sull'immagine professionale e sulla dignità del lavoratore che subisce una lesione in tema di autostima e di eterostima nell'ambiente lavorativo ed in quello socio-familiare.

La sussistenza del danno deve essere dimostrata in giudizio con i mezzi istruttori previsti dal nostro ordinamento⁶.

Tuttavia la valutazione di tale pregiudizio per sua natura è priva delle caratteristiche della patrimonialità per cui non può essere effettuata in sede giudiziaria, se non alla stregua di parametri equitativi, risultando difficile l'utilizzo di quelli economici o reddituali⁷.

La Suprema Corte evidenzia che, in caso di accertamento del demansionamento, al lavoratore spetta il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale il cui pregiudizio può risultare da mere presunzioni⁸.

Premesso che il demansionamento non integra *sic et simpliciter* il mobbing - che è un fenomeno più complesso per via delle conseguenze patologiche - si rileva che, nel caso in cui si accerti la sussistenza di un demansionamento illegittimo, il Giudice

⁵ Cass. civ. Sez. lav., 29 gennaio 2008 n. 1971.

⁶ Cass. civ. Sez. lav., 14 giugno 2010 n. 14199.

⁷ Cass. civ., III Sez., 31 maggio 2003 n. 8827.

⁸ Cass. civ. Sez. lav., 19 dicembre 2008 n. 29832.

liquidierà in favore del lavoratore il risarcimento del danno biologico, del danno morale e forse anche del danno esistenziale (quest'ultimo individuato come male del vivere quotidiano e quindi differente ed autonomo rispetto al danno alla professionalità).

Tuttavia quest'ultima forma di liquidazione non patrimoniale riferita al danno esistenziale appare talvolta fin troppo disinvolta, per cui non dovrebbe trovare facilmente spazio nel nostro ordinamento.

Si condivide il recente orientamento giurisprudenziale⁹ che distingue il demansionamento professionale illegittimo dal mobbing, evidenziando che, per il primo, il datore di lavoro deve provare di aver assegnato al dipendente mansioni equivalenti a quelle precedentemente espletate, dovendo diversamente risarcire il danno mentre, nel secondo caso (in tema di mobbing), l'onere della prova è esclusivamente a carico del lavoratore.

Ai sensi degli artt. 1, 4 e 35 Cost. il libero professionista gode di una posizione soggettiva costituzionalmente protetta. Pertanto il grave demansionamento determinato dall'atteggiamento ostile del superiore gerarchico, costituisce illecito civile extracontrattuale imputabile direttamente al superiore stesso a cui consegue il diritto del dipendente a ottenere il risarcimento del cd. "*danno da contatto sociale*" da parte del danneggiante.

Tale liquidazione deve avvenire rispettando il principio del risarcimento integrale sia del danno patrimoniale che di quello non patrimoniale, evitando di compiere duplicazioni, considerando la gravità dell'offesa e la serietà del pregiudizio¹⁰.

4. Liquidazione del danno in via equitativa

⁹ Cfr. Tribunale di Napoli, 15/02/2011 n. 4708.

¹⁰ Cass. civ. Sez. lav., 02 febbraio 2010 n. 2352. Trattasi di una fattispecie relativa al rapporto tra primario e aiuto anziano a lui sottoposto.

Il Giudice del Lavoro può anche liquidare in via equitativa una determinata somma, se sia stato accertato il diritto. Infatti, l'art. 432 c.p.c. stabilisce che quando sia certo il diritto, ma non sia possibile determinare la somma dovuta, il giudice la liquida con valutazione equitativa.

La valutazione dei danni ex art. 2056 cod. civ. deve essere effettuata secondo i parametri stabiliti dagli artt. 1223, 1226 e 1227.

Anche per quanto concerne la dequalificazione professionale, accertato il demansionamento, il Giudice del Lavoro può determinare l'entità del risarcimento del danno secondo equità con un processo logico giuridico riferito anche ad una prova presuntiva secondo quanto emerso dalle circostanze di fatto ed in relazione alla durata del demansionamento stesso¹¹.

La Cassazione, pronunciandosi sulla risarcibilità del danno derivante da dequalificazione professionale ha statuito che il Giudice di merito, accertato il demansionamento, può determinare l'entità del risarcimento del danno secondo equità con un processo logico giuridico riferito anche ad una prova presuntiva secondo quanto emerso dalle circostanze di fatto ed in relazione alla durata del demansionamento stesso¹².

In via generale la giurisprudenza ammette anche il risarcimento in via equitativa - ex art. 1226 cod. civ. - del danno da mobbing (considerata la oggettiva impossibilità di determinarlo nel suo preciso ammontare).

Una recente interessante sentenza¹³ ha ribadito la inevitabilità del ricorso alla liquidazione in via equitativa del danno non patrimoniale, rilevando che il Giudicante può ben riportarsi ad elementi obiettivi forniti dalla parte e riferiti alle esigenze familiari compromesse.

Anche l'art. 1226 cod. civ. prevede la possibilità di liquidazione equitativa del danno in sede civile.

¹¹ Cass. civ. Sez. lav., 2 novembre 2001 n. 13580.

¹² Cass. civ. Sez. lav., 2 novembre 2001 n. 13580.

¹³ Cass. civ., III Sez., 05 ottobre 2010 n. 20667.

L'art. 432 c.p.c. consente altresì la liquidazione equivalente anche con riferimento alla quantificazione dei compensi spettanti per una prestazione lavorativa eseguita e per la quale non sia possibile determinare la somma dovuta.

La liquidazione del danno in via equitativa può ottenersi utilizzando quali parametri quantitativi il lasso di tempo nel corso del quale si è protratto il fenomeno del mobbing che ha causato l'insorgere della patologia¹⁴.

La liquidazione deve avvenire anche quando non ne siano derivati effetti permanenti sulla salute del lavoratore ed anche in riferimento alla retribuzione percepita dallo stesso nel medesimo periodo.

Il diritto al risarcimento del danno derivante da mobbing secondo la interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale¹⁵ - in

¹⁴ Cass. civ. Sez. lav., 26 maggio 2004 n. 10157: *“L'allontanamento del lavoratore dal posto di lavoro in precedenza attribuitogli e la sua assegnazione a mansioni diverse e di minor qualificazione rispetto a quelle anteriori, se disposto per esigenze estranee ad aspetti tecnici ed organizzativi o ricollegabili alle prestazioni e qualità professionali del dipendente, non solo viola lo specifico divieto dell'art. 2103 c.c., ma si traduce in lesioni di un diritto fondamentale del lavoratore avente ad oggetto la libera esplicazione - garantita dagli art. 1 e 2 cost. - della sua personalità anche nel luogo del lavoro, con la conseguenza che il pregiudizio correlato a siffatta lesione, spiegandosi nella vita professionale e di relazione dell'interessato, ha una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento, per la cui determinazione e liquidazione da parte del giudice, può trovare applicazione il criterio equitativo ex art. 1226 c.c.”.*

¹⁵ Corte Costituzionale, 11/07/2003 n. 233: *“Poiché - alla luce dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale - la funzione dell'art. 2059 c.c. non appare più quella sanzionatoria, il riferimento al reato di cui all'art. 185 c.p. non postula la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato; ne consegue che danno non patrimoniale potrà essere risarcito anche nelle ipotesi in cui, in sede civile, la responsabilità sia ritenuta per effetto di una presunzione di legge”; “È inammissibile la q.l.c. dell'art. 2059 c.c., sollevata in riferimento agli art. 2*

riferimento all'art. 2059 cod. civ. (... *il danno non patrimoniale, in quanto riferito alla astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui in sede civile la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge ...*) - consente di procedere alla liquidazione in via **equitativa** del danno non patrimoniale sofferto dal lavoratore, tenendo quale parametro di riferimento quanto percepito a titolo di paga dal lavoratore.

Ed ancora, sempre la Suprema Corte¹⁶ rilevando che la dequalificazione viola il divieto di cui all'art. 2103 cod. civ. e determina un pregiudizio sulla vita professionale e di relazione del lavoratore ha confermato il diritto al risarcimento anche con **valutazione equitativa**.

5. Liquidazione equitativa anche per i terzi danneggiati

Anche ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa del fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta il risarcimento del danno non patrimoniale, concretamente accertato in relazione ad una particolare condizione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto di cui all'art. 1223 cod. civ., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire *“iure proprio”* contro il responsabile.

La liquidazione di tale danno non può che avvenire in via equitativa, con una valutazione complessiva del danno non patrimoniale, potendosi ricorrere a presunzioni sulla base di elementi obiettivi, forniti dal danneggiato quali le abitudini di vita, la consistenza del nucleo

e 3 cost., nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi determinati dalla legge. Una volta interpretato l'art. 2059 c.c. nel senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito alla astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui in sede civile la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge, la questione risulta all'evidenza priva di rilevanza e quindi inammissibile”.

¹⁶ Cass. civ. Sez. lav., 2 gennaio 2002 n. 10.

familiare e la compromissione delle esigenze familiari.

Va ribadito, pertanto, che anche il risarcimento del danno non patrimoniale subito dai parenti della vittima di un fatto illecito non richiede una prova specifica della sussistenza di tale danno, ove la sofferenza patita dai parenti possa essere accertata in via presuntiva, sulla base di circostanze, quali lo stretto vincolo familiare, di coabitazione e di frequentazione, idonee a dimostrare l'esistenza di un legame affettivo di particolare intensità.

Sulla liquidazione di tale danno, da effettuarsi in via equitativa, può incidere in senso riduttivo l'accertata assenza di convivenza del danneggiato con il congiunto deceduto, quale elemento indiziario da cui desumere un più ridotto danno morale, ma non anche la precarietà delle condizioni di salute del defunto, le cui gravi affezioni o patologie, secondo *l'id quod plerumque accidit*, intensificano, piuttosto che diminuire, il legame emozionale con gli altri parenti¹⁷.

6. Conclusioni

Risulta evidente che la liquidazione del danno non patrimoniale avviene con una sua valutazione equitativa e, d'altronde, non potrebbe essere altrimenti. Infatti per stabilire il *quantum* del danno non patrimoniale, limitatamente al danno biologico, può farsi riferimento a tabelle esistenti, utili come parametro, ma per quantificare il danno morale o addirittura il danno esistenziale riesce pressoché impossibile utilizzare dei criteri prestabiliti.

Tutt'al più il Giudice potrà tener conto di precedenti orientamenti quantificando però secondo una sua libera valutazione e quindi secondo equità il danno non patrimoniale.

Essendo l'argomento trattato anche da copiosa dottrina, in questo breve scritto ho ritenuto di limitare l'esame alle decisioni recenti ed autorevoli della giurisprudenza

di legittimità ritenendo tali interpretazioni più utili perché più vicine alle quotidiane decisioni in sede giudiziaria.

¹⁷ Cass. civ. III Sez., 07 luglio 2010 n. 16018.

NATURA GIURIDICA DELL'INDENNITA' DELLE FERIE NON GODUTE Retributiva o risarcitoria?

di Antonio de Simone

La disciplina in materia di ferie del lavoratore è, innanzitutto, regolata dall'art. 36, co. 3, della Costituzione, che tutela il diritto dello stesso al riposo settimanale ed a ferie annuali retribuite, prevedendone il carattere irrinunciabile.

Più specificamente, l'art. 2109 c.c. prevede il diritto del prestatore di lavoro ad un giorno di riposo ogni settimana, di regola in coincidenza con la domenica (co. 1), nonché il diritto ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro (co. 2). La norma dispone altresì che la durata del suddetto periodo di ferie è stabilita dalla legge, dagli usi o secondo equità.

Dal generalizzato riconoscimento costituzionale del diritto alle ferie retribuite e dalla precitata connotazione di irrinunciabilità la Corte Costituzionale ha tratto argomento per la sua estensione ai lavoratori in servizio da meno di un anno, dichiarando incostituzionale il contrario inciso (*"dopo un anno d'ininterrotto servizio"*) che era contenuto all'inizio del co. 2 dell'art. 2109 c.c.¹, nonché ai lavoratori ai quali sia stato intimato il recesso durante il periodo di prova².

In questo quadro normativo si è inserito il D.lgs. n. 66 del 2003 il quale, all'art. 10, co. 1, prevede che il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane ed, ancora, che tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'art. 2, co. 2. (ossia i lavoratori impiegati nei servizi pubblici ivi

elencati), va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione.

Il co. 2 di tale norma, poi, sancisce il carattere di insostituibilità di tale periodo minimo di ferie con la relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro.

Dunque, con siffatto decreto legislativo è stato introdotto per la prima volta in Italia, in modo espresso, il divieto di monetizzare il periodo di ferie corrispondente alle quattro settimane previste dalla legge, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro nel corso dell'anno; divieto ritenuto operante dal Ministero del Lavoro per le ferie maturate a partire dal giorno dell'entrata in vigore del provvedimento legislativo (ossia dal 29 aprile 2003), potendo invece quelle maturate in data anteriore e non ancora godute essere sostituite con l'indennità economica³. Lo stesso Ministero ha altresì precisato nella medesima circolare che, per quanto riguarda i contratti a tempo determinato di durata inferiore all'anno, è sempre ammissibile la monetizzazione delle ferie.

In giurisprudenza costituisce principio pacifico quello per cui, fermo il carattere irrinunciabile del diritto alle ferie, ove in concreto le ferie non siano effettivamente fruite, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore una indennità sostitutiva del mancato periodo feriale⁴.

³ Circ. n. 8/2005.

⁴ Cass. civ. Sez. lav., 19 maggio 2003 n. 7836: *"Fermo il carattere irrinunciabile del diritto alle ferie, garantito anche dall'art. 36 Cost., ove in concreto le*

¹ Corte cost., sent. n. 66/1963.

² Corte cost., sent. n. 189/1980.

Senonchè ancora dibattuta è la natura giuridica di tale indennità economica, essendo la giurisprudenza di legittimità da tempo divisa tra un orientamento che ne afferma il carattere retributivo ed un altro, diametralmente opposto al primo, che ne sostiene invece la natura squisitamente risarcitoria.

La questione non è di poco conto per le diverse implicazioni che ne scaturiscono a seconda della tesi sostenuta: il carattere retributivo della precitata indennità, sotto un primo profilo, comporta l'assoggettabilità della stessa alla contribuzione previdenziale; sotto altro aspetto, determina l'applicabilità - per chiederne il pagamento - del termine di prescrizione quinquennale previsto per i diritti di natura retributiva; viceversa, la natura risarcitoria dell'indennità esclude l'assoggettamento contributivo ed implica l'applicabilità della prescrizione ordinaria decennale prevista per il risarcimento da inadempimento contrattuale.

A sostegno della funzione retributiva dell'indennità si osserva che questa è in

ferie non siano effettivamente fruito, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore l'indennità sostitutiva che ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva respinto la domanda del lavoratore attribuendo all'indennità sostitutiva delle ferie non godute natura esclusivamente risarcitoria e ritenendo quindi necessaria la prova della sussistenza di un inadempimento imputabile al datore di lavoro)".

rapporto di corrispettività con la prestazione lavorativa effettuata nel periodo di tempo che avrebbe dovuto essere dedicato al riposo e che, in ogni caso, un eventuale suo concorrente profilo risarcitorio non escluderebbe la sua riconducibilità all'ampia nozione di retribuzione imponibile delineata dall'art. 12, L. n. 153 del 1969⁵. Peraltro, la qualificazione in termini risarcitori è esclusa dal fatto che l'indennità sostitutiva non compensa la lesione del bene costituito dalle ferie in quanto il diritto ad esse ha un oggetto (assenza di lavoro) ed una finalità (reintegrare, pur parzialmente, il lavoratore nel bene che il lavoro ha sottratto: riposo, relazioni umane, tempo libero) diversi. Inoltre il fatto negativo del mancato godimento delle ferie, letto positivamente è (come lavoro in luogo delle ferie) prestazione resa non in violazione della legge, bensì contrattualmente non dovuta. Ne consegue che l'impossibilità della restituzione della prestazione ricevuta dal datore di lavoro (per l'irreversibilità della prestazione stessa) determina, in capo al datore, il sorgere dell'obbligazione al pagamento di una somma corrispondente, a norma degli artt. 1463 e 2037 c.c., alla retribuzione della prestazione. Tale

⁵ Cass. civ. Sez. lav., 10 maggio 2010 n. 11262: "L'indennità sostitutiva di ferie non godute è assoggettabile a contribuzione previdenziale a norma dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, sia perché, essendo in rapporto di corrispettività con le prestazioni lavorative effettuate nel periodo di tempo che avrebbe dovuto essere dedicato al riposo, ha carattere retributivo e gode della garanzia prestata dall'art. 2126 cod. civ. a favore delle prestazioni effettuate con violazione di norme poste a tutela del lavoratore sia perché un eventuale suo concorrente profilo risarcitorio - oggi pur escluso dal sopravvenuto art. 10 del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dal d.lgs. n. 213, del 2004, in attuazione della direttiva n. 93/104/CE - non escluderebbe la riconducibilità all'ampia nozione di retribuzione imponibile delineata dal citato art. 12, costituendo essa comunque un'attribuzione patrimoniale riconosciuta a favore del lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro e non essendo ricompresa nella elencazione tassativa delle erogazioni escluse dalla contribuzione".

obbligazione, pertanto, ha natura e fondamento contrattuale⁶.

In base a questa interpretazione non rilevarebbe né la responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento del riposo, né l'autonoma scelta del lavoratore di non godere del periodo feriale, per cui l'indennità rientrerebbe comunque nell'imponibile contributivo previdenziale.

La Cassazione ha poi ritenuto di dover operare un distinguo, puntualizzando che *“l'indennità sostitutiva delle ferie non godute va inclusa nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto quando la mancata fruizione non è imputabile alla responsabilità del datore di lavoro, non essendo, in tal caso, ravvisabile alcun inadempimento e non essendo quindi possibile attribuire funzione risarcitoria alle somme così corrisposte al lavoratore, che assumono natura esclusivamente retributiva”* (Cass. civ. Sez. lav., 8 giugno 2005 n. 11960).

Il riferimento è, evidentemente, a tutte le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro (morte del lavoratore, licenziamento o dimissioni).

In posizione intermedia si colloca l'orientamento il quale riconosce all'indennità sostitutiva in parola una natura bivalente: la S.C., infatti, con una pronuncia - peraltro curiosamente depositata lo stesso giorno (8 giugno 2005) di quella da ultimo richiamata e di segno contrario - che ricalca precedenti decisioni⁷, ha affermato che detta indennità

⁶ Cass. civ. Sez. lav., 19 ottobre 2000 n. 13860: *“Compete all'imprenditore - cui spetta di definire l'anno di riferimento e le modalità di fruizione delle ferie annuali dei dipendenti - offrire la prova di aver fatto fruire agli stessi le ferie loro spettanti per legge o per contratto individuale o collettivo nel corso dell'anno, in quanto è in possesso di dati - scritture contabili - dai quali può ricavarsi la ripartizione delle energie lavorative dei dipendenti diretta a coprire la fase produttiva annuale dell'azienda”*.

⁷ Cass. civ. Sez. lav., 19 maggio 2003 n. 7836: *“Fermo il carattere irrinunciabile del diritto alle ferie, garantito anche dall'art. 36 Cost., ove in concreto le ferie non siano effettivamente fruite, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore l'indennità sostitutiva che ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare*

“ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse” (Cass. civ. Sez. lav. 8 giugno 2005 n. 11936).

Di recente, i giudici di legittimità sono nuovamente tornati sull'argomento e, lungi dal fornire una risposta chiarificatrice ed appagante, hanno dichiarato di aderire a quell'ulteriore indirizzo interpretativo che, in contrapposizione alle correnti di pensiero testè esaminate, attribuisce all'indennità in questione natura esclusivamente risarcitoria, *“e ciò in quanto essa è pur sempre correlata ad un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo (quando l'adempimento in forma specifica sia divenuto impossibile) al risarcimento del*

il danno costituito dalla perdita di un bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse”.

danno, che comprende, in primo luogo, la retribuzione dovuta per il lavoro prestato nei giorni destinati alle ferie o al riposo, nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche, e che soggiace alla prescrizione ordinaria decennale prevista dall'art. 2946 c.c.” (Cass. civ. Sez. lav., 11 maggio 2011, n. 10341).

Risarcimento e danno

PRESUNTA NATURA DISCRIMANTORIA DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE DEL DIRIGENTE

di Maria Mangiatordi

SOMMARIO: 1. Il divieto di trattamenti discriminatori in materia di rapporto di lavoro: la direttiva comunitaria 2000/78/CE, la normativa del D.lgs. 216/2003 e dell'art. 15, Stat. Lav.. La discriminazione diretta e la discriminazione indiretta e le novità del Collegato Lavoro. 2. La sentenza n. 3821 del 16.02.2011: licenziamento disciplinare del dirigente per colpa in vigilando e non per discriminazione per ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico e religioso.

1. Il divieto di trattamenti discriminatori in materia di rapporto di lavoro: la direttiva comunitaria 2000/78/CE, la normativa del D.lgs. 216/2003 e dell'art. 15, Stat. Lav.. La discriminazione diretta e la discriminazione indiretta e le novità del Collegato Lavoro

La disciplina italiana in materia di tutela del lavoratore contro eventuali trattamenti discriminatori da parte del datore ha subito una svolta decisiva grazie agli input comunitari che hanno "costretto" il legislatore ad intervenire in maniera decisa in un settore così delicato.

Infatti, in ambito comunitario è la direttiva 2000/78/CE a costituire un importante punto di riferimento.

Essa mira a "a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere

*effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento"*¹.

La definizione data dalla direttiva di "discriminazione" si basa su diversi principi enucleati nel corpo dell'articolo 1 che così recita:

"1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il

¹ Cfr. Direttiva 2000/79/CE, art. 1 (Obiettivo): "La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento". Ancora, nella premessa sono riportati alcuni paragrafi importanti in materia di discriminazione religiosa.

suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

3. Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.

4. L'ordine di discriminare persone per uno dei motivi di cui all'articolo 1, è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1.

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui".

All'interno dello scenario comunitario così delineato, il legislatore italiano è intervenuto con il D.lgs. n. 216/2003 in attuazione della succitata direttiva comunitaria, sancendo solennemente il divieto di discriminazioni sul lavoro dovute a motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale.

La normativa italiana prevede una serie di misure atte a rendere concreto il divieto di discriminazione e, quindi, il principio di parità di trattamento fra tutti i lavoratori.

Logica conseguenza del principio di parità di trattamento è il divieto di praticare qualsiasi forma di discriminazione sia essa diretta ovvero indiretta.

Il Legislatore all'art. 2, D.lgs. n. 216/2003 precisa che la discriminazione è

diretta nel caso in cui "per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga"; mentre è indiretta nell'ipotesi in cui "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Ancora, la disciplina prevede ulteriori discriminazioni, che talvolta assumono la veste giuridica di ordine e che di fatto consistono in "molestie ovvero comportamenti indesiderati, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo" di cui è vittima il lavoratore a causa di uno dei motivi di cui alla normativa contro le discriminazioni².

Il decreto legislativo ha un ambito di applicazione ampio, che va dai rapporti di lavoro instaurati nel settore privato a quelli in ambito pubblico, con riferimento a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, indipendentemente dal fatto che sia di natura subordinata, parasubordinata o autonoma.

Un limite al suddetto principio è previsto dallo stesso legislatore con riferimento a particolari rapporti di lavoro.

Infatti, l'art. 3 del D.lgs. n. 216/2003 prevede espressamente che "non costituiscono atti di discriminazione le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività

² Per maggiori approfondimenti, cfr. G. VENETO, *Manuale del nuovo diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, p. 113 e segg..

professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività”; ancora, la stessa norma precisa che sono lecite quelle discriminazioni seppure indirette “giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari”.

La tutela giurisdizionale del principio di parità di trattamento e del conseguente divieto di discriminazioni è data dalla nullità degli atti discriminatori sancita dall’art. 4, D.lgs. 216/2003, nonché dall’art. 15³ dello Statuto dei Lavoratori.

Nell’ipotesi in cui il Giudice del Lavoro accerti la sussistenza del comportamento discriminatorio, accoglie il ricorso e, quindi, prende provvedimenti in materia di risarcimento del danno anche non patrimoniale - se è stato richiesto dal ricorrente - nonché dispone la cessazione del comportamento discriminatorio, se ancora in atto, con conseguente rimozione degli effetti della condotta medesima.

Il legislatore è da ultimo intervenuto in materia di discriminazioni nel 2010 con il cd. Collegato Lavoro⁴, con riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, disciplinando all’articolo 21 le “misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche”.

Più precisamente la legge n. 183/2010 prevede che “le pubbliche amministrazioni

³ L’art. 15, St. Lav., così testualmente cita: “E’ nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l’occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica o religiosa”.

⁴ Trattasi della legge n. 183 del 4.11.2010 con la quale il Legislatore è intervenuto nel 2010 in materia di lavoro con riferimento ad alcuni istituti.

garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l’assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all’età, all’orientamento sessuale, alla razza, all’origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell’accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro (...)”.

Ancora, sempre nel corpo dell’art. 22 del Collegato Lavoro, il legislatore ha stabilito che “le pubbliche amministrazioni costituiscono al proprio interno, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni che sostituisce, unificando le competenze in un solo organismo, i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, costituiti in applicazione della contrattazione collettiva, dei quali assume tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni”.

Da ultimo, il legislatore del 2010 ha previsto che “le pubbliche amministrazioni, secondo le modalità di cui all’articolo 9, adottano tutte le misure per attuare le direttive dell’Unione europea in materia di pari opportunità, contrasto alle discriminazioni ed alla violenza morale o psichica, sulla base di quanto disposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica”.

2. La sentenza n. 3821 del 16.02.2011: licenziamento disciplinare del dirigente per culpa in vigilando e non per discriminazione per ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico e religioso

La Suprema Corte, lo scorso 16 febbraio si è pronunciata su un caso di presunto

licenziamento discriminatorio, fattispecie questa non ritenuta sussistente nel caso de quo, ricondotto invece dal Giudice di legittimità allo schema del licenziamento disciplinare per culpa in vigilando.

Il Tribunale di Firenze aveva respinto il ricorso del dirigente, nel quale egli chiedeva di procedere all'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento intimatogli il 14.5.2004 dalla società, con conseguente declaratoria di nullità dello stesso.

La Corte di Appello di Firenze, con sentenza depositata il 16.1.2007, ha confermato la sentenza di primo grado.

La Corte di Appello asseriva che *“l'impugnazione aveva ad oggetto la dichiarazione di nullità del licenziamento per motivi discriminatori ed era diversa, quanto al petitum, dalla domanda oggetto del lodo arbitrale nel quale si era discusso della giustificatazza del provvedimento espulsivo”*.

Quindi, escludeva la pretesa discriminatorietà dell'atto espulsivo, asseritamente ricondotta a ragioni di appartenenza del dirigente ad una associazione religiosa, sul rilievo che *“la contestazione disciplinare concerneva un comportamento non legato all'appartenenza alla medesima, ma soltanto l'autorizzazione ad entrare in azienda e ad operare una prova attitudinale per il personale non fondata su criteri scientifici”*.

Ancora, il Giudice di secondo grado ha precisato che *“ogni diversa questione, attinente alla idoneità di quanto accertato a giustificare la risoluzione del rapporto, era affidata al lodo arbitrale ed alla sua eventuale impugnazione e che, poiché il comportamento del dipendente si configurava negligente ai fini di causa sotto i profili considerati, doveva escludersi ogni intento discriminatorio”*.

Quindi, parte ricorrente ha proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, adducendo essenzialmente due motivi di impugnazione: il primo per *“la violazione dell'art. 115, co. 2, c.p.c. (art. 360 n. 3 o n. 4 c.p.c.), contestando l'indebita estensione della*

nozione di “fatto notorio” quale accolta - secondo la costante giurisprudenza della S.C. - dall'art. 112 c.p.c., sul rilievo che costituisce affermazione non coerente con i principi affermati dalla giurisprudenza in tema di fatto notorio quella che pretende di accreditare alla collettività di persone di media cultura conoscenze di qualità negative di persone fisiche o di associazioni private. Pone al riguardo quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c.”; il secondo per la *“violazione degli artt. 2 e 4 D.lgs n. 216/2003, anche in relazione all'art. 43 commi 1 e 2 del D.lgs. n. 286 del 1998, nonché degli artt. 15 dello Statuto dei lavoratori e 3 della legge n. 108/90 (art. 360 n. 3 c.p.c.)”*.

Più precisamente, con riferimento a questo secondo motivo di doglianza, il dirigente ha sostenuto che ci sia stata omessa applicazione da parte dei giudici di merito dell'art. 4, co. 4, D.lgs. 216/2003 e del richiamato art. 2729 c.c., violando la nozione legale di discriminazione, che è oggettiva e non necessariamente ed esclusivamente dipendente dall'effettiva volontà discriminatoria datoriale; ancora che non rilevano la natura discriminatoria dell'ordine di servizio, presupposto dalla contestazione e ritenuto disatteso, per la dedotta culpa in vigilando, di non trattare con una società di consulenza perché legata ad un'associazione con scopi religiosi e non scientifici.

La Suprema Corte con riferimento alla nozione di “fatto notorio” ha statuito che *“(…) in via generale, il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatti notori) ex art. 115, 2 comma, c.p.c., attiene all'esercizio di un potere discrezionale riservato al giudice del merito e che il relativo esercizio, sia positivo che negativo, non è sindacabile in sede di legittimità non essendo egli tenuto ad indicare gli elementi sui quali la determinazione si fonda, essendo, invece, censurabile - stabilendo se nelle forma del ricorso ex art. 360 n. 4 c.p.c. od in quelle del ricorso per violazione di legge ai sensi dell'art. 360 n. 3 stesso codice - l'assunzione, a base della decisione, di una inesatta nozione del notorio, che va inteso quale fatto*

generalmente conosciuto, almeno in una determinata zona o in un particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura (cfr, in tal senso, Cass. 29 aprile 2005 n. 9001; 21 febbraio 2007 n. 4051; 9 settembre 2008 n. 22880 e 12 marzo 2009 n. 6023).”.

Ancora, ha sostenuto che nel caso di specie “al di là della verifica della esattezza della nozione del fatto notorio assunta dal giudicante, la circostanza che il dato in esame e le argomentazioni svolte dalla Corte di Appello in ordine all’associazione ed alle vicende relative alla stessa sono state funzionali, come rettamente osservato dalla controricorrente, ad integrare il parametro di misura della diligenza tenuta dal V., il quale, tra molteplici soluzioni offerte dal mercato in materia di tests attitudinali e formativi - aveva acriticamente deciso di fruire di strumenti offerti da soggetto in relazione al quale non aveva condotto alcuna indagine conoscitiva per verificare la rispondenza dei tests proposti alle esigenze delle aziende. La censura è evidentemente funzionale alla dimostrazione della erroneità della decisione nella parte in cui aveva escluso il carattere discriminatorio del licenziamento, ma la stessa, in relazione al suo oggetto si fonda su circostanza ininfluente, atteso che non è idonea a confutare l’assunto, valorizzato dalla corte territoriale, che il dirigente non si era attenuto alle linee operative della società nei momenti in cui aveva consentito, senza approfondire dovutamente le caratteristiche della società specializzata cui aveva demandato il corso di comunicazione aziendale, di somministrare ai dirigenti sottoposti quesiti volti ad indagare sulla loro vita privata, rispetto ai quali si erano manifestate le reazioni di alcuni essi”.

Pertanto, “la scelta del dirigente o di un qualunque altro soggetto latore di una specificità ideologica propria sarebbe stata ugualmente censurata in termini disciplinari nella misura in cui non fosse stata operata con il grado di diligenza

qualificato richiesto dalle funzioni dirigenziali”.

Inoltre, il ricorrente ha sostenuto che “ciò che rileva nel giudizio da compiersi in merito alla dedotta natura discriminatoria del licenziamento, in virtù di quanto affermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, saldamente ancorata ad una concezione funzionale dell’illecito discriminatorio, è unicamente l’effetto pregiudizievole che discende da atti e comportamenti che, prescindendo dalla motivazione addotta, come anche dall’intenzione di chi li adotta, pongano il destinatario in una situazione di svantaggio rispetto a quanti siano estranei ai fattori di rischio vietato”.

A sostegno di ciò richiama l’art. 2 del D.lgs. 216/2003, che definisce la nozione di discriminazione diretta (“quando per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”) e quella di discriminazione indiretta (“quando un disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”).

Pertanto il dirigente ha sostenuto che la Corte di Appello sia incorsa in contraddizione logica, “laddove ha affermato che la Helitalia spa non avrebbe addebitato al V. la diretta appartenenza, avendogli, piuttosto, soltanto addebitato a titolo di colpa in vigilando di avere consentito ad una associazione discussa di penetrare in azienda e comunque di averla autorizzata ad utilizzare un test attitudinale. Evidenza che tale contraddizione risiederebbe nella ragione decisiva che nella stessa motivazione espressa dall’atto di recesso quella sanzionata dallo stesso collegio fiorentino sia risultata la ricollegabilità dell’attività

rimproverata al V., sia pure a titolo di culpa in vigilando, all'azione di una setta religiosa”.

Tuttavia, di diverso avviso è la Suprema Corte, la quale “non ritiene (...) che nei termini evidenziati si sia espressa la valutazione compiuta dal giudice del merito, atteso che il dato dell'appartenenza della associazione che aveva approntato i tests somministrati a un particolare orientamento etico religioso risulta preso in considerazione nella misura in cui lo stesso si era riverberato negativamente nel contesto aziendale, suscitando l'indagine conoscitiva condotta da tale società reazione tra i dipendenti, turbati per il carattere invasivo dei tests nei riguardi della loro vita privata e per il condizionamento negativo derivatone”.

Più precisamente, la Cassazione ha statuito che “la condotta sanzionata, ossia il monitoraggio posto in essere senza la necessaria preventiva informazione del Consiglio di Amministrazione ed in violazione delle linee operative dell'azienda, contrariamente a quanto assume il ricorrente, è stato correttamente ritenuto dalla Corte di merito, con motivazione incensurabile sotto i profili evidenziati, oltre che un dato oggettivamente provato, ragione di per sé suscettibile di essere valutata in termini di rilevanza disciplinare che di certo non dissimula un intento discriminatorio del provvedimento espulsivo, pienamente giustificato dalla negligenza posta in essere dal dirigente V.. E ciò, come è dato evincere dalla argomentata articolazione motivazionale, a prescindere da ogni supposta adesione del V. , ma attribuendo rilievo all'incauto affidamento a società facente capo ad associazione di orientamento etico religioso discutibile di un'attività aziendale delicata, quale quella attinente alla comunicazione endoaziendale, senza che da ciò possa in alcun modo inferirsi un contegno anche indirettamente discriminatorio riferito alla esclusione in via di principio di ogni possibilità di contatto con società ideologicamente connotate, ove tale connotazione non avesse avuto i riflessi che

avevano fatto paventare un condizionamento degli stessi soggetti sottoposti al test. Deve escludersi, pertanto, che la Corte territoriale sia incorsa nella denunciata violazione delle norme richiamate in tema di divieto di trattamenti discriminatori giustificati da ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico o religioso, laddove si consideri che anche quanto si assume in merito alla mancata valutazione di elementi di fatto indiziari valutabili alla stregua dell'art. 2729, primo comma, c.c. - in particolare l'esito dell'accertamento condotto in sede arbitrale - non risulta provato ed, anzi, emerge che al riguardo la società ha affermato che la prova raggiunta ha consentito di ritenere provata la rilevanza dei relativi addebiti. Nulla risulta dedotto con riguardo alla valutazione operata dai giudici del merito delle risultanze del giudizio arbitrale, la relativa omissione essendo invocata in termini di assoluta genericità ed alcuna censura viene mossa circa i criteri ed i vizi logico giuridici in cui sarebbe incorsa la valutazione compiuta, sicché anche da tale punto di vista il ricorso è privo di fondamento. La dedotta applicazione delle regole in tema di giudizio fondata su elementi presuntivi non si riconnette, invero, a dati certi che consentano di ritenere un'omessa valutazione di dati pacificamente e inconfutabilmente acquisiti agli atti di causa, dovendo al riguardo anche osservarsi che le prove raccolte in un diverso giudizio danno luogo ad elementi meramente indiziari, conseguendone che la mancata valutazione di tali prove non è idonea ad integrare il vizio di motivazione, in quanto il difetto riscontrato non può costituire punto decisivo, implicando non un giudizio di certezza, ma di mera probabilità rispetto alla possibilità di una diversa soluzione (cfr., in tali termini, Cass. 23 aprile 1998 n. 4183)”.

La Corte di Cassazione ha pertanto rigettato il ricorso presentato dal dirigente ritenendo legittimo il licenziamento comminatogli da parte datoriale e non riconoscendo la sussistenza del carattere discriminatorio del licenziamento.

La decisione dei Giudici di legittimità e di merito è delicata, giacchè il caso di specie si prestava effettivamente ad ambiguità data la natura dei tests somministrati e l'appartenenza del dirigente ad un credo religioso perfettamente coincidente con quello della Società somministratrice dei questionari e con la natura dei tests stessi.

Quel che appare evidente alla luce della disamina della legislazione vigente in materia è l'innegabile tentativo del legislatore italiano di adeguarsi allo spirito della direttiva comunitaria, che fra l'altro *“lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui”*.

La materia discriminatoria è certamente molto delicata, giacchè tocca non solo gli aspetti giuslavoristici e quindi il rapporto di lavoro in tutto il suo svolgimento, ma anche e soprattutto la sfera personale dell'individuo e la sua stessa dignità, valori questi che ogni società che vuol definirsi “democratica” non può non tutelare, a prescindere dal dovere giuridico di adeguamento alla normativa comunitaria.

Sicurezza nei luoghi di lavoro

*Inserto speciale***IL NESSO DI CAUSALITA'
IN TEMA DI PATOLOGIE ASBESTO CORRELATE**

di Ezio Bonanni

SOMMARIO:

PARTE PRIMA - Gli ambiti generali del nesso di causalità - 1. L'etimologia. 2. Le diverse teorie del nesso di causalità.

PARTE SECONDA - Il nesso di causalità nei diversi ambiti del diritto - 1. Il rapporto di causalità nella affermazione della responsabilità penale. 2. Il nesso di causalità nella responsabilità civile. 3. Il nesso di causalità in materia assicurativa (previdenza e assistenza).

PARTE TERZA - La determinazione del nesso di causalità nelle diverse patologie asbesto correlate - 1. Le patologie asbesto correlate. 1.1. L'asbestosi. 1.2. Cancro dei polmoni. 1.3. Mesotelioma maligno della pleura e delle altre membrane sierose. 1.4. Le pleuropatie benigne. 1.5. Tumori del tratto gastro-intestinale, della laringe e di altre sedi. 2. Il riconoscimento della malattia professionale asbesto correlata ai fini assicurativo-previdenziali. 3. Il nesso di causalità ai fini della affermazione della responsabilità civile e del risarcimento dei danni in caso di patologia asbesto correlata. 3.1. La responsabilità civile tra responsabilità contrattuale e responsabilità per fatto illecito. 3.2. Gli oneri di allegazione del lavoratore affetto da patologie asbesto correlate, nei diversi ambiti della responsabilità civile. 3.3. Nesso di causalità "debole" ai fini della configurabilità della patologia asbesto correlata come malattia professionale. 4. Il nesso di causalità delle patologie asbesto correlate nella responsabilità penale. 4.1. L'asbestosi e il tumore polmonare come patologie correlate alla dose. 4.2. Il mesotelioma tra *trigger dose* e adesione al modello multistadio. 4.2.1. La teoria del *trigger dose*. 4.2.2. Il modello multistadio della cancerogenesi. 4.2.2.1. Il fondamento scientifico della tesi fondata sul modello multistadio della cancerogenesi. 4.2.2.2. Tempo di latenza.

PARTE QUARTA - Gli obblighi di prevenzione e tutela e il loro rapporto con il nesso di causalità nell'affermazione della responsabilità penale -

1. La colpa in materia di patologie asbesto correlate, nel rapporto con il nesso di causalità. 2. In ordine all'obbligo di prevedibilità dell'evento e misure prevenzionistiche specifiche, antecedenti al D.lgs. 277/91 e alla legge 257/92. 3. Circa la irrilevanza del cosiddetto limite di soglia ai fini della configurabilità della responsabilità penale in caso di malattia professionale. 4. Sugli obblighi generali di tutela quali norme aperte che fondano la responsabilità a prescindere dal rispetto delle norme specifiche. 5. L'obbligazione di garanzia e tutela della salute e dell'integrità psicofisica.

PARTE QUINTA - L'evolversi della giurisprudenza ai fini della affermazione della sussistenza del nesso di causalità ai fini della configurabilità della responsabilità penale - 1. La rilevanza della legge scientifica. 2. Quanto al tumore al polmone. 3. Assenza di unanimità in ordine al modello multistadio della cancerogenesi in ordine al mesotelioma, e affermazione del nesso di causalità. 3.1. Posizioni giurisprudenziali prima della sentenza della Corte di Cassazione IV Sezione penale n. 38991 del 2010. 3.2. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezione IV penale, n. 43786 del 13.12.2010. 3.3. Sulla individuazione di elementi concreti per la formulazione del giudizio probabilistico e l'affermazione del nesso di causalità. 3.4. Sugli elementi sufficienti per ritenere provato l'effetto di accelerazione dei tempi di latenza. 3.5. Sul rapporto probabilistico e le leggi scientifiche di copertura. 4. Il metodo euristico nella ermeneutica giuridica e nella regola di giudizio in tema di affermazione del rapporto tra causalità omissiva e causalità commissiva. 5. Sussistenza della responsabilità penale della patologia asbesto correlata anche in concorrenza di concause.

PARTE SESTA - La soluzione rispetto alla problematicità delle posizioni giurisprudenziali - 1. L'approdo giurisprudenziale. Conclusioni.

PARTE PRIMA

Gli ambiti generali del nesso di causalità

1. L'etimologia

Il nesso di causalità esprime la relazione che lega (da “nectere”, legare) in senso naturalistico un *actum* (dalla radice latina *ago*) con l'*eventum* (da *evenio*) che vi discende e racchiude la prospettiva dinamica dalla quale si osserva qualsiasi fenomeno: quella di chi agisce, rispetto a quella di chi osserva, al fine di ricavare la riconducibilità o meno di un dato evento rispetto al fatto presupposto.

Mentre il fatto è irrilevante, se non riconducibile alla condotta umana, o se non è legato con un obbligo giuridico di impedirlo, l'atto, come condotta umana, o prodotto della condotta umana, viene giuridicamente individuato come evento.

2. Le diverse teorie del nesso di causalità

Nel tempo si sono susseguite diverse teorie, a partire da quella (a) della causalità naturale o *teoria della condicio sine qua non*, secondo la quale è sufficiente una qualsiasi azione che abbia posto in essere un antecedente indispensabile per la realizzazione dell'evento per affermare la sussistenza del nesso di causalità penalmente rilevante, tanto che ne è stata rilevata immediatamente la eccessiva severità ed alcune aberranti applicazioni pratiche, tanto da determinare l'emersione in Germania della (b) *teoria della causalità adeguata*, la quale richiama, ai fini della sua sussistenza, l'adeguatezza dell'azione idonea a generare l'evento e ne esclude la configurabilità ove sia improbabile, per costituirne un doveroso correttivo rispetto alla prima, solo che anche in questo caso se ne sono poste delle censure in ordine alla inidoneità dell'accertamento rispetto al caso concreto della straordinarietà o meno dell'azione, ai fini dell'affermazione del nesso di causalità, tanto da risultare troppo blanda per l'imputato e troppo discrezionale per il Giudice; tanto da lasciare il passo alla (c) *teoria della causalità umana* che ne propone una lettura condizionalistica, secondo un adeguamento che tiene in debito

conto le variabili che sfuggono all'uomo, ispirata da Francesco Antolisei e capace di spiegare la sua efficacia migliorativa della tenue causalità adeguata quando restituisce alla punibilità gli effetti atipici della condotta umana, escludendo gli eventi eccezionali: il nesso di causalità si può escludere soltanto qualora l'evento sia riconducibile ad un fatto eccezionale, fuori dal *dominium* umano, ovvero per aver causato un evento a lui imputabile, un soggetto deve aver in positivo posto in essere una condizione dell'evento che non si sarebbe altrimenti verificata, e in negativo ciò che ha causato non deve essere in concorso con fattori eccezionali; prestando il fianco tuttavia, come già per la teoria della causalità naturale, al rischio di contaminazione fra l'elemento oggettivo e quello soggettivo, poiché fa discendere la punibilità da una ambigua prevedibilità o dominabilità dell'evento; tanto da risultare definitivamente superata per effetto della (d) *teoria della imputazione oggettiva dell'evento*, arricchita dalla (e) *teoria della causalità scientifica*, definita quale causalità “vera”, fondata sullo studio scientifico del fenomeno, ove il nesso di causalità può essere verificato attraverso l'“*analisi controfattuale*” che riveli se in mancanza della condotta l'evento non si sarebbe verificato, tale da condurre ad un'“*alta probabilità logica ed una credibilità razionale*”, fondata sull'applicazione della legge scientifica che governa l'evolversi degli accadimenti e dei fatti.

PARTE SECONDA

Il nesso di causalità nei diversi ambiti del diritto

1. Il rapporto di causalità nella affermazione della responsabilità penale

Il nesso di causalità trova la sua sussunzione normativa nell'art. 40 del codice penale, il quale recita: “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipendente la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un

evento, che sia l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Nel rapporto con cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, stabilisce espressamente all'art. 41 c.p.: *"Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui".*

L'evento è dunque imputabile solo e soltanto se è riconducibile alla condotta attiva o omissiva del soggetto agente, di cui si valuta l'operato e nessuno può essere chiamato a rispondere di un fatto di reato se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende non sia causa della sua azione o della sua omissione e segna il recepimento per larga misura della *teoria della condicio sine qua non*, con l'unico sbarramento costituito dalla disposizione di cui al comma 2 dell'art. 41, ovvero *le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*, in piena coerenza con la norma di cui all'art. 27 della Costituzione, che nel sancire la personalità della responsabilità penale, esclude di poterla configurare per fatto altrui.

La norma di cui all'art. 41, comma 2, c.p. (a) non è linguisticamente corretta (non è dato di ipotizzare *"concause da sole sufficienti a causare l'evento"*, perché se sono tali allora hanno influito nella determinazione dell'evento), (b) accanto all'art. 40 è superflua, (c) quale limitazione della causalità condizionalistica equivalente è inutile, ingiusta o di nulla applicazione (dovrebbe ipotizzarsi una serie causale parallela a quella efficiente, la quale rimane *condicio sine qua non* dell'evento).

Solo attraverso l'interpretazione della norma da parte della Corte di Cassazione è stato possibile, in coerenza con la relazione illustrativa al codice penale, chiarire come

soltanto fattori concausali sopravvenuti di carattere eccezionale, ovvero imprevedibili e anormali, possano scindere l'evento dalla condotta, e far venir meno la responsabilità penale per insussistenza del nesso causale, non senza rilevare il diverso trattamento che caratterizza le cause sopravvenute rispetto a quelle concomitanti o antecedenti, che si rescinde attraverso la interpretazione analogica, *in bonam partem*, con ricorso a tutti i dati sulla causalità, non ultimo quello di cui all'art. 45 del codice penale nel quale non si rinviene la distinzione di cui all'art. 41, comma 2, c.p. (ed escludendola per il caso fortuito e la forza maggiore).

Ciò posto, il nodo problematico di maggiore complessità con riferimento al nesso di causalità, è costituito dal fatto che, alla determinazione dell'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato, concorrono numerosi fattori causali e, tra di essi, si colloca la condotta del presunto responsabile del reato.

Ai fini della verifica dell'elemento oggettivo del fatto di reato e, in particolare, al fine di ritenere integrato il requisito del nesso di causalità, occorrerà stabilire se sia sufficiente che la condotta dell'agente rappresenti una delle condizioni del verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso sul piano strettamente naturalistico (*teoria della condicio sine qua non*) ovvero se sia necessario un *quid pluris* e, cioè, che l'evento dannoso o pericoloso rientri in un processo causale dominabile in quanto conforme alle conoscenze della migliore scienza ed esperienza del momento.

Tali aspetti problematici relativi al nesso di causalità sono affrontati dal codice nell'art. 41 c.p. e, implicitamente, secondo parte della dottrina, nell'art. 45 c.p. (che si riferisce al caso fortuito ed alla forza maggiore).

Il comma 1 dell'art. 41 c.p. stabilisce che il nesso di causalità tra azione od omissione ed evento non viene meno per la sussistenza di concause preesistenti contestuali o sopravvenute. Il primo comma dell'art. 41 sembrerebbe, dunque, con riferimento al nesso di causalità, accogliere una concezione rigorosamente naturalistica del medesimo, sì da ritenere causa dell'evento dannoso o pericoloso ogni azione od omissione che abbia concorso alla sua determinazione; tale interpretazione del nesso di causalità trova

conferma nel comma 3 dell'art. 41 che, tra le concause, individua esplicitamente anche il fatto illecito altrui.

Pur con gli elementi di contraddizione, o di superfluità rispetto alla norma di cui all'art. 45 c.p., ovvero stante la necessità di una interpretazione in *bonam partem*, rispettosa della disposizione normativa di cui agli artt. 3 e 27¹ della Costituzione, la norma di cui all'art. 41, comma 2, c.p. determina la esclusione del nesso di causalità per il fatto sopravvenuto che sia, di per sé, idoneo a determinare l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende il fatto di reato.

Secondo una parte della dottrina, il comma 2 dell'art. 41 non rappresenterebbe una mitigazione della portata del nesso di causalità quale desumibile dall'art. 41, comma 1, in quanto esso si riferirebbe alle serie causali del tutto autonome (l'esempio di scuola è l'avvelenamento letale e la morte che sopraggiunga a causa di un incidente quando il veleno non ha ancora prodotto alcuno dei suoi effetti).

Secondo altra dottrina, invece, il comma 2 dell'art. 41 si riferirebbe alle serie causali apparentemente autonome nelle quali l'evento dannoso o pericoloso dipende logicamente e cronologicamente dall'azione od omissione in quanto, senza di esse, non si sarebbe prodotta neppure la successiva serie causale produttiva dell'evento dannoso o pericoloso (l'esempio di scuola è quello delle lesioni non mortali che determinano l'intervento dell'autoambulanza che, successivamente, rimane coinvolta in un sinistro che determina la morte del soggetto vittima di lesioni).

In chiave sistematica, poi, autorevole dottrina ha sottolineato come l'art. 41, comma 2, c.p. sia volto ad escludere il nesso di causalità allorché alla produzione dell'evento concorrano fattori eccezionali. Tali fattori eccezionali, infatti, rendono

¹ La disposizione normativa di cui all'art. 41, comma 2, c.p. appare tautologica solo in virtù della disposizione di cui all'art. 27 della Costituzione, e perde il velo di illegittimità per disparità, in forza di una lettura ed una interpretazione costituzionalmente orientata, anche in ragione dell'art. 3, così che in *bonam partem* determina l'esclusione del nesso di causalità in tutti quei casi in cui ci sia altro fattore causale che è esso solo sufficiente ad aver determinato l'evento costituente fatto reato.

l'evento medesimo come una conseguenza non prevedibile, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento, dell'azione o dell'omissione.

In senso critico, si è osservato che la norma di cui all'art. 41, comma 2, fa solo riferimento alle cause sopravvenute mentre i fattori eccezionali sarebbero anche quelli preesistenti o contestuali. Esclusa l'applicabilità del procedimento analogico stante il complessivo tenore testuale dell'art. 41 e l'esplicita menzione delle concause antecedenti e contestuali nel comma 1 e il solo riferimento alle cause sopravvenute nel comma 2, la dottrina ha ritenuto che l'esclusione del nesso di causalità sulla base dei fattori eccezionali antecedenti o contestuali possa desumersi dall'art. 45 c.p. che regola le fattispecie del caso fortuito e della forza maggiore (mentre, secondo la giurisprudenza e per la dottrina dominante, caso fortuito e forza maggiore opererebbero solo sul versante della colpevolezza al fine di escluderla).

Nel diritto penale il nesso di causalità (materiale) si fonda sulla regola della prova *oltre il ragionevole dubbio* (cfr. Cass. pen. SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328, sent. Franzese²), sul concetto di cosiddetta certezza processuale, basata sulla elevata probabilità logica o credibilità razionale, in sostituzione di quello della certezza cosiddetta assoluta³: *“lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche - hanno affermato le Sezioni Unite - sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...]. Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto [...] l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di*

² *“... fa ritenere provato, con elevato grado di credibilità razionale, la necessaria correlazione tra il periodo di esposizione all'amianto e gli effetti nocivi”.*

³ Vd. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, pgg. 363 e ss. nel quale la probabilità logica è la vera e propria “chiave di volta”.

un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo, secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo in settori nevralgici per la tutela dei beni primari [...]. Tutto ciò significa che il giudice [...] è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare⁴, tanto da avere introdotto il concetto di certezza c.d. processuale, fondata sulla elevata probabilità logica o credibilità razionale, in sostituzione di quello della certezza c.d. assoluta⁵.

2. Il nesso di causalità nella responsabilità civile

Ben diverso è l'accertamento del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile: è largamente ricevuto l'insegnamento secondo cui, ai fini dell'accertamento della sussistenza e della misura dell'obbligo risarcitorio, occorre accertare un duplice nesso causale: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale), e quello tra quest'ultima e i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica).

In questo senso si esprime la dottrina prevalente: per tutti, si vedano Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 60 e ss.; Carbone, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996)*, diretta da Alpa e Bessone, vol. II, Torino, 1997, 55 e ss.; Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Zatti e Ludica,

Milano, 1998, 170; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 619; Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 198; Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*. Milano, 1965, 111 e ss.).

La distinzione fra causalità materiale e giuridica è pacifica anche nella giurisprudenza: *ex multis*, si vedano in particolare Cass., sez. III, 02 febbraio 2001, n. 1516, in Riv. giur. circolaz. e trasp., 2001, 291, nonché in Corriere giur., 2001, 1319, con nota di Severi, in Giur. it., 2001, 2032, in Resp. civ., 2001, 881, con nota di Favilli, in Dir. e giustizia, 2001, fasc. 6, 43, con nota di Rossetti, e soprattutto la "storica" decisione sul "caso Meroni" resa da Cass. civ. SS.UU. 26 gennaio 1971 n. 174.

In tema di risarcimento dei danni per i profili di responsabilità civile, l'accertamento del nesso di causalità materiale non può non essere compiuto alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p., anche in tema di responsabilità civile, mentre invece il nesso di causalità giuridica va accertato in base al principio posto dall'art. 1223 del codice civile.

La Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, nella sentenza dell'11 gennaio 2008, n. 581 così dispone: "vige la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non» stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standard delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso vedansi: Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass. 18 aprile 2007, n. 9238; Cass. 5 settembre 2006, n. 19047; Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. 21 gennaio 2000, n. 632)".

"In altri termini, nel cosiddetto sottosistema civilistico, il nesso di causalità (materiale) - la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità razionale che è prossimo alla "certezza") - consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più

⁴ Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002 - 11 settembre 2002, sent. Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, 3650.

⁵ Nello stesso senso v. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino 2010, pgg. 363 ss., il quale parla della probabilità logica come di una vera e propria "chiave di volta".

probabile che non" (Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975).

Questo standard di *certezza probabilistica* in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni).

In ultimo, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, con la sentenza del 10 gennaio 2011, n. 306 afferma che: *"... secondo il consolidato orientamento di questa Corte, la responsabilità del datore di lavoro di cui all'art. 2087 cod. civ. è di natura contrattuale. Ne consegue che, ai fini del relativo accertamento, incombe sul lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro elemento, mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno medesimo (Cass. 3786 e 3788 del 17 febbraio 2009).*

3. Il nesso di causalità in materia assicurativa (previdenza e assistenza)

Nelle malattie professionali la distinzione tra malattie tabellate e malattie non tabellate, introduce un *doppio metodo*⁶, per le prime sussiste una presunzione legale di origine, per le seconde un onere probatorio più rigoroso a carico dell'avente diritto.

⁶ Prof. ANGELO FIORI, *La causalità nelle malattie professionali*, Lezione Magistrale, VI° Convegno Nazionale di Medicina Legale e Previdenziale.

Il sistema tabellare inizialmente circoscriveva la riconducibilità a malattia professionale di quelle sole patologie che fossero contemplate nelle tabelle, ed escludeva che si potessero riconoscere come patologie indennizzabili quelle che non vi erano contemplate, fino a quando la Corte Costituzionale con le sentenze rispettivamente del 18.02.1988 n. 179 e del 25.02.1988 n. 206 sanciva il superamento del sistema, ai fini dell'affermazione di un sistema complementare che sancisse l'indennizzo *"anche per le malattie sia comunque provata la causa di lavoro"*.

La Corte di Cassazione, a Sezione Unite, con sentenza n. 1919 del 09 marzo 1990, ha confermato che l'unica distinzione tra queste patologie risiede unicamente sul piano probatorio, poiché sul piano indennitario non si poteva né si doveva intravedere nessuna differenza.

PARTE TERZA

La determinazione del nesso di causalità nelle diverse patologie asbesto correlate

1. Le patologie asbesto correlate

C'è unanimità scientifica nell'affermare come asbesto correlate le seguenti patologie, tanto da risultare come inserite nelle tabelle INAIL secondo il DPR 1124/65, come recentemente aggiornate con D.M. 09.04.2008, entrato in vigore il 22.04.2008:

- a) Placche e ispessimenti pleurici con o senza atelettasia rotonda (j92);
- b) Mesotelioma pleurico (c45.0);
- c) Mesotelioma pericardico (c45.2);
- d) Mesotelioma peritoneale (c45.1);
- e) Mesotelioma della tunica vaginale e del testicolo (c45.7);
- f) Carcinoma polmonare (c34);
- g) Asbestosi (j61).
- h) Fibrosi polmonare (j68.4).

In Italia il riconoscimento delle malattie causate dall'amianto nelle liste delle malattie professionali asbesto correlate risale per l'asbestosi nel 1943, per il cancro al polmone, e per il mesotelioma, nel 1994, per le placche pleuriche soltanto nel 2008, rispetto alle quali il nesso di causalità si presume: *"presunzione legale di origine"*.

1.1. L'asbestosi

E' una malattia respiratoria cronica a decorso progressivo, fortemente invalidante, causa di insufficienza respiratoria cronica, irreversibile. Il fumo di sigaretta agisce sfavorevolmente sul decorso della malattia, favorendo la tendenza evolutiva della stessa.

E' legata alle proprietà delle fibre di asbesto di provocare una cicatrizzazione (*fibrosi*) del tessuto polmonare; ne conseguono irrigidimento e perdita della capacità funzionale.

Le cattive condizioni di lavoro che esistevano una volta nella produzione d'amianto, nella fabbricazione di prodotti a base di amianto e in altre professioni che comportavano una esposizione alle fibre e alle polveri d'amianto sono stati all'origine di forti tassi di prevalenza tra gli operai addetti per più di 20 anni. Poiché l'asbestosi è oggi una malattia professionale rara si può dire che nelle condizioni lavorative attuali il rischio di ammalarsi è pressoché assente.

1.2. Cancro dei polmoni

L'amianto può determinare un effetto cancerogeno per il polmone. Questa patologia, contrariamente al mesotelioma, è frequente anche per altre cause. E' stata riscontrata una stretta relazione con la quantità totale di asbesto inalata e con l'abitudine al fumo di tabacco.

Il rischio di contrarre questo tumore nei non fumatori non esposti ad asbesto risulta di 11 su 100.000 persone l'anno; nei non fumatori esposti ad asbesto risulta circa 5 volte superiore; nei fumatori che non sono esposti ad asbesto è circa 10 volte superiore, ed è addirittura oltre 50 volte superiore nei fumatori che sono anche esposti ad asbesto.

L'eliminazione almeno del fumo è quindi in grado di contribuire a ridurre la probabilità di contrarre tumori polmonari anche in lavoratori che sono stati esposti ad asbesto. Il cancro dei polmoni dovuto all'amianto non è clinicamente diverso da un cancro senza rapporto con l'esposizione a tale minerale.

1.3. Mesotelioma maligno della pleura e delle altre membrane sierose

L'amianto può determinare un effetto cancerogeno anche per le membrane sierose (*mesotelioma pleurico, cardiaco, peritoneale*).

I mesoteliomi vengono ritenuti, vista la loro estrema rarità, il tumore "spia" di una esposizione ad amianto anche se in qualche caso tale tipo di tumore può verificarsi anche in soggetti per i quali non si riesce ad individuare all'anamnesi l'esposizione professionale. Sono stati descritti casi di mesotelioma in persone residenti intorno a miniere di asbesto o nelle città sede di insediamenti industriali con lavorazioni dell'amianto, in familiari venuti in contatto con le polveri accumulate sulle tute di lavoratori direttamente esposti.

L'esistenza di mesoteliomi nei residenti e nei familiari mostra che possono essere pericolose anche esposizioni a basse concentrazioni di asbesto. In genere il tempo di latenza (*ovvero il tempo che intercorre tra l'esposizione ad amianto e la comparsa della malattia*) è dell'ordine di decenni, generalmente non meno 25-30 anni e più dall'inizio dell'esposizione.

1.4. Le pleuropatie benigne

Per quanto siano note da molti anni, le lesioni benigne della pleura da amianto sono state definite in maniera sistematica solo in tempi relativamente recenti. Esse comprendono tre quadri clinici distinti.

Le placche pleuriche. Sono ispessimenti circoscritti che interessano esclusivamente la pleura parietale (*diaframmatica compresa*); sono di norma multiple, bilaterali, talvolta simmetriche, hanno estensione e spessore variabili, risparmiano apici e seni costofrenici e possono calcificare. Sono un reperto frequente in una popolazione professionalmente esposta (*riscontrabile in un follow up di 30 anni fin nel 50% dei soggetti*). Generalmente vi è un periodo di latenza piuttosto lungo tra inizio dell'esposizione e comparsa delle placche (*dai 10 ai 30 anni*). Non è stata dimostrata alcuna correlazione con i livelli di esposizione. Al contrario, la comparsa delle placche sembra più correlata alla durata dell'esposizione che alla dose. Placche pleuriche sono descritte anche in relazione a livelli di esposizione relativamente bassi (*esposizioni ambientali*). Le placche pleuriche bilaterali localizzate alla

pleura parietale costituiscono una lesione abbastanza specifica da amianto.

Gli ispessimenti pleurici diffusi. Interessano la pleura viscerale e possono determinare anche aderenze tra i due foglietti pleurici. Confrontando i vari studi disponibili risulta una prevalenza tra gli esposti ad amianto compresa tra il 2 e il 7%, con un rapporto tra placche ed ispessimenti circa di 6 a 1. Possono avere localizzazione sia bilaterale sia monolaterale e possono andare incontro a fenomeni di calcificazione. Tra le pleuropatie viscerali da amianto vengono descritte anche gli ispessimenti delle scissure interlobari. A differenza delle placche pleuriche localizzate alla pleura parietale, gli ispessimenti pleurici diffusi rappresentano una lesione del tutto aspecifica, che si manifesta anche in conseguenza di comuni processi infiammatori. I versamenti pleurici benigni possono comparire negli esposti generalmente dopo non meno di 10 anni di esposizione e spesso rimangono l'unica manifestazione per un altro decennio. Normalmente sono di modesta entità e si risolvono spontaneamente nel giro di qualche mese, salvo ripresentarsi anche a distanza di anni. Frequentemente danno come esito l'ispessimento pleurico diffuso e l'obliterazione del seno costo-frenico. Non sono clinicamente distinguibili dai versamenti attribuiti ad altra causa e la diagnosi differenziale si basa essenzialmente sul mancato riscontro di altri fattori causali (*quali in particolare TBC e tumori*) e sulla positività anamnestica per l'amianto. Tutti questi quadri sono generalmente asintomatici e non comportano alterazioni della funzionalità respiratoria a meno che non siano molto estesi o che si accompagnino a fenomeni fibrotici del parenchima polmonare.

Le lesioni pleuriche benigne non possono di per sé essere interpretate come asbestosi. In realtà esse non costituiscono una vera e propria patologia da amianto, quanto piuttosto un indicatore di avvenuta esposizione. Secondo alcuni autori hanno anche un significato di ipersuscettibilità individuale all'azione sclerogena dell'amianto. Invece, non vi è sufficiente evidenza che vadano incontro a trasformazione maligna e diano esito nella comparsa di un mesotelioma.

Sotto il profilo medico-legale, secondo alcuni, non comportando una menomazione

funzionale, non danno diritto ad alcun indennizzo. Secondo altri possono essere valutate in base all'eventuale riduzione della funzionalità dell'apparato respiratorio (*quando ciò si verifica*), al danno biologico, inteso come perdita dell'integrità di un organo, e alla dimostrazione dell'avvenuta esposizione con conseguente sofferenza psichica attribuibile alla preoccupazione per la possibile insorgenza di malattie incurabili e letali.

1.5. Tumori del tratto gastro-intestinale, della laringe e di altre sedi

Queste patologie non sono contemplate nelle tabelle delle malattie professionali, e pur tuttavia non può essere negato un ruolo concausale al potenziamento tossicologico e al sinergismo che l'amianto induce.

Anche pochissime fibrille, producono danni al nostro organismo, al suo DNA, e sommandosi raggiungono il carico (*body burden*) di rottura del tiro alla fune tra cancerogeni e le difese dell'organismo.

René Truhaut ha lanciato il monito sul "*rischio zero*" per l'amianto e per tutti gli altri cancerogeni che dovrebbero essere rimossi, nell'ottica della prevenzione primaria (principio di precauzione), con l'equivalenza "*mondo pulito = salute; mondo inquinato = malattia*", come dimostra la drammatica vicenda dei lavoratori dell'amianto in Italia⁷ (Ezio Bonanni e Giancarlo Ugazio, "*Patologie Ambientali e Lavorative. MCS Amianto & Giustizia*", Edizioni Minerva Medica, Torino, 2011).

Numerosi studi hanno mostrato che la mortalità per tumori in genere è più alta nei lavoratori esposti a polveri libere di asbesto che nella popolazione generale, e in particolare sembrano più frequenti i tumori del tratto gastro-intestinale e della laringe. L'aumento della frequenza per queste

⁷ Si tratta di una vicenda tragica e drammatica per l'Italia, poiché migliaia di lavoratori e cittadini si sono ammalati e sono deceduti a causa dell'amianto e, nonostante la legge 455 del 1943 ed i precetti costituzionali, rimasti spesso sulla carta. Solo la sentenza di condanna della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 13.12.1990 (proc. 240 del 1989) ha determinato il recepimento della direttiva 477/83/CEE, ed istituire le prime tutele (D.lgs. 277/91 e con la legge 257/92).

malattie è comunque molto inferiore rispetto a quello descritto per i tumori polmonari e a tutt'oggi non c'è unanimità circa il nesso di causalità anche se esso è ritenuto probabile (anche alla luce della legislazione comunitaria).

2. Il riconoscimento della malattia professionale asbesto correlata ai fini assicurativo-previdenziali

Nel caso di patologie rientranti nelle tabelle, il nesso di causalità si presume, e sarà a carico dell'ente assicuratore l'onere della prova della diversa origine della patologia rispetto all'attività lavorativa.

Il Giudice può rendere una applicazione estensiva delle previsioni delle tabelle ogni qualvolta risulti che le conseguenze derivate da una lavorazione non tabellata (quale può essere l'uso di uno strumento diverso da quello descritto nella tabella) abbiano prodotto un'infermità del tutto identica a quella cagionata o derivata da una lavorazione tabellata (v. Corte Cost. n. 179/88); Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 5254 del 19 novembre 1989: *“A seguito della sentenza n. 179 del 1988 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità delle norme che, in tema di malattie professionali, prevedevano la tassatività delle tabelle contemplanti sia le lavorazioni morbigena, sia le infermità che da esse si presumevano cagionate o derivate, come il lavoratore ha la possibilità di dimostrare di avere contratto una determinata malattia per essere stato addetto ad una lavorazione atta a cagionarla, a prescindere dalle previsioni tabellari, così il giudice può fare un'applicazione estensiva di tali previsioni ogni qualvolta risulti che le conseguenze derivate da una lavorazione non tabellata (quale può essere l'uso di uno strumento diverso da quello descritto nella tabella) abbiano prodotto un'infermità del tutto identica a quella cagionata o derivata da una lavorazione tabellata (v. Corte Cost. n. 179/88)”*.

E' altresì possibile una applicazione analogica delle previsioni delle tabelle.

La Corte di Cassazione, Sez. lav., nella sentenza n. 1919 del 9 marzo 1990 così recita: *“In tema di assicurazione contro le malattie professionali, nella disciplina risultante a*

seguito della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3 primo comma del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124 (sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988), inerente le malattie diverse da quelle specificatamente elencate nelle apposite tabelle, ovvero ricollegabili all'esercizio di lavorazioni diverse da quelle descritte nelle tabelle stesse, sono indennizzabili solo dietro prova della “causa di lavoro” da parte dell'interessato, per le malattie e lavorazioni entrambe “tabellari”, opera, a favore dell'assicurato, una presunzione di eziologia professionale. A tale ultimo riguardo, le elencazioni contenute nelle indicate tabelle hanno carattere tassativo, ma ciò, se vieta un'applicazione analogica delle relative previsioni, non è di ostacolo ad una interpretazione estensiva delle medesime, con la conseguenza che la suddetta presunzione è invocabile anche per lavorazioni non espressamente previste nelle tabelle, ma da ritenersi in esse implicitamente incluse, alla stregua della identità dei connotati essenziali, ferma restando l'inapplicabilità della presunzione stessa per quelle lavorazioni che presentino solo alcuni caratteri in comune, unitamente ad elementi non marginali di diversità, sì da rendere configurabile una piena somiglianza con fattispecie inclusa nella lista (nella specie, la C.S. ha cassato la decisione dei giudici del merito che avevano ritenuto la frantumazione di materiale calcareo mediante mulini a palle rientrare nella attività di produzione di polveri metalliche con macchine a pestelli, prevista dalla voce n. 44 lett. e della tabella)”.

Ove una patologia insorga a causa dell'esposizione a polveri e fibre di amianto in ambito lavorativo e non rientri tra quelle contemplate nella tabella, il nesso di causalità deve essere dimostrato dal lavoratore. Infatti, *“... in tema di assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali, la sentenza della corte costituzionale n. 179 del 1988, dichiarativa (fra l'altro) della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3 e dell'art. 134, primo comma, del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124, ha comportato l'istituzione di un sistema cosiddetto misto, nell'ambito del quale va distinto il caso del lavoratore colpito da una delle tecnopatie tabellate, nel quale, nel concorso delle altre condizioni di*

legge, vale la presunzione legale dell'origine professionale della malattia, dall'ipotesi del lavoratore colpito da malattia non riferibile a lavorazioni tabellate, ancorchè insorta fuori del periodo massimo d'indennizzabilità, nella quale il lavoratore medesimo ha l'onere di provare la derivazione causale della malattia dall'attività lavorativa" (Cass. civ., Sez. lav., 3 luglio 1990 n. 6808 del 3/7/1990).

Così a titolo di esempio: *"In tema di assicurazione contro le malattie professionali, nella disciplina risultante a seguito della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124 (sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988) la neoplasia polmonare può essere inclusa tra le malattie causate da piombo (di cui alla voce n. 1 della nuova tabella delle malattie professionali nell'industria, allegata al d.p.r. n. 48211975) se il nesso di causalità tra la specifica sostanza morbigena tabellata (piombo) e detta malattia venga stabilito in base a dati (anche epidemiologici) ritenuti affidabili dalla scienza medica; in difetto di malattia professionale "tabellata" contratta nell'esercizio di lavorazioni, o in dipendenza dell'esposizione a sostanze, parimenti tabellate, deve essere verificato in concreto l'eventuale nesso di causalità tra malattia e attività lavorativa dell'assicurato, indipendentemente dalla loro inclusione nella tabella"* (Cass. civ. Sez. lav. 24 luglio 1991 n. 8310).

Sicché *"per conseguire il diritto a una rendita da malattia professionale ai sensi del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124 - la quale, a seguito della sentenza della corte costituzionale n. 179 del 1988, è configurabile relativamente ad ogni infermità, di cui sia provata l'origine lavorativa, e cioè la connessione eziologica con un rischio specifico o anche soltanto generico aggravato dall'attività lavorativa protetta - il lavoratore addetto ad una lavorazione non tabellata è tenuto a dimostrare, in base ai principi in tema di onere probatorio fissati dall'art. 2697 cod. civ., l'avvenuta esposizione a rischio nonché, le particolari caratteristiche dell'affezione che la distinguano dalle altre patologie di natura comune"* (Cass. civ., Sez. lav. 21 marzo 1997 n. 2500).

La prova della professionalità della patologia si considera raggiunta anche

secondo criteri probabilistici, specie nelle malattie plurifattoriali, tenendo conto delle difficoltà della prova, dell'assenza di certezza scientifica, che viene sostituita dalla cosiddetta *"certezza allo stato"* espressione mutuata da una recente sentenza della Cassazione penale (Sez. IV 25 novembre 2005 -15 maggio 2005 n.1977).

Conseguentemente come recentemente precisato dalla Sentenza delle Corti di Cassazione, Sez. lav. n. 22441 del 04 novembre 2010: *"Anche nella materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali trova diretta applicazione la regola contenuta nell'art. 41 c.p., per cui il rapporto causale tra evento e danno è governato dal principio dell'equivalenza delle condizioni, secondo il quale va riconosciuta l'efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, mentre solamente se possa essere con certezza ravvisato l'intervento di un fattore estraneo all'attività lavorativa, che sia per sé sufficiente a produrre l'infermità tanto da far degradare altre evenienze a semplici occasioni, deve escludersi l'esistenza del nesso eziologico richiesto dalla legge"* (Cass. civ., Sez. Lav. 04 novembre 2010, n. 22441).

Come autorevolmente sostenuto questi principi *"se indubbiamente appare discostarsi dalle normali regole assicurative, è invece in linea con le finalità sociali dell'assicurazione sociale nelle quali ha rilevanza dirimente la regola del "in dubio pro misero"»*.

3. Il nesso di causalità ai fini della affermazione della responsabilità civile e del risarcimento dei danni in caso di patologia asbesto correlata

Se l'indennizzo è a carico dell'ente assistenziale, sul datore di lavoro grava l'onere di risarcire integralmente la vittima, per tutti i pregiudizi anche non patrimoniali che ha sofferto e che soffrirà a causa della lesione psicobiologica, in grado di riverberarsi su tutti gli ambiti della persona.

1.1. La responsabilità civile tra responsabilità contrattuale e responsabilità per fatto illecito

La vittima ha diritto all'integrale risarcimento di tutti i danni, (a) il differenziale del danno biologico; (b) i danni complementari; (c) il danno patrimoniale; prima di tutto a titolo di responsabilità contrattuale⁸ secondo le disposizioni normative di cui agli artt. 1218, 1223 e 1453 c.c. e poi in via alternativa e residuale a titolo di responsabilità per fatto illecito, ex art. 2043 c.c., in relazione alle norme del codice penale (quali quelle di cui agli artt. 589, 590 etc. c.p.), cui si aggiunge quello ex artt. 1228 e/o 2049 c.c. per la condotta dei dipendenti, sempre in combinato disposto con la norma di cui all'art. 2087 c.c. e delle altre norme speciali che regolano la materia, comunque nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c., in forza della quale, applicando anche in tema di responsabilità contrattuale, le norme di cui agli artt. 2, 3, 4, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38 e 41, comma 2, della Costituzione, il lavoratore malato per motivi di professionale esposizione a polveri e fibre di amianto deve essere integralmente risarcito.

Il danno biologico è rappresentato, convenzionalmente, solo da quella lesione all'integrità psico-fisica della persona "suscettibile di valutazione medico-legale" e impone comunque ed in ogni caso al lavoratore di agire per il ristoro del danno complementare, quale danno alla persona che trascenda il danno biologico, nell'ambito dei profili dinamico-relazionali della personalità⁹, denominati anche danni alla sfera esistenziale¹⁰, pur nella negazione di

autonoma loro categoria giuridica, ma pur tuttavia risarcibili per essere attinenti ai diritti inviolabili della persona (che, appunto, non sono solo quelli che attengono all'integrità psicofisica), consacrati nella nostra Carta Costituzionale ed in altre fonti del diritto (non ultimi quelli dell'art. 2087 c.c., ed in quelle di diritto comunitario ed internazionale).

L'entità del pregiudizio (differenziale e complementare, rispetto a quanto eventualmente liquidato dall'INAIL e/o da altri enti previdenziali e assistenziali) deve essere determinata con quantificazione equitativa secondo i parametri sanciti dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. SS.UU., sentenza n. 26972 del 2008; Cass. civ. SS.UU., sentenza n. 26973 del 2008), nell'ambito delle disposizioni normative di cui agli artt. 1226 c.c. (responsabilità contrattuale) e 2056 c.c. (responsabilità aquiliana).

3.2. Gli oneri di allegazione del lavoratore affetto da patologie asbesto correlate, nei diversi ambiti della responsabilità civile

Il lavoratore deve allegare e provare la sussistenza del rapporto contrattuale e della patologia asbesto correlata, come cagionata dalla condotta attiva e omissiva del datore di lavoro e dei suoi dipendenti/dirigenti, nei termini sanciti dalla Corte di Cassazione: "*Le conseguenze in tema di riparto degli oneri probatori nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro che derivano dai su riportati principi, ed in particolare dalla natura contrattuale della responsabilità, è che esso si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c. sull'inadempimento delle obbligazioni (Cass. n. 21590/2008 cit., Cass. 8 maggio 2007, n. 10441, Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184). La regola sovrana in tale materia, desumibile dall'art. 1218 c.c., è che il creditore che agisca per il risarcimento del danno deve provare tre elementi: la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, il danno e la sua riconducibilità al titolo dell'obbligazione; a tale scopo egli può limitarsi alla mera allegazione della circostanza*

relazionale", la persona non solo quelli "statici", cfr. anche Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1779.

⁸ Il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale, sicché il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c. sull'inadempimento delle obbligazioni.

⁹ Cfr. artt. 138 e 139, D.lgs. n. 209 del 2005 (c.d. codice delle assicurazioni).

¹⁰ Cass. civ. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972 precisa che il danno non patrimoniale è categoria generale, non suscettibile di suddivisione in sotto categorie; ma poi ammette che il concetto di danno biologico a portata omnicomprensiva solo in via tendenziale, e, d'altra parte considera come tale quello che assume come parametro i profili "dinamico

dell'inadempimento della controparte, mentre è il debitore convenuto ad essere gravato dell'onere di provare il proprio adempimento, o che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533¹¹, cui si è confermata tutta la giurisprudenza delle sezioni civili di questa Corte successiva: ex plurimis Cass. 25 ottobre 2007, n. 22361; Cass. 19 aprile 2007, n. 9351, Cass. 26 gennaio 2007, n. 1743)" (Corte di Cassazione, sentenza del 07 maggio 2009, n. 45). Conformemente: "il datore di lavoro che intende negare la propria responsabilità ha l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno" (Cass. civ. Sez. lav. 13

¹¹ Cass. civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533: "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento). (Conf. sulla sola prima parte 11629/99, rv 530666).

maggio 2008 n. 11928 e Cass. civ. Sez. lav. 25 giugno 2008, n. 17309, e così Cass. civ. Sez. lav. 02 luglio 2009, n. 18107).

In tema di responsabilità per fatto illecito, l'onere della prova è invece a carico del lavoratore, nel senso che egli dovrà dimostrare che le conseguenze immediate e dirette della condotta attiva e omissiva del datore di lavoro oltre ad aver determinato l'evento siano ascrivibili a dolo o a colpa, secondo gli ordinari parametri della responsabilità civile.

3.3. Nesso di causalità "debole" ai fini della configurabilità della patologia asbesto correlata come malattia professionale

In tema di responsabilità civile l'accertamento del nesso di causalità risiede nella regola della preponderanza "dell'evidenza o «del più probabile che non»", in ragione della "diversità" rispetto al "processo penale" (conf. Cass. SS.UU., sent. 581/08 ed ex multis Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass. 18 aprile 2007, n. 9238; Cass. 5 settembre 2006, n. 19047; Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. 21 gennaio 2000, n. 632, come già prima evidenziato).

Quindi è sufficiente una "probabilità qualificata" (Cass., Sentenza 6388/98), che può essere verificata attraverso ulteriori elementi, come i dati epidemiologici, idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale.

"E' di tutta evidenza che per ritenere un evento probabile si richiede che il grado di probabilità sia per lo meno superiore al 50%: criterio che può essere in linea di massima accettato in sede previdenziale, come causalità debole, ancora più debole della causalità civile. Ma di fatto non esiste alcun metodo, in questo ambiti per formulare una elevata stima percentuale. Chi utilizza queste formulazioni ... esprime una convinzione soggettiva ... mediante varie formule 'serie ed apprezzabili probabilità', 'molto probabile', 'notevoli probabilità', 'elevata probabilità'" (Cass., Sentenza 3602/98) ... La differenza appare solo di natura quantitativa e può racchiudersi nei concetti di causalità forte (in sede penale) e di causalità debole negli altri due ambiti

forse con ulteriore qualificazione di causalità ultradebole in sede previdenziale”¹².

“In tema di responsabilità professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell’agente e l’evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta lesiva si può (e si deve, occorrendo) sostituire il criterio della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli; ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l’opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata (nella specie trattasi di omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in donna sottoposta a taglio cesareo; i giudici di merito avevano ritenuto il nesso causale tra la condotta omissiva del medico e l’evento letale, sussistendo la probabilità del 30% che un corretto e tempestivo intervento terapeutico avrebbe avuto esito positivo”, Cass. pen. Sez. IV, 17 gennaio 1992, Silvestri e altri, in Dir. Famiglia, 1992, 580 (nota); ID in Nuova Giur. Civ. commentata, 1992, I, 358 (nota).

Si afferma la sussistenza del nesso di causalità anche con criteri probabilistici estremamente ridotti, perfino di fronte ad un’unica quanto remota probabilità, che richiama alla memoria il criterio adottato dalla Corte dei Conti in tema di infermità dipendenti da causa di servizio ove veniva ammesso per la semplice constatazione che “non si poteva escludere che” il servizio prestato potesse aver avuto negativa influenza sull’insorgenza o sul più grave decorso dell’infermità denunciata, anche se nella specie oltre la ben nota e famosissima Sentenza sopra richiamata, il rapporto di causalità possa essere affermato unicamente con il superamento della soglia del 50% di probabilità, in esclusione di altri fattori essi solo sufficienti ad aver determinato l’evento, secondo il principio del “più probabile che non”.

In ultimo, la Corte di Cassazione con la sentenza 21 aprile 2011, n. 9238 così

¹² ANGELO FIORI, *La causalità nelle malattie professionali*, Sesto Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale.

statuisce: “... I giudici di appello hanno, infatti, correttamente osservato come già al tempo dell’esposizione del lavoratore al rischio morbigeno era nota la intrinseca pericolosità delle fibre dell’amianto impiegato nelle lavorazioni, tanto che l’uso delle stesse era sottoposto a particolari cautele indipendentemente dalla concentrazione per centimetro cubo.

Tale constatazione trova conferma nella giurisprudenza di questa Suprema Corte, la quale ha reiteratamente osservato (v. ad es già Cass. n. 4721/1998) come la pericolosità dell’amianto fosse sicuramente nota da epoca ben anteriore al 1970, per come dimostra un complesso significativo di disposizioni normative in tal senso rilevanti, quali, fra le altre, il D.P.R. n. 303 del 1956, art. 21 il quale stabiliva che nei lavori che danno normalmente luogo alla formazione di polveri di qualsiasi specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare provvedimenti atti a impedire o ridurre, per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione nell’ambiente, precisando, altresì, che “le misure da adottare a tal fine devono tenere conto della natura delle polveri e della loro concentrazione”(e cioè, devono avere caratteristiche adeguate alla pericolosità delle polveri stesse), o ancora, nell’ambito del medesimo testo, l’art.9, che prevedeva il ricambio di aria, l’art. 15, che prevedeva che, anche fuori dell’orario di lavoro, si dovesse ridurre al minimo il sollevamento delle polveri e, proprio a tal fine, prescriveva l’uso di aspiratori, l’art. 18, che proibiva l’accumulo di sostanze nocive, l’art. 19, che imponeva di adibire locali separati per le lavorazioni insalubri, l’art. 25, che prescriveva, quando potesse esservi dubbio sulla pericolosità dell’atmosfera, che i lavoratori fossero forniti di apparecchi di protezione. Correttamente, pertanto, la corte territoriale ha ritenuto che, in un ambiente di lavoro esposto al rischio del sollevamento delle polveri, la legge già esistente all’epoca imponeva di impedire che ciò avvenisse, facendo onere al datore di lavoro di tener conto della natura (e della specifica pericolosità) delle polveri al fine di adottare tutte le misure idonee a ridurre il rischio da contatto”.

Quindi ai fini della determinazione del nesso di causalità e dei relativi oneri probatori, assume rilievo fondamentale

l'obbligo giuridico (e contrattuale) di adottare la migliore tecnologia possibile, e le maggiori accortezze, al fine di azzerare o quantomeno ridurre al minimo il rischio.

4. Il nesso di causalità delle patologie asbesto correlate nella responsabilità penale

4.1. L'asbestosi e il tumore polmonare come patologie correlate alla dose

E' necessario dover preliminarmente distinguere tra le diverse patologie asbesto correlate, e non vi è dubbio, diversamente dal mesotelioma, che qualsiasi esposizione, anche successiva, a quella dell'induzione, ha un ruolo, quantomeno concausale tale da configurare la sussistenza del nesso di causalità, essendo patologie dose dipendenti.

Infatti, se per il mesotelioma non c'è unanimità scientifica circa il modello multistadio della cancerogenesi, per le altre patologie, quali il carcinoma polmonare e gli altri tipi di tumore polmonare, e per l'asbestosi, la scienza è unanime¹³ nel

¹³ Nella letteratura scientifica cfr. V. Foà, *Consulenza tecnica, Procedimento penale n. 757/2000 RGNR, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pistoia*, 3 febbraio 2004, 6 e 11, dove si afferma che «asbestosi e cancro polmonare sono patologie dose-correlate: possono cioè insorgere solo per esposizioni di una certa rilevanza quantitativa condizionante un accumulo di fibre di asbesto nel polmone importante»; G. Chiappino, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medina del lavoro*, 2005, 6 dove si sostiene che «il mesotelioma pleurico si distingue come patologia che fa eccezione, perché nei soggetti suscettibili esposti ad amianto l'effetto cancerogeno può essere conseguente ad una "dose" estremamente bassa. Per tutti gli altri tumori, al contrario, compreso il carcinoma polmonare da amianto, dosi basse non producono effetti epidemiologicamente dimostrabili»; G. Dondi, *Esposizione ad amianto, mesotelioma del lavoratore e responsabilità del datore*, in AA.VV., *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, a cura di L. Montuschi e G. Insolera, Bologna, 2006, 64, secondo il quale «a proposito del carcinoma polmonare, esso è in rapporto sicuro con l'amianto se vi è asbestosi o "l'evidenza di un'affezione pleurica causata dall'amianto" (in difetto di ciò, può essere conseguenza, ad esempio, del fumo di sigarette). Il che presuppone obiettivi

riconoscere che il rischio è proporzionale ai

riscontri anatomo-patologici e il rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni in quantità rilevanti». In giurisprudenza, per quanto riguarda l'asbestosi, v. Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010-4 novembre 2010, Quagliarini, in CED n. 38911/2010; anche in Dir. pen. proc., 2011, in corso di pubblicazione, con nota di F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale (un banco di prova nell'evoluzione della responsabilità colposa*; anche in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 58 s., secondo cui «l'asbestosi è una malattia "dose-correlata", nel senso che il suo sviluppo e la sua gravità aumentano in relazione alla durata di esposizione alla inalazione di fibre. In sostanza la quantità di asbesto che viene inalata nei polmoni e la sua pericolosità sono legati alla durata dell'esposizione: è per tale motivo che l'asbestosi è ritenuta una malattia in cui esiste una stretta correlazione fra "dose" di asbesto inalata e "risposta" dell'organismo»; Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008-19 dicembre 2008, Pilato, in CED, n. 47380/2008, secondo la quale «pur essendo naturale un aggravamento dell'asbestosi anche nel caso di eliminazione dell'esposizione, la continuazione della sottoposizione all'esposizione è invece idonea ad aggravare significativamente la malattia soprattutto se le esposizioni [...] siano proseguite con particolare intensità anche se si fosse ridotta nel tempo l'esposizione lesiva. E' dunque corretta anche l'ulteriore conclusione della Corte di merito sull'irrelevanza dell'accertamento del momento iniziale della contrazione della asbestosi una volta che sia comunque accertato che le esposizioni verificatesi presso SIMAC abbiano significativamente contribuito all'aggravamento della malattia». Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Bari, 16 giugno 2009, Stringa, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 38 ss.; Trib. Milano, 4 giugno 2007, Dalla Via, *ivi*; anche in *Foro ambr.*, 2007, 316 ss., con nota di C. BECCAREDDA BOY, *Esposizione professionale ad amianto e criteri di imputazione del delitto di omicidio colposo*, *ivi*, 2007, 304 ss.; Trib. Pistoia, 1° giugno 2004, Callerio, inedita, 174 ss. Con riferimento al carcinoma, Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2009-26 gennaio 2010, Cavallucci, in CED, n. 3344/2010, dove si richiama un orientamento secondo il quale la presenza di numerosissime fibre di amianto negli interstizi polmonari, ovvero l'asbestosi in essere, determina la certezza del nesso causale in caso di insorgenza di carcinoma; Cass. pen., Sez. IV, 2 febbraio 2001-16 marzo 2001, Biorci, in CED, n. 10770/2001; anche in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2001, 331, sentenza in cui si parla di «certo condizionamento della patologia oncogena [carcinoma polmonare] dalla asbestosi»; Cass. pen., Sez. IV, 5 ottobre 1999-20 marzo 2000, Hariolf, in CED, n. 3567/2000; anche in *Giur. it.*, 2001, 1709 e ss..

tempi e alla intensità di esposizione al fattore cancerogeno, tanto che l'aumento della dose di amianto inalata (in forza della durata e dell'intensità dell'esposizione) è in grado di accorciare la latenza della malattia e di aggravare gli effetti della stessa, tanto che può essere definita una patologia dose correlata, il cui sviluppo in termini di rapidità e gravità, è condizionato dalla quantità di fattore cancerogeno inalato, sicché qualsiasi esposizione è considerata concausa perché abbrevia la latenza e dunque anticipa l'insorgenza della malattia (cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, imp. Macola e altro, in Foro it. 2003, 324ss, con nota di Guariniello).

4.2. Il mesotelioma tra trigger dose e adesione al modello multistadio

4.2.1. La teoria del trigger dose

Come abbiamo evidenziato e dedotto, se da una parte per alcune delle patologie asbesto correlate non vi è dubbio sul riconoscimento universale della legge scientifica dell'aumento del rischio e della diminuzione dei tempi di latenza in proporzione della esposizione in intensità e nel tempo, per il mesotelioma pleurico, alcuni degli studiosi hanno messo in dubbio il modello multistadio della cancerogenesi, per affermare quello cosiddetto del *trigger dose*: secondo il quale è sufficiente anche solo una fibra, per di più ultrafine, tale da determinare il processo, rispetto al quale le successive esposizioni sarebbero di nessun rilievo (e poiché è impossibile accertare tra miliardi quale sia la fibra capace di scatenare siffatta reazione, tale da portare alla morte in pochi mesi al momento della emergenza, evidentemente si giungerebbe alla impossibilità di affermare la penale responsabilità di uno o dell'altro dirigente, tanto più che la fibra killer potrebbe essere stata presente nel fondo ambientale, anche non lavorativo)¹⁴.

¹⁴ Tesi evidentemente da noi non condivisa, ove si consideri che nega il rilievo anche scientifico di tautologica evidenza che miliardi di fibre di amianto hanno comunque un'influenza sull'organismo umano - come descritto in BONANNI, UGAZIO, "Patologie ambientali e lavorative. MCS Amianto & Giustizia", Ed. Minerva Medica, Torino, 2011.

Il mesotelioma è una patologia monofattoriale, poiché tranne casi rarissimi, è causata solo ed esclusivamente dalle fibre di amianto¹⁵, ed evidentemente più se ne respirano, più l'organismo ne viene pregiudicato.

Nella dinamica processuale, le difese degli imputati nei procedimenti penali in seguito alla comparsa di mesotelioma tra i lavoratori esposti all'amianto dei diversi siti produttivi, pongono l'accento sulla tesi della *trigger dose*, che si fonderebbe su tre leggi scientifiche:

- a) il mesotelioma può essere indotto *anche da bassissime dosi di esposizione*¹⁶, al limite anche da *una sola fibra* di amianto;
- b) *una volta innescata la patologia, le esposizioni successive sono prive di rilevanza eziologica sul suo sviluppo*, e dunque si tratta di patologia *dose-indipendente*;
- c) può essere indotto soltanto dall'inalazione di fibre *fini o ultrafini*.

Questo modello impedisce di svolgere entrambi gli accertamenti richiesti dal rapporto di causalità: non si può stabilire se l'amianto presente nell'impresa ha cagionato la patologia, perché la vittima potrebbe aver respirato la *fibra killer* in qualunque altro luogo, professionale o extraprofessionale; non si può affermare che la predisposizione delle misure cautelari doverose avrebbe impedito la patologia, perché nessuna attrezzatura

¹⁵ Cfr. TERRACINI - MOLLO - CARNEVALE, *Amianto ed effetti sulla salute, a proposito del più recente dibattito scientifico-giudiziario*, in Foro it. 2009, 3, 148 ss, secondo i quali il mesotelioma è preceduto dall'esposizione all'amianto in una percentuale di casi oscillante tra il 75 e il 90%, e al contempo "nessuno studio ha dimostrato ipotesi consistenti di causalità alternative a quella dell'amianto".

¹⁶ V. ancora G. CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medina del lavoro*, 2005, 17, dove si precisa che recenti ricerche «hanno definitivamente indicato per il mesotelioma l'agente ed il punto d'innescamento del meccanismo patogenetico: fibre ultrafini ed ultracorte in concentrazioni puntiformi nella pleura peritale»; B. TERRACINI-F. CARNEVALE-F. MOLLO, *Amianto ed effetti sulla salute*, cit., 152, in cui si afferma che «le fibre di asbesto di tutte le lunghezze inducono risposte patologiche». In giurisprudenza v. la dettagliata ricostruzione in Trib. Mantova, 14 gennaio 2010, Belleli, cit. 70 ss.; Trib. Milano, 4 giugno 2007, Dalla Via, cit..

avrebbe potuto azzerare la presenza di fibre, né bloccare le fibre fini o ultrafini.

4.2.2. Il modello multistadio della cancerogenesi

L'altra tesi, quella del modello multistadio della cancerogenesi, afferma invece che l'insorgenza di questa patologia è dose correlata, per la quale maggiore è l'esposizione e maggiori sono i rischi di contrarre la patologia, ovvero se ne diminuiscono i tempi di latenza e la capacità di progressione.

L'adesione al modello multistadio consente di svolgere con esito positivo entrambi gli accertamenti necessari al giudizio di causalità; quanto al primo accertamento, fermo restando che la patologia potrebbe essere *insorta* presso altre imprese o in contesti extraprofessionali, bisogna sempre ritenere che *tutte le esposizioni* abbiano giocato un ruolo *concausale*, quanto meno nell'*anticipare* la malattia e la morte; quanto al secondo accertamento, fermo restando che non è possibile stabilire se la predisposizione delle cautele doverose avrebbe *impedito* l'evento, bisogna sempre ritenere che, se l'imputato le avesse adottate, avrebbe ridotto *la dose di esposizione*, e pertanto avrebbe diminuito il rischio di insorgenza, o *posticipato* l'insorgenza della malattia e allungato la vita della vittima.

4.2.2.1. Il fondamento scientifico della tesi fondata sul modello multistadio della cancerogenesi

Una relazione dose-risposta fra livello di esposizione ad amianto, stimato in base alla mansione svolta, ed insorgenza del mesotelioma è stata inizialmente descritta da Newhouse (1969)¹⁷ e da Newhouse & Berry (1979)¹⁸ nei lavoratori del settore tessile. Nel 1979 Seidman et al (pag. 84) scrivevano: "*usando la durata dell'attività lavorativa in*

¹⁷ NEWHOUSE M.L., *A study of the mortality of workers in an asbestos factory in British Journal of Industrial Medicine* 1969; 26:294-301.

¹⁸ NEWHOUSE M.L., BERRY G., *Patterns of mortality in asbestos factory workers in London*, in *Annals New York Academy of Sciences*, 1979, 53-60.

una fabbrica di amosite come misura della dose di amianto, si è visto che in generale al decrescere della dose è richiesto un tempo più lungo perché si manifesti l'esperienza avversa della mortalità, ed anche l'entità di tale mortalità avversa è minore. Questo fatto ha implicazioni molto importanti nel controllo del cancro: se non è possibile evitare del tutto l'esposizione ad agenti cancerogeni, almeno la riduzione dell'esposizione può sia differire il verificarsi di effetti avversi, sia ridurre la frequenza del loro accadimento". La questione è stata ripresa da altri autori. Fra questi vanno ricordati Armstrong et al. (1988)¹⁹ che descrissero la relazione fra esposizione cumulativa all'amianto e mortalità per mesotelioma fra i minatori di crocidolite in Australia, Tuomi et al. (1991)²⁰ e Rogers et al. (1991)²¹ che rispettivamente in Finlandia e Australia descrissero significative relazioni fra rischio di mesotelioma e concentrazione di fibre di amianto nel tessuto polmonare.

Particolarmente significativo il contributo di Iwatsubo et al. (1998)²² che con uno studio caso-controllo dimostrano una relazione dose-risposta già a livelli di esposizione dell'ordine di 0,5 ff/ml/anni²³. Il rischio dunque aumenta con l'aumentare della dose cumulativa a partire da una soglia molto bassa ma tuttora non definibile. Va infine notato che il rischio associato alle esposizioni continue risulta superiore al rischio associato alle esposizioni intermittenti (Iwatsubo et al. (1998) Tabella 5, pag. 139). In un commento a questo lavoro,

¹⁹ ARMSTRONG B.K., DE KLERK N.H., MUSK A.W., HOBBS M.S.T., *Mortality in miners and millers of crocidolite in Western Australia*, in *British Journal of Industrial Medicine* 1988;45:5-13.

²⁰ TUOMI T, HUUSKONEN MS, VIRTAMO M., et al., *Relative risk of mesothelioma associated with different levels of exposure to asbestos in Scandinavian Journal of Work, Environment and Health* 1991;17:404-8.

²¹ ROGERS A.J., LEIGH J, BERRY G., et al., *Relationship between lung asbestos fiber type and concentration and relative risk of mesothelioma Cancer*, 1991; 67:1912-1920.

²² IWATSUBO Y., PAIRON J.C., BOUTIN C., et al., *Pleural mesothelioma: dose-response relation at low levels of asbestos exposure in a French population-based case-control study in American Journal of Epidemiology* 1998;148:133-142.

²³ Fibre per millilitro per anno.

Siemiatycki e Boffetta (1998)²⁴ esaminano in dettaglio il disegno dello studio, e concludono che questa indagine è valida, anche se gli aspetti quantitativi richiederanno ulteriori repliche.

In un altro contributo, Boffetta (1998)²⁵ passa in rassegna gli aspetti quantitativi della cancerogenesi da amianto, suggerendo che l'incidenza del mesotelioma sia funzione del tempo di latenza, dell'esposizione espressa in fibre/millilitro, di una costante che esprime la potenza cancerogena specifica per tipo di fibra e tipo di industria, della latenza minima richiesta per evidenziare un aumento del mesotelioma e dell'effetto del tempo di latenza. Il significato di questo modello è che ogni breve periodo di esposizione causa un'aggiunta al rischio successivo, che è proporzionale alla concentrazione di polvere a quel tempo, moltiplicata per la p-esima potenza del tempo trascorso da quel momento.

Berry et al (2000)⁶¹ trovano una significativa relazione esposizione- risposta per il mesotelioma pleurico in una coorte di 5.000 soggetti esposti ad amianto nella città di Londra fra il 1933 e il 1980.

Hodgson & Darnton (2000)⁶², evidenziano come il mesotelioma pleurico aumenti sublinearmente con la dose cumulativa, anche se una relazione lineare è compatibile con i dati, e non ritengono di potere assumere l'esistenza di una soglia.

In accordo con quanto sopra esposto, si noti che c'è una correlazione fra durata di esposizione all'amianto e corpuscoli dell'amianto nel tessuto polmonare, come

pure fra durata dell'esposizione e fibre totali nel polmone (Roggli 1995)⁶³.

Recentemente, infine, l'American Conference of Governmental Industrial Hygienists (ACGIH 2001) ha ribadito l'esistenza di una relazione dose-risposta per il mesotelioma pleurico⁶⁴.

L'esposizione prolungata ad amianto non è quindi condizione necessaria per l'insorgenza del mesotelioma. L'incremento del rischio di mesotelioma è apprezzabile anche a seguito di brevi esposizioni ad amianto, come documentato da Seidman et al. (1979)⁶⁵ e successivamente confermato da diversi autori, fra i quali Roggli (1995), Neumann et al (2001) e Leigh et al (2002). Questi ultimi due lavori sono di particolare interesse perché si riferiscono a due casistiche di dimensioni molto ampie, rispettivamente il registro tumori della Germania e quello dell'Australia. In Germania Neumann et al (2001) esaminando 1605 casi di mesotelioma, individuarono una storia professionale di esposizione ad amianto nel 70% dei soggetti in esame. La durata media dell'esposizione era di 17.5 anni, con un range compreso fra 1 mese e 56 anni. In Australia, Leigh et al. esaminarono 6329 casi di mesotelioma diagnosticati fra il 1945 e il 2000, per l'82% dei quali era documentata l'esposizione ad amianto. Il 3% dei casi erano stati esposti per meno di 3 mesi.

Si noti che relazioni dose-risposta, oltre che in connessione alle esposizioni professionali, si riscontrano anche a fronte di esposizioni ambientali non lavorative (Hansen et al 1998⁶⁶, Magnani et al 2000⁶⁷). Lo studio

²⁴ SIEMIATYCKI J., BOFFETTA P., *Invited commentary: is it possible to investigate the quantitative relation between asbestos and mesothelioma in a community-based study?* in *American Journal of Epidemiology* 1998;148:143-147.

²⁵ BOFFETTA P., *Health effects of asbestos exposure in humans: a quantitative assessment*, in *La Medicina del Lavoro* 1998; 89:471-480.

⁶¹ BERRY G., NEWHOUSE M.L., WAGNER J.C., *Mortality from all cancers of asbestos factory workers in east London 1933-80*, in *Occupational Environmental Medicine* 2000; 57:782-785.

⁶² HODGSON J.T., DARNTON A., *The quantitative risks of mesothelioma and lung cancer in relation to asbestos exposure*, in *Annals Occupational Hygiene* 2000; 44:565-601.

⁶³ ROGGLI V.L., *Malignant mesothelioma and duration of asbestos exposure: correlation with tissue mineral fibre content*, in *Annals Occupational Hygiene* 1995; 39:363-374.

⁶⁴ ACGIH, *Documentation on the threshold limit values and biological exposure indices in American Conference of Governmental Industrial Hygienists*, 2001, Seventh edition pp. 4-6.

⁶⁵ SEIDMAN H., SELIKOFF I.J., HAMMOND E.C., *Short-term asbestos work exposure and long-term observation* in *Annals of the New York Academy of Sciences* 1979; 330:61-89.

⁶⁶ HANSEN J., DE KLERK N.H., MUSK W., et al. *Environmental exposure to crocidolite and mesothelioma*, in *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* 1998; 157:69-75.

di Hansen in particolare, relativo alla comunità residente in prossimità di una miniera di crocidolite, mostra che fra i soggetti non esposti professionalmente all'amianto l'incidenza del mesotelioma aumenta in relazione al tempo di latenza, alla durata dell'esposizione e all'esposizione cumulativa.

4.2.2.2. Tempo di latenza

L'analisi dei tempi di latenza, e dunque la loro diminuzione con l'aumento della esposizione in intensità e durata, conferma il fondamento scientifico della teoria multistadio della cancerogenesi, in ordine al mesotelioma.

La latenza di un tumore, infatti, è il tempo intercorrente fra l'inizio dello sviluppo e la manifestazione di questa patologia; il tempo di induzione è il periodo trascorso fra l'inizio dell'esposizione all'agente cancerogeno e l'inizio della malattia tumorale. L'inizio dell'esposizione e l'evidenza della malattia manifesta sono databili, ancorché con qualche approssimazione; non è invece possibile distinguere il tempo di induzione dal tempo di latenza (Rothman 1981)⁶⁸, e pur tuttavia si notano delle diversità tali dall'analisi delle quali è possibile trovare conferma nella legge scientifica qui sostenuta.

Per quanto attiene la datazione dell'inizio dell'induzione, essa viene desunta dall'anamnesi lavorativa; per quanto riguarda la datazione dell'«evidenza della malattia manifesta» è prassi consolidata farla coincidere con il momento dell'effettiva diagnosi del tumore e della sua malignità, analogamente a quanto avviene negli studi di sopravvivenza (Berrino et al. 1995)⁶⁹. Il tempo di induzione-latenza così definito (d'ora in avanti chiamato per semplicità «latenza») rappresenta quindi un "massimo teorico",

⁶⁷ MAGNANI C., AGUDO A., GONZALEZ C.A., ANDRION A., et al., *Multicentric study on malignant pleural mesothelioma and non-occupational exposure to asbestos.*, in *British Journal of Cancer* 2000;83:104-111.

⁶⁸ ROTHMAN K.J., *Induction and latent periods*, in *American Journal of Epidemiology* 1981;114:253-259.

⁶⁹ BERRINO F., SANTI M., VERDECCHIA A. et al., Eds. «Survival of cancer patients in Europe», in IARC Scientific Publication 132, IARC, Lyon 1995:1-14.

assumendo che l'induzione inizi con l'inizio dell'esposizione. I tempi di latenza dei tumori seguono distribuzioni normali o log-normali (Hayes e Vineis 1989)⁷⁰. Questo significa che, espandendo il numero delle osservazioni, aumenta la probabilità di trovare singoli dati molto elevati o molto bassi.

Stime della latenza del mesotelioma sono state fornite dal gruppo del Prof. Selikoff nell'ambito del grande studio di coorte dei coibentatori (Ribak et al. 1988)⁷¹. Sulla base dell'osservazione di 356 casi di mesotelioma pleurico, la latenza media è risultata di 33.8 anni, con deviazione standard di 8.9 anni. Successivamente, ulteriori dati sono stati forniti da altri autori. Le latenze più brevi sono generalmente vicine ai 15 anni, e quelle più lunghe sono dell'ordine dei 60-70 anni (Lanphear & Buncher 1992⁷², Bianchi et al 1997⁷³). Quest'ultima casistica, relativa all'area di Trieste-Monfalcone, è basata su 421 casi e si caratterizza per una latenza media di 48.7 anni; la latenza media dei coibentatori è risultata più breve (29.6 anni), mentre altri gruppi professionali con esposizioni meno intense hanno mostrato latenze più lunghe.

Ulteriori dati sui tempi di latenza sono stati forniti recentemente dal Registro Mesoteliomi della Germania (1605 casi diagnosticati nel periodo 1987-1999, latenza media 37.8 anni) e dell'Australia (6329 soggetti diagnosticati fra il 1945 e il 2000, latenza media 37.4 anni, intervallo di variazione 4-75 anni). Nello studio tedesco si osservava una diminuzione di circa 4 anni del tempo di latenza al crescere delle concentrazioni di fibre nel tessuto polmonare.

⁷⁰ HAYES R.B., VINEIS P., *Time dependency in human cancer*, in *Tumori* 1989;75:189-195.

⁷¹ RIBAK J., LILIS R., SUZUKI Y., et al., *Malignant mesothelioma in a cohort of asbestos insulation workers: clinical presentation, diagnosis, and causes of death*, in *British Journal of Industrial Medicine* 1988; 45: 182-187.

⁷² Lanphear B.P., Buncher C.R., *Latent period for malignant mesothelioma of occupational origin*, in *Journal of Occupational Medicine*, 1992, 34:718-721.

⁷³ BIANCHI C., GIARELLI L., GRANDI G., BROLLO A., RAMANI L., ZUCH C., *Latency periods in asbestos-related mesothelioma of the pleura in European* *Journal of cancer Prevention*, 1997; 6:162-166.

Per i dettagli si rinvia a Neumann et al 2001⁷⁴ e Leigh et al 2002⁷⁵. Mollo e Bellis (1997)⁷⁶, Terracini - Mollo - Carnevale (2009)⁷⁷ con riferimento alla valutazione degli aspetti temporali dell'inizio e dell'evoluzione della cancerogenesi da amianto, affermano che "l'azione cumulativa dell'amianto attraverso prolungata esposizione, ove presente, è da considerare, entro i limiti della compatibilità cronologica, non priva di possibili effetti dannosi con aumento della probabilità di tumore".

Il Prof. Chiappino, contraddicendo tutte le altre risultanze scientifiche, sostiene che «numerosi autorevoli ricerche scientifiche confermano la inesistenza di correlazioni tra entità della esposizione e latenza [...] In conclusione sia la considerazione teoriche in merito alla plausibilità biologica che i dati della letteratura internazionale portano a concludere che la ipotesi dell'abbreviamento della latenza con l'aumentare dell'esposizione non è valida per il mesotelioma e deve essere respinta»⁷⁸.

Inoltre, il medesimo sostiene che non sarebbe possibile alcuna forma di prevenzione, poiché «sulla base delle conoscenze fin qui riportate in merito al fatto che il mesotelioma è causato dalle fibre

ultrafini passate dal polmone alla pleura peritale si può affermare con certezza che le misure applicabili fino agli anni '90 per eliminare o ridurre i rischi da polveri erano efficaci per prevenire, tra i danni da amianto, la asbestosi che è provocata da tutte le fibre inalate, medie, fini e ultrafini, ma non il mesotelioma che è provato soltanto dalle ultrafini. Queste fibre non erano né visibili né eliminabili con le misure preventive allora disponibili. E' noto infatti che fino alla seconda metà degli anni 80 sia le maschere antipolvere individuali che i filtri per gli impianti di aspirazione fissi e mobili erano completamente inefficaci perché sicuramente permeabili alle fibre di diametro submicronico».

Nello stesso senso V. Foà, il quale afferma che «il soggetto suscettibile non deve mai incontrare l'amianto e che la prevenzione del mesotelioma negli ambienti di lavoro non è possibile, neppure con il più potente degli aspiratori [...] mentre con interventi tecnologici atti a minimizzare l'esposizione degli addetti, era prevedibile la non insorgenza di asbestosi e cancro polmonare, malattie che insorgono dopo esposizioni a concentrazioni importanti, il mesotelioma sarebbe potuto insorgere anche se si fossero applicati sistemi di aspirazione delle polveri di tale efficacia da rendere la polverosità ambientale di entità simile a quella riscontrabile in zone rurali»⁷⁹.

Tuttavia, questa voce assolutamente minoritaria ha determinato la non unanimità delle posizioni scientifiche, tale da metterne in dubbio il carattere universale, con le conseguenze che di seguito verranno descritte.

PARTE QUARTA

Gli obblighi di prevenzione e tutela e il loro rapporto con il nesso di causalità nell'affermazione della responsabilità penale

⁷⁴ NEUMANN V., S. GÜNTHER MÜLLER K.M., FISCHER M., *Malignant mesothelioma – German mesothelioma register 1987-1999 in International Archives of Occupational and Environmental Health*. 2001,74: 383-395.

⁷⁵ LEIGH J., DAVIDSON P., HENDRIE L., BERRY D., *Malignant mesothelioma in Australia, 1945-2000 in American Journal of Industrial Medicine* 2002; 41: 188-201.

⁷⁶ MOLLO F., BELLIS D., *Implicazioni medico-legali della diagnosi di mesotelioma*, in *L'amianto: dall'ambiente di lavoro all'ambiente di vita. Nuovi indicatori per futuri effetti*, (a cura) di C. Minoia, G. Scansetti, G. Piolatto, A. Massola, Fondazione Salvatore Maugeri, IRCCS, Pavia 1997; 12: 253-260.

⁷⁷ Cfr. TERRACINI - MOLLO - CARNEVALE, *Amianto ed effetti sulla salute, a proposito del più recente dibattito scientifico-giudiziario*, in *Foro it.* 2009, 3, 148 ss, secondo i quali il mesotelioma è preceduto dall'esposizione all'amianto in una percentuale di casi oscillante tra il 75 e il 90%, e al contempo "nessuno studio ha dimostrato ipotesi consistenti di causalità alternative a quella dell'amianto".

⁷⁸ G. CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medina del lavoro*, 2005, 15.

⁷⁹ V. FOÀ, Consulenza tecnica, Procedimento penale n. 757/2000 R.G.N.R., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pistoia, 3 febbraio 2004.

1. *La colpa in materia di patologie asbesto correlate, nel rapporto con il nesso di causalità*

Nella ricostruzione dei fatti e nella formulazione del giudizio, l'affermazione di responsabilità penale presuppone il nesso causale che non deve essere confuso con la colpa, e non è condivisibile far discendere dalla violazione dell'obbligo cautelare sempre e comunque l'evento a prescindere dall'accertamento del nesso causale: *“l'unico dato certo è che è stata violata la norma cautelare che impone il divieto di diffusione delle polveri in ambienti di lavoro. Questa circostanza è certamente utile ad affermare la colpa del datore di lavoro, ma non serve a ritenere esistente il nesso causale tra l'omissione e l'evento mortale. L'errore consiste nel ritenere automaticamente che l'evento mortale sia conseguenza della violazione della regola cautelare. In realtà la colpa del datore non contribuisce a rafforzare quel nesso di causa ... allora dall'incertezza si esce non confondendo la colpa con il nesso causale, ma dimostrando che quella malattia è effettivamente il frutto (magari anche solo come causa concorrente), della mancata adozione delle misure necessarie da parte del datore di lavoro”*⁸⁰.

Sicché, evidentemente, nella nostra esposizione la violazione delle norme cautelari determina la sussistenza della colpa, che è il presupposto per lo scrutinio sulla sussistenza o meno del nesso causale, ma non vi si sovrappone.

2. *In ordine all'obbligo di prevedibilità dell'evento e misure prevenzionistiche specifiche, antecedenti al D.lgs. 277/91 e alla legge 257/92*

La giurisprudenza della Corte di Cassazione⁸¹, fino alle ultime recenti pronunce (la n. 38991/10 e la n. 43786/10) aveva affermato univocamente l'imputazione dell'*“evento lesivo in forza del meccanismo previsto dall'art. 40, comma 2, c.p.”*, sulla

⁸⁰ BENIAMINO DEIDDA, *Perseguibilità dei reati connessi all'amianto: problematiche*, in interrogazione internet del 22.06.2011 presso www.cislveneto.it.

⁸¹ Cass. pen. Sez. IV, 11.07.2002 - 14.01.2003, n. 988.

base dell'aumento del rischio e del carattere multistadio della patologia tumorale, anche riferita al mesotelioma.

Infatti la Corte di Cassazione, IV Sez. pen., del 05 ottobre 1999 (dep. 20/03/2000) Rv. 216207: *«L'obbligo del datore di lavoro di impedire o ridurre lo sviluppo e la diffusione delle polveri di qualunque specie nei luoghi di lavoro, per quanto è possibile, sussiste allorché si accerti che l'imputato aveva la possibilità di impedire la diffusione delle polveri allo stato dello sviluppo delle tecniche di prevenzione o di abbattimento, nel senso che il datore di lavoro è obbligato a tenere conto delle tecnologie adottate o adottabili nello stesso settore (Fattispecie in tema di diffusione di polvere di amianto). Proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'articolo 40, comma 2, c.p.»*.

Nell'ambito dell'applicazione della norma di cui all'art. 21 del D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303, in forza del quale *“L'obbligo del datore di lavoro di prevenzione contro gli agenti chimici scatta pur quando le concentrazioni atmosferiche non superino predeterminati parametri quantitativi, ma risultino comunque tecnologicamente passibili di ulteriori abbattimenti”* (Fattispecie in tema di diffusione di polvere di amianto: Cass. pen., Sez. IV, sentenza n. 3567, udienza del 05/10/1999, dep. 20/03/2000, Rv. 216209).

La stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 3567 del 05 ottobre 2009, depositata il 20 marzo 2010, aveva precisato come *«il principio della concretizzazione del rischio va inteso con criteri di ragionevolezza, interpretando la regola cautelare non in senso formale e statico, ma secondo la sua ratio e secondo criteri che tengano conto dell'evoluzione della conoscenze e della possibilità di ricondurre comunque l'evento alle conseguenze della violazione della regola di condotta, anche se infrequenti e non previste anticipatamente, purché non siano completamente svincolate dallo scopo perseguito nella redazione della*

regola cautelare» (conf. sentenza n. 39606 del 28.06.07, dep. 26.10.07, Rv. 237880). Sotto tale profilo, *«distingue, proprio in funzione della ratio, le regole cautelari per così dire “aperté”, nelle quali la regola è dettata sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute, ed altre c.d. “rigidé”, che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento»*. E nota che *«gli artt. 19 e 21 del D.P.R. n. 303 del 1956, oggetto di contestazione agli imputati, rientrano nella prima categoria, limitandosi a dettare le regole di condotta in termini generali in relazione alla astratta possibilità del verificarsi di eventi dannosi, anche di quelli ignoti al legislatore dell’epoca, essendo già riconosciuta l’idoneità dell’amianto a provocare gravi patologie»*. La conclusione è che, *«in sede di rinvio il giudice, dovrà, in tal senso, apprezzare, alla luce delle osservazioni sopra formulate, se la mancata eliminazione o riduzione significativa, della fonte di assunzione comportava il rischio del tutto prevedibile dell’insorgere di una malattia gravemente lesiva della salute dei lavoratori addetti e se il tipo di evento lesivo effettivamente verificatosi, che ha condotto alla morte il lavoratore, rientri tra quelli che la regola cautelare citata mirava a prevenire»* (Cass. pen., Sez. IV, 1 febbraio 2008, n. 5117).

3. Circa la irrilevanza del cosiddetto limite di soglia ai fini della configurabilità della responsabilità penale in caso di malattia professionale

Già la Corte di Cassazione, IV Sez. penale, con la sentenza 3567/2000, aveva stabilito: *“la rilevanza dei valori soglia ... questa Corte di legittimità ha avuto già in passato modo di affermare, in materia di amianto, che “l’obbligo del datore di lavoro di prevenzione contro gli agenti chimici scatta pur quando le concentrazioni atmosferiche non superino predeterminati parametri quantitativi, ma risultino comunque tecnologicamente possibili di ulteriori abbattimenti (Cass. 3567/2000, Hariolf)*.

Conforme Cassazione, IV Sez. penale, sentenza n. 38991/2010, nel quale il principio

è stato scrutinato secondo i principi costituzionali, con la definizione del limite di soglia non come impunità in caso di mancato superamento, quanto piuttosto come vigenza comunque ed in ogni caso delle disposizioni cautelari, e del loro superamento come momento di *“allarme”*, come meglio di seguito illustreremo.

4. Sugli obblighi generali di tutela quali norme aperte che fondano la responsabilità a prescindere dal rispetto delle norme specifiche

Nella condotta omissiva posta in essere prima dell’introduzione di norme specifiche sull’amianto precisa *«ai fini della imputazione soggettiva dell’evento al soggetto agente, ai sensi dell’articolo 43 c.p., la prevedibilità dell’evento dannoso, ossia la rappresentazione in capo all’agente della potenzialità dannosa del proprio agire, può riconnettersi anche alla probabilità o anche solo alla possibilità (purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare tale rappresentazione alle sole situazioni in cui sussista in tal senso una certezza scientifica»*, e che *«le regole che disciplinano l’elemento soggettivo hanno funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele per evitare il verificarsi di eventi dannosi, anche se scientificamente non certi ed anche se non preventivamente e specificamente individuati»* (Cass. pen., Sez. IV, sentenza n. 5117/2008, Biasotti e altri).

La Corte di Cassazione, Sez. IV, nella sentenza n. 5117/2008, Biasotti e altri, precisa che *«tale possibilità deve possedere il requisito della concretezza, nel senso che è richiesta la concretezza del rischio»*, e che, *«in tema di ambiente e di tutela della vita e della salute dei consociati, il rischio diviene concreto anche solo laddove la mancata adozione delle cautele preventive possa indurre il dubbio concreto della verifica dell’evento dannoso»*, nel qual caso *«anzi l’obbligo di prevenzione a carico dell’agente non può limitarsi solo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica costituente, a seguito della interpretazione giurisprudenziale solo uno dei criteri*

utilizzabili dal giudice per avere conferma della validità della prova scientifica e alla adozione delle sole misure preventive generalmente praticate» e che «l'obbligo di prevenzione è di tale spessore che non potrebbe neppure escludersi una responsabilità omissiva colposa del datore di lavoro allorché questi tali condizioni non abbia assicurato, pur formalmente rispettando le norme tecniche, eventualmente dettate in tema dal competente organo amministrativo, in quanto, al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocimento a terzi ed in primis ai lavoratori»: obbligo da «ricondurre, oltre che alle disposizioni specifiche» al principio normativo di cui all'art. 2087 del codice civile e alle norme costituzionali.

5. *L'obbligazione di garanzia e tutela della salute e dell'integrità psicofisica*

La Corte di Cassazione, Sezione lavoro, nella sentenza n. 644 del 2005, testualmente riporta che «In particolare l'art. 2087 "non contiene soltanto l'enunciazione di un dovere imposto nell'interesse generale, ma sancisce una vera e propria obbligazione, imponendo all'imprenditore una serie di misure che si risolvono in una prestazione, che egli è tenuto ad adempiere e che il lavoratore ha diritto di pretendere" (v. Cass., 18 novembre 1976, n. 4318)».

Richiamiamo il contenuto della Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, IV Sez. pen., n. 5117 del 01 febbraio 2008, per evidenziare come, e ciò per affermazione unanime, anche della giurisprudenza, il rischio morbigeno legato all'esposizione all'amianto fosse noto fin dall'inizio del secolo scorso e ciò avrebbe dovuto indurre a non utilizzare il pericoloso minerale, nella produzione e nei materiali di consumo e come l'utilizzo delle misure cautelari comunque approntate in tutela della incolumità e della salute umana ai fini dell'asbestosi come di altre patologie avrebbe comunque evitato l'insorgenza del mesotelioma e di altri

tumori, in migliaia di lavoratori, e ciò è sufficiente alla stregua dei valori e dei principi che fondano il nostro ordinamento (artt. 2, 3, 4 e 32 della Costituzione, anche in rapporto alle norme di cui agli artt. 35, 36, 37, 38 e 41 comma 2, della Costituzione).

PARTE QUINTA

L'evolversi della giurisprudenza ai fini della affermazione della sussistenza del nesso di causalità ai fini della configurabilità della responsabilità penale

1. *La rilevanza della legge scientifica*

La regola del giudizio non può prescindere dalle leggi scientifiche, di cui il Giudice non può essere interprete, ed alle quali deve attenersi, per definire il giudizio, finalizzato all'affermazione di giustizia.

Non si può prescindere dalle leggi scientifiche, che debbono governare l'investigazione, e fondare il giudizio del Giudice, e se queste leggi scientifiche sono messe in dubbio, *in modo ragionevole*, e cioè in assenza di elevato grado di credibilità razionale prossimo alla certezza (Cass. civ., 16.01.2009, n. 975), l'esito non potrà che essere assolutorio.

Se ai fini dell'affermazione del diritto alla prestazione previdenziale si presume per alcune patologie il nesso di causalità, e per altre ai fini della sua affermazione è sufficiente che non ci siano altre cause tali da poterne aver determinato esclusivamente l'insorgere, con onere della prova a carico dell'Istituto Previdenziale, secondo i principi sopra richiamati, nel diritto penale l'onere della prova è a carico dell'accusa ed è rigoroso, tale da vincere il disposto di presunzione di non colpevolezza contemplato nell'art. 27 della Costituzione.

Un caso paradigmatico è quello del diritto penale del lavoro in tema di responsabilità per malattia professionale, per il reato di omicidio colposo o lesioni colpose, piuttosto che per disastro ambientale, in seguito ad esposizione ad amianto, dove si dibatte in tema di investigazione sul nesso di causalità, e che è particolarmente complesso,

in quanto la vittima respira fibre di amianto anche in luoghi non lavorativi (poche fibre negli ambienti di vita, milioni di fibre negli ambienti di lavoro).

Spesso la tecnica investigativa ricerca la fibra killer, e non la trova, non la può trovare, semplicemente perché non esiste una fibra killer, ma tutte hanno un ruolo nell'aumentare un rischio, nel diminuire i tempi di latenza, nel rendere più aggressiva la patologia (come precisato da Cass. pen., Sez. IV, sentenza 42128/08).

La scienza è intervenuta per affermare che il rischio amianto (come per qualsiasi altro cancerogeno), e dunque di contrarre patologie, è proporzionato all'entità ed al tempo di esposizione, e che tutte influiscono, secondo il principio del *body burden* (dei ricercatori anglosassoni)⁸², e che i valori soglia non sono altro che limiti legali oltre i quali ci sono ulteriori obblighi: *“la rilevanza dei valori soglia ... questa Corte di legittimità ha avuto già in passato modo di affermare, in materia di amianto, che “l’obbligo del datore di lavoro di prevenzione contro gli agenti chimici scatta pur quando le concentrazioni atmosferiche non superino predeterminati parametri quantitativi, ma risultino comunque tecnologicamente possibili di ulteriori abbattimenti (Cass. IV, 3567/2000, Hariolf). Si è osservato che nell’attuale contesto legislativo italiano non c’è spazio per una interpretazione del concetto dei valori limite come soglia a partire dalla quale sorga per i destinatari dei precetti l’obbligo prevenzionale nella sua dimensione soggettiva ed oggettiva, giacché ciò comporterebbe inevitabili problemi di legittimità costituzionale, che è implicita e connaturata all’idea stessa del valore-limite una rinuncia a coprire una certa quantità di rischi ed una certa fascia marginale di soggetti quei soggetti che, per condizioni fisiche costituzionali o patologiche, non rientrano nella media, essendo ipersensibili o*

⁸² Anche pochissime fibrille assunte quotidianamente, col tempo, si sommano nel nostro organismo, raggiungendo il carico (*body burden* dei ricercatori anglosassoni) di rottura del *tiro-alla-fune* tra cancerogeni e difese dell'organismo contro il cancro. A questo proposito, già fin d'ora, è utile rammentare il monito di René Truhaut, secondo cui non esistono limiti ammissibili per i cancerogeni, ciò significa: *“rischio zero”*.

ipersuscettibili all’azione di quel determinato agente nocivo, ancorché assorbito in quantità inferiore alle dosi normalmente ritenute innocue. Pertanto i valori-limite vanno intesi come semplici sogli di allarme, il cui superamento, fermo restando il dovere di attuare sul piano oggettivo le misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente realizzabili per eliminare o ridurre al minimo i rischi, in prelazione alle conoscenze, acquisite in base al progresso tecnico, comporti l’avvio di un ulteriore e complementare attività di prevenzione soggettiva, articolata su un complesso e graduale programma di informazioni, controlli e fornitura di mezzi personali di protezione diretto a limitare la durata dell’esposizione degli addetti alle fonti di pericolo” (Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 2010 n. 38991).

La Corte di Cassazione sembra così smentire le norme del D.lgs. n. 81 del 2008, in tema di prevenzione e di salvaguardia dell'integrità psicofisica dei prestatori d'opera, risolvendone la dicotomia, con l'affermazione della penale responsabilità: se le cose vanno male, non c'è limite di soglia che tenga, per cui in caso di malattia o di morte, c'è la penale responsabilità e di tutto il consiglio di amministrazione (Cass. pen. Sez. IV, 4 novembre 2010 n. 38991).

E soprattutto, la Corte di Cassazione aderisce e fa sue le leggi scientifiche⁸³ in

⁸³ Riferimenti Bibliografici: BATTISTA G., BELLI S., COMBA P., FIUMALBI C., GRIGNOLI M., LOI F., ORSI D., PAREDES I., *Mortality due to asbestos-related causes among railway carriage construction and repair workers*, (Mortalità dovuta a cause correlate all'asbesto tra i lavoratori della costruzione di vetture ferroviarie e della loro riparazione). *Occup. Med* (Lond). 49, 536-539, 1999; BECKER N., BERGER J., BOLM-AUDORFF U., *Asbestos exposure and malignant lymphomas - a review of the epidemiological literature*, (Esposizione ad asbesto e linfomi maligni – una rassegna della letteratura epidemiologica). *Int. Arch. Occup. Environ. Health*, 74, 459-469, 2001. Review; COTRUVO J. A., *COMMENTARY: Asbestos in Drinking Water: A Status Report*, (COMMENTARIO: Asbesto nell'acqua da bere: un rapporto sullo stato dell'arte), *Environ. Health Perspect.* 53, 181-183, 1983; T.J. DELAHUNTY & D. HOLLANDER, *Toxic effect on rat small intestine of chronic administration of asbestos in drinking water*, (Effetto nocivo sull'intestino tenue del ratto da somministrazione cronica di asbesto nell'acqua da bere), *Toxicol Letters*,

tema di amianto, ma che valgono per qualsiasi altro cancerogeno, e soprattutto anche in caso di mancata individuazione del limite di soglia c'è in ogni caso responsabilità penale⁸⁴, poiché le leggi scientifiche ci dicono che sussiste una evidente proporzione ed aumento del rischio legato alla entità ed ai tempi di esposizione (come emerge dalla stessa sentenza della Corte di Cassazione n. 38991 del 04.11.2010) e la obliterazione del limite di soglia per l'affermazione di responsabilità penale, per armonizzarlo con la nostra Costituzione, come si legge nella motivazione, è per non renderlo in contrasto con le rilevanze scientifiche alle quali la Corte aderisce, in materia di amianto come per qualsiasi altro cancerogeno, con la sentenza della IV Sezione, n. 42128 del 2008, e soprattutto con l'ultima sentenza, quella n. 38991, depositata il 04.11.2010.

39, 205-209, 1987; DONHAM K. J., BERG J. W., WILL L. A., LEININGER J. R., *The Effects of Long-Term Ingestion of Asbestos on the Colon of F344 Rats*, (Gli effetti dell'ingestione prolungata di asbesto sul colon di ratti F344), *Cancer* 45, 1073-1084, 1980; HALLENBECK W.H., HESSE C.S., *A review of the health effects of ingested asbestos*, (Una rassegna degli effetti sulla salute dell'asbesto ingerito), *Rev. Environ. Health* 2, 157-166, 1977; KAGAN E., JACOBSON R.J., *Lymphoid and plasma cell malignancies: asbestos-related disorders of long latency* (Tumori maligni di cellule linfoidi e di plasmacellule: disturbi correlati all'asbesto con una lunga latenza), *Am J Clin Pathol* 80, 14-20, 1983; KAGAN E., JACOBSON R.J., YEUNG K.Y., HADAK D.J., NACHNANI G.H., *Asbestos-associated neoplasms of B cell lineage*, (Neoplasie asbesto-correlate della linea cellulare) *B. Am J Med* 67, 325-330, 1979; PEPELKO W.E., *Effect of exposure route on potency of carcinogens*, (Effetto della via di esposizione sulla potenza dei cancerogeni), *Regulat. Toxicol. Pharmacol.*, 13, 3-17, 1991; WAXWEILER R., ROBINSON C., *Asbestos and non-Hodgkin's lymphoma*. (Asbesto e linfoma non-Hodgkin), *Lancet*. 1 (8317), 189-190, 1983.

⁸⁴ “Laddove è stato anche affermato che la mancata individuazione della soglia di esposizione all'amianto (individuazione per altro ormai impossibile) non era idonea ad infirmare la correttezza del ragionamento del Giudice di merito secondo cui un significativo abbattimento dell'esposizione avrebbe comunque agito positivamente sui tempi di latenza o di insorgenza della malattie mortali” (pag. 48 della sentenza della Corte di Cassazione, IV Sezione penale, n. 38991 del 2010).

Proprio le rilevanze scientifiche sono fondamentali come regola di giudizio e le leggi scientifiche, e il loro risultato debbono essere acquisite al processo e vincolano il Giudice di merito e dettano i principi e gli obblighi anche nella stesura della decisione, con l'obbligo come regola di giudizio di confronto dialettico, e di successivo diario nella stesura della motivazione: il principio sancito dalla Corte di Cassazione, IV Sez. pen., con la sentenza 38991 del 2010, nel suo carattere generale, ispirato anche dai principi costituzionali sancisce la regola di giudizio e di esercizio della giurisdizione, che censura ogni diversa conclusione: “*pertanto, l'opzione della Corte di appello finisce per essere apodittica e svincolata, quindi da riferimenti specifici alle opinioni di coloro che, nel processo hanno veicolato il sapere scientifico*”⁸⁵ e così: *nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità* (ma anche in qualsiasi altro profilo relativo a fatti e circostanze e ad elementi della fattispecie), *quando la ricerca della legge di copertura deve attingere al sapere scientifico, la funzione strumentale e probatoria di quest'ultimo impone al giudice di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità, ancorandola ai concreti elementi scientifici raccolti. Una opzione ricostruttiva fondata sulla mera opinione del giudice attribuirebbe a questi, in modo inaccettabile, la funzione di elaborazione della legge scientifica e non, invece, come consentito, della sola utilizzazione”*.

Ecco dunque che ricercare secondo leggi scientifiche, non è un esercizio fine a se stesso e le tecniche investigative permettono di selezionare le leggi scientifiche applicabili, ed i risultati, anche diversi, debbono essere valutati, anche alla luce delle leggi scientifiche che ne hanno governato il processo euristico; diversamente la nostra Corte regolatrice, ma prima ancora la coscienza degli uomini, li annullerebbe, come effetti e risultati di un sapere fallace e di una giurisdizione ingiusta.

2. Quanto al tumore al polmone

⁸⁵ Cass. pen. Sez. IV, sentenza n. 38991 del 2010, pagg. 71, 72 e 73.

La giurisprudenza accoglie univocamente la tesi del modello multistadio della cancerogenesi, e ciò rileva ai fini dell'affermazione del nesso di causalità, in quanto l'aumento della dose di amianto inalata è comunque in grado di accorciare la latenza della malattia e di aggravarne gli effetti: siamo innanzi, dunque, ad una patologia dose correlata, e sul punto c'è unanimità nella scienza, e dunque nella giurisprudenza:

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza del 25 gennaio 2005, richiamata anche da Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, ha stabilito che «Al riguardo le Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno già avuto modo di affermare, condivisibilmente, che le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel giudizio penale sono quelle "più generalmente accolte, più condivise", non potendosi pretendere l'unanimità alla luce della ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico (SS.UU. 25 gennaio 2005, Rv. 230317)».

Con la medesima Sentenza, in ordine alla affermazione del rapporto di causalità in materia di asbestosi, "Per comprendere come, nell'ambito dei ragionamenti esplicativi, noi utilizziamo il sapere scientifico occorre considerare che di rado una categoria di eventi trova la radice in un solo fattore eziologico. In tale situazione peraltro non frequente, l'inferenza causale non presenta aspetti problematici: nell'esempio già fatto, dalla diagnosi di asbestosi si risale con certezza all'esposizione protratta all'amianto che ne costituisce l'unico fattore eziologico".

Così per il tumore al polmone:

12. Secondo alcuni consulenti delle difese la malattia, a differenza dell'asbestosi e del tumore polmonare, non è correlata alla dose cumulativa di esposizione (non è dose-dipendente) e cioè la probabilità della sua ricorrenza non dipende dalla durata e dall'intensità dell'esposizione all'inalazione; e tali elementi non influenzano neppure il tempo di latenza, che è sempre molto alto (da 25 a 50 anni). L'amianto è un inquinante ubiquitario e la concentrazione patogena può anche essere molto bassa, anche poche particelle per c.c., talmente bassa che nessun sistema di abbattimento potrebbe eliminarla. E' la tesi della trigger dose. Essa è sorretta

dalla citazione di alcuni lavori scientifici e da alcuni esempi: quello della moglie che lavava le tute del marito e si ammalò negli stessi tempi del coniuge; e quello dei (OMESSO) di Ka. esposti all'erionite ed ammalatisi in tempi non diversi sia che avessero continuato a risiedere in (OMESSO), sia che si fossero trasferiti all'estero allontanandosi dai luoghi dell'esposizione.

Per le altre patologie: "Invece, nella maggior parte dei casi un evento può trovare la sua causa, alternativamente, in diversi fattori. In tale frequente situazione le generalizzazioni che enunciano le diverse categorie di relazioni causali costituiscono solo delle ipotesi causali alternative. Emerge, così, che il problema dell'indagine causale è, nella maggior parte dei casi, quello della pluralità delle cause" (Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786).

Ancora nella medesima sentenza: "Un esempio ci può condurre con immediatezza nel mezzo del problema di cui si discute, orientandoci a comprendere che il coefficiente probabilistico espresso dalla legge scientifica che noi utilizziamo è talora irrilevante; ed e' invece essenziale che la legge stessa abbia significato causale, esprima una indiscussa relazione eziologia tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi. Pensiamo ad una eziologia monofattoriale: accertato che una persona e' affetta da asbestosi, si risale con certezza alla causa costituita dall'esposizione protratta all'amianto, visto che è scientificamente certo che tale esposizione è l'unico fattore che può determinare l'insorgenza dell'affezione. Contingenze di tale genere ci aiutano a cogliere che, piuttosto che proporre un atteggiamento di generalizzata diffidenza, conviene tentare di comprendere in quale contesto la legge viene utilizzata e quale è il tipo di ragionamento probatorio che noi siamo chiamati a sviluppare".

3. Assenza di unanimità in ordine al modello multistadio della cancerogenesi in ordine al mesotelioma, e affermazione del nesso di causalità

Mentre per l'asbestosi e per il tumore al polmone c'è unanimità scientifica nel ritenere

che il rischio e l'incidenza delle polveri di amianto siano direttamente proporzionali all'entità dell'esposizione al tempo e per intensità, per il mesotelioma la scienza è divisa e c'è chi, come già ricordato, ritiene che una sola fibra e una soltanto inneschi il processo cancerogeno, mentre l'inalazione di tutte le altre sia ininfluyente, e che si tratti per di più di una fibra ultrafine di cui le maschere non avrebbero potuto impedire l'ingresso nell'organismo attraverso l'apparato respiratorio.

La non unanimità scientifica ha portato a ritenere che non ci può essere certezza tale da integrare la sussistenza del nesso causale oltre ragionevole dubbio circa l'effetto acceleratore o di diminuzione dei tempi di latenza e di aumento del rischio delle successive esposizioni, rispetto a quelle inducenti, se non attraverso un giudizio logico di alta credibilità razionale e processuale, come chiave di volta, affidata al Giudice del rinvio, chiamato a dirimere, ma con il rischio di farsi esso stesso creatore della legge scientifica che dovrebbe soltanto applicare.

3.1. Posizioni giurisprudenziali prima della sentenza della Corte di Cassazione IV Sezione penale n. 38991 del 2010

Secondo la giurisprudenza antecedente, ai fini del nesso di causalità era sufficiente dimostrare la inalazione di polveri e fibre di amianto, tale da determinare comunque e in ogni caso se non l'innescò, quantomeno l'accelerazione dell'insorgenza della patologia, e così pregnante era il riferimento alla norma di cui all'art. 21 del DPR 19.03.1956 n. 303.

La Corte di Cassazione, IV Sezione penale, con la sentenza n. 37089/08 ha sancito:

- *“il D.P.R. n. 303 del 1956, art. 21 all'epoca vigente, prescriveva l'obbligo per i datori di lavoro di adottare tutti gli accorgimenti idonei ad evitare l'inalazione di polveri insalubri nell'ambiente di lavoro, mentre nella fattispecie, come accertato, nessuna cautela protettiva delle vie respiratorie era stata approntata tra quelle previste dalla norma suddetta e dall'art. 4, lett. c), d), della cui violazione era stato fatto carico agli imputati nel capo di imputazione.*

- *ai fini dell'integrazione dell'elemento della colpa, non era necessario che gli imputati si fossero specificamente prefigurati il rischio di insorgenza di tumori, essendo sufficiente la consapevolezza e, quindi, la prevedibilità della generale nocività della respirazione delle polveri originate dall'attività lavorativa svolta dal P. senza fare uso di mascherina respiratoria alle "presse" della ditta I. a prescindere dal grado di lesività delle polveri stesse, le quali normalmente erano rilasciate nell'ambiente di lavoro nel corso della sostituzione, a cui provvedeva la stessa persona offesa con cadenza mensile, dei cartoni di amianto usurati con altri nuovi ritagliati al momento”* (facendo uso, addirittura, di pistola ad aria compressa per liberare il piano di lavoro dalle polveri).

Così altre due sentenze della Corte Suprema di Cassazione del 12.11.2008, che rilevano circa il giudizio probabilistico, di cui la prima della IV Sezione penale n. 42128/08, che critica la sentenza assolutoria del Giudice di merito, rilevando come *“il mesotelioma non è malattia di origine esclusivamente professionale ma è connessa a fattori ambientali uniti alla predisposizione soggettiva e dunque l'accertamento in concreto della sua causa avrebbe richiesto il vaglio di un più ampio spettro di possibilità”*, trattandosi di dubbio che risulta meramente teorico se raffrontato al dato obiettivo, certo, della protratta esposizione, in situazione sfavorevole (continua volatilizzazione delle microfibre), ad una varietà di amianto che ha un ruolo altamente privilegiato nell'innescò del processo carcinogenetico.

Così con la Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione IV penale, n. 47380/2008, si rileva che *“emerge chiaramente come sia stato definitivamente accertato nel giudizio di merito quali siano state le cautele la cui adozione sia stata omessa e come sia stata costante e perdurante per decenni la violazione quanto meno del D.P.R. 19 marzo 1956, artt. 20 e 21 (norme generali per l'igiene del lavoro) che disciplinano la difesa contro le sostanze inquinanti e tossiche nei luoghi di lavoro”* affronta il tema della rilevanza temporale dell'omissione, cioè dell'incidenza, in termini di causalità, della durata del periodo in cui si avuta l'omissione stessa, afferma: *“Il giudizio controfattuale va compiuto anche in relazione alla condotta*

dell'uomo che ha avuto efficacia nel determinismo dell'evento: se quella condotta dell'uomo nel meccanismo causale non fosse stata assente (o non fosse stata presente nella causalità commissiva) l'evento si sarebbe verificato ugualmente o si sarebbe verificato con lo stesso grado di intensità o nei medesimi tempi?

È chiaro che qui non siamo più nel campo della causalità meramente materiale bensì in quello della causalità giuridica e che ci riferiamo all'influenza che la condotta (omissiva o commissiva) dell'uomo ha avuto sul verificarsi dell'evento e quindi a quella particolare forma della causalità denominata "causalità della condotta"; ed è altrettanto chiaro che l'indagine riguarda ancora esclusivamente l'elemento oggettivo della fattispecie senza alcuna considerazione dell'elemento soggettivo".

Nel caso di specie, era risultato provato che, a fronte di un'esposizione pluriennale del lavoratore defunto, i due imputati lo avevano sottoposto alle esposizioni all'amianto per un periodo, rispettivamente, di mesi dieci e di mesi quattordici. La sentenza di appello "avrebbe dovuto fornire di congrua motivazione la sua valutazione sugli effetti che la sottoposizione ad esposizione, anche per periodi della brevità indicata, poteva avere sull'abbreviazione della latenza delle malattie o sulla anticipazione degli effetti patologici ed in particolare sull'anticipazione del decesso", mentre "si è soffermata sul problema della rilevanza delle precedenti esposizioni ai fini dell'insorgenza del mesotelioma e sull'efficienza concausale di mesotelioma e asbestosi nel determinismo della morte" ma sull'efficienza causale delle condotte dei due imputati "si è limitata ad affermare apoditticamente che la prosecuzione dell'esposizione anche nei periodi in cui i due imputati avevano ricoperto la carica indicata aveva cagionato un aggravamento dell'asbestosi".

Di tale affermazione "non viene data alcuna spiegazione nella sentenza impugnata. È ovvio che la prosecuzione di un'esposizione induce un aggravamento della patologia; ma se questo aggravamento non è tale da modificare significativamente i tempi e le modalità di un evento comunque destinato a verificarsi non può essere affermata l'efficienza causale della condotta di chi

questa esposizione ha provocato o consentito".

3.2. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezione IV penale, n. 43786 del 13.12.2010

La Corte di Cassazione, Sez. IV penale, con la Sentenza n. 43786 del 13.12.2010, nel richiamare la lunga evoluzione giurisprudenziale, sembra mettere in dubbio quelle che sembravano delle acquisizioni ormai granitiche (già acquisite con Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988 ed ex multis), poiché mentre per il nesso di causalità in ordine al tumore al polmone aderisce pienamente alla teoria del modello multistadio della cancerogenesi ritenendola ormai condivisa, per il mesotelioma ritiene che non ci sia unanimità delle tesi scientifiche, e per ciò stesso ritiene che, per il mesotelioma pleurico: "L'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicita in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicita sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescamento del processo carcinogenetico" (massima tratta da Cass. pen., Sez. IV Penale, 13 dicembre 2010, n. 43786), sulla base di quanto sopra richiamato in ordine alle

posizioni assunte da una parte assolutamente minoritaria della scienza⁸⁶.

Pronunciandosi sul ricorso degli imputati, la Suprema Corte ha riscontrato, nella parte della sentenza d'appello relativa all'accertamento del nesso causale tra la successione di esposizioni all'amianto e l'accelerazione della cancerogenesi, due difetti di motivazione: il primo riguardante l'accertamento della cd. causalità generale, ossia la sussunzione degli accadimenti concreti in una legge scientifica affidabile che individui successioni regolari tra classi di accadimenti di quel tipo; il secondo riguardante l'accertamento della cd. causalità individuale, ossia la corroborazione del sapere scientifico alla luce delle circostanze del caso concreto, al fine di stabilire - specie attraverso l'esclusione di autonomi decorsi causali alternativi - se, nel caso di specie, si sia davvero verificata quella correlazione causale che la legge scientifica individuata - avente natura statistica - afferma avvenire in una certa percentuale di casi, e, dunque, se sia possa affermare la sussistenza del nesso eziologico "*con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica*".

Quanto al vizio afferente alla cd. causalità generale, i giudici supremi hanno evidenziato l'inadeguatezza dei criteri utilizzati dai giudici di merito per scegliere la legge scientifica che, associando al protrarsi dell'esposizione all'amianto un effetto acceleratore della cancerogenesi, individua nel mesotelioma pleurico una patologia dose-correlata. Un'ampia parte della motivazione è dedicata all'illustrazione dei criteri ai quali deve attenersi il giudice nella scelta della legge di copertura, al fine di non incorrere in censure di incompletezza o illogicità argomentativa.

Ad avviso della Cassazione, la scelta tra *good* e *junk science* è governata da criteri diversi a seconda che: a) ci si trovi di fronte ad un enunciato scientifico la cui validità è pacifica nel panorama della letteratura specialistica; b) si contendano il campo più teorie delle quali una soltanto appaia ragionevole, mentre tutte le altre presentino le sembianze di mere congetture; c) gli

⁸⁶ G. CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medicina del Lavoro*, 2005.

esperti intervenuti nel processo prospettino ricostruzioni tra loro contrastanti, ma tutte astrattamente plausibili.

Alla luce dell'impianto argomentativo della sentenza d'appello, la Cassazione ritiene che ricorra l'ipotesi *sub a)* con riferimento alla legge scientifica che individua nell'amianto un (possibile) fattore di rischio del mesotelioma; e che invece che la cd. teoria della *trigger dose* - secondo la quale non si potrebbe mai escludere che la vittima abbia inalato l'unica dose di amianto responsabile del tumore e della morte in un momento della vita diverso dall'esposizione subita alle dipendenze dell'imputato - ricada - specie in quanto fondata sulla distorsione del pensiero di un autorevole scienziato - nell'ipotesi *sub b)*.

Infine la Cassazione colloca nella categoria *sub c)* le due contrastanti ipotesi avanzate in relazione all'eziologia dose-dipendente o dose-indipendente del mesotelioma. Al fine di scegliere quella più attendibile il giudice deve svolgere tre autonome verifiche, nessuna delle quali si rinviene nella motivazione della Corte d'Appello di Trento: l'esame degli studi che sorreggono ciascuna teoria; la ponderazione circa "*l'integrità delle intenzioni*" di ciascun esperto incaricato di veicolare il sapere scientifico nel processo penale; la ricostruzione del dibattito scientifico internazionale, al fine di selezionare, tra le tante ipotesi prospettate, quella "*sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso*".

Passando alla seconda censura, la Suprema Corte evidenzia come la Corte d'Appello abbia completamente omissso di accertare la cd. causalità individuale, ossia la reale sussistenza, nel caso concreto, dell'effetto acceleratore che la legge di copertura stabilisce solo a livello probabilistico.

I giudici di legittimità osservano infatti che, "*per ciò che attiene ai segni dell'accelerazione, il quadro probatorio è vuoto*", ed aggiungono, col proposito di meglio chiarire quale sia l'itinerario probatorio da percorrere in sede di rinvio, che "*il carattere probabilistico della legge potrebbe condurre alla dimostrazione del nesso condizionalistico solo ove fossero note informazioni cronologiche e fosse provato, ad esempio, che il processo patogenetico si è*

sviluppato in un periodo significativamente più breve rispetto a quello richiesto nei casi in cui all'iniziazione non segua un'ulteriore esposizione. Analogamente potrebbe argomentarsi ove fossero noti i fattori che nell'esposizione protratta accelerano il processo ed essi fossero presenti nella concreta vicenda processuale".

Tuttavia, riteniamo che detta massima, con la quale sembra emergere una inversione di tendenza, non possa scalfire i principi già acquisiti e più volte affermati in tema di responsabilità penale per patologie asbesto correlate.

3.3. Sulla individuazione di elementi concreti per la formulazione del giudizio probabilistico e l'affermazione del nesso di causalità

Tuttavia, la Corte di Cassazione, Sez. IV, sentenza n. 37432/2003, sulla ricostruzione del giudizio probabilistico (caso di mesotelioma), ha sancito: *"l'elevata esposizione all'amianto del (lavoratore deceduto), il tipo di tumore (mesotelioma pleurico) normalmente derivante da tale esposizione, la coincidenza del periodo con i tempi ordinari e più frequenti di incubazione, e soprattutto il ritenuto rilievo causale - in base a convincenti accertamenti tecnici - dell'ulteriore fase di aggravamento, anche se l'insorgenza del tumore fosse anteriore al 1973, costituiscono elementi idonei e sufficienti per ritenere il nesso di causalità tra le condotte omissive dei ricorrenti e l'evento-morte". Pertanto, anche se rimane dubbio il momento di insorgenza della malattia (pur ritenuto probabile che ciò sia avvenuto dopo il 1973), la protratta esposizione all'inalazione di dosi di polveri di amianto ha avuto effetto patogenetico sulla latenza di una malattia già esistente o sull'insorgenza di una non ancora sorta".*

3.4. Sugli elementi sufficienti per ritenere provato l'effetto di accelerazione dei tempi di latenza

La sentenza n. 39393/2005, Chivilò e altri, ribadisce, anche quando sia sconosciuto l'insorgere della malattia, l'incidenza delle comprovate omissioni di cautele, in quanto il rapporto causale va ravvisato non solo quando la condotta ha prodotto l'evento, ma anche

quando ha inciso sulla gravità dello stesso: *"certamente l'accelerazione dei tempi di latenza dell'insorgere della malattia costituisce un effetto importante rispetto al prodursi dell'evento morte, perchè ha il significato di ridurre il tempo di vita ancorchè le precedenti esposizioni abbiano già avviato il processo morboso".*

La sentenza precisa che *"i tempi di cui sono responsabili gli imputati non sono così brevi da ritenerli insignificanti quantomeno sotto il profilo della causalità"* e ribadisce che *"aumentando le assunzioni di dosi cancerogene aumenta l'incidenza dei tumori e si abbrevia la durata del periodo di latenza con accelerazione nella produzione dell'evento morte"* e che *"sussiste il nesso causale allorchè la condotta considerata abbia avuto una durata apprezzabile"*.

La sentenza n. 25528/2007, P.M. e P.C. in c. Orlando e Altro, insiste sul fatto che la comprovata inalazione prolungata *"benchè non necessaria per l'induzione, avesse accelerato il processo di latenza (rectius, abbreviato i tempi) conclusosi con la morte del lavoratore"*. Ha quindi annullato la sentenza di assoluzione degli imputati in quanto la Corte territoriale non aveva valutato se l'inalazione prolungata, benchè non necessaria per l'induzione, avesse accelerato il processo di latenza (rectius, abbreviato i tempi) conclusosi con la morte del lavoratore. Sul punto la motivazione della Corte territoriale si ravvisa generica (limitandosi ad asserire che il periodo di esposizione "ulteriore" era privo di efficacia nello sviluppo della malattia) e non risponde adeguatamente alle specifiche censure mosse nel gravame, che meritavano un maggiore approfondimento.

La sentenza n. 22165/2008 evidenzia che *"In tema di omicidio colposo, sussiste il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione e il decesso del lavoratore in conseguenza della protratta esposizione alle polveri di amianto, quando, pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia, deve ritenersi prevedibile che la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul suo tempo di latenza"*.

La Suprema Corte di Cassazione, IV Sez. penale, con sentenza n. 42128 del 12 novembre 2008, sostiene che questi silicati

fibrosi: “ha(nno) un ruolo altamente privilegiato nell’innescare del processo cancerogenetico ... tali fibre hanno un privilegiato ruolo causale, sulla base di affidabili acquisizioni scientifiche, perché particolarmente sottili e quindi dotate di elevata capacità di penetrazione nei tessuti ... la quantità e la durata dell’esposizione sono irrilevanti, che determina dispersioni altamente pericolose anche in piccoli quantitativi. [...] Ruolo acceleratore dell’esposizione protratta all’amianto e la sua conseguente rilevanza causale, connessa all’abbreviazione della latenza e all’anticipazione dell’evento letale, è venuto in evidenza ripetutamente nella giurisprudenza di merito ...”, sul presupposto scientifico per il quale “l’amosite costituisce una varietà di amianto, ritenuta dagli studi recenti come la principale causa delle patologie respiratorie per via delle microscopiche dimensioni della fibra facilmente penetrabile negli alveoli polmonari ...” anche perché “la quantità e la durata dell’esposizione sono irrilevanti”.

3.5. Sul rapporto probabilistico e le leggi scientifiche di copertura

La sentenza n. 5117/2008, Biasotti e altri ribadisce che “nell’accertamento della causalità generale, ovvero nella identificazione delle legge scientifica di copertura, il giudice deve individuare una spiegazione generale degli eventi basata sul sapere scientifico, sapere (come riaffermato anche dalla nota sentenza Franzese del 10 luglio 2002 di questa Corte) che è costituito non solo da leggi universali (invero assai rare), ma altresì da leggi statistiche, da generalizzazioni empiriche del senso comune, da rilevazioni epidemiologiche», e afferma che «i giudici di merito in proposito non potevano non tenere conto della esistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, della comunità scientifica - peraltro fatto già proprio da sentenze di merito e di legittimità (v., tra queste ultime, Sezione IV, 11 luglio 2002, Macola ed altro, in *Dir.prat.lav.*, 2003, 16, 1057) - sul rapporto esponenziale tra dose di cancerogeno assorbita (determinata dalla concentrazione e dalla durata dell’esposizione) e risposta tumorale, con la conseguente maggiore incidenza dei tumori e minore durata della

latenza della malattia nelle ipotesi di aumento della dose di cancerogeno». Precisa, quindi, che «l’illogicità ed insufficienza della motivazione attiene le regole di valutazione (qui, le leggi scientifiche) scelte ed utilizzate per spiegare il fenomeno incriminato», e che «il vizio di motivazione deriva dal fatto che i giudici di merito hanno trascurato di prendere in esame le generalizzate massime di esperienza nonché gli studi in materia, menzionati anche nei motivi di appello e nella consulenza delle parti offese, sulle conseguenze dell’esposizione all’amianto, anche con riferimento all’accorciamento del periodo di latenza del mesotelioma, recependo, invece, senza una convincente analisi critica, le argomentazioni del perito di ufficio, contraddittorie, per quanto sopra esposto».

4. Il metodo euristico nella ermeneutica giuridica e nella regola di giudizio in tema di affermazione del rapporto tra causalità omissiva e causalità commissiva

Mentre per l’asbestosi e per lo stesso carcinoma non ci sono dubbi circa la legge scientifica in base alla quale qualsiasi esposizione rileva ai fini dell’aumento del rischio di insorgenza, e capacità di determinare il processo cancerogeno, e diminuzione dei tempi di latenza, non analoga certezza, ovvero uniformità di giudizio, si riscontra in tema di mesotelioma, anche se non è dubbio che sia cagionato dall’esposizione all’amianto e pur tuttavia la possibilità che possa insorgere anche a basse esposizioni non è certo, secondo il giudizio reso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 43786⁸⁷ del 13 dicembre 2010, in contrasto

⁸⁷ Così in modo più articolato, nella sentenza della Cassazione penale, n. 43786, testualmente: “Ammessa a fini argomentativi l’esistenza di tale legge, e’ di grande interesse comprendere come essa possa essere utilizzata all’interno del processo afferente ad un evento concreto; in quale guisa debba essere articolata l’inferenza fattuale. A tal fine e’ di decisivo rilievo comprendere se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica. Infatti e’ di tutta evidenza che una legge universale consentirebbe di articolare il sillogismo deduttivo della certezza: 1. l’esposizione protratta all’amianto dopo l’iniziazione

determina sempre l'accelerazione dell'evento tumorale; 2. nel caso di specie tale esposizione si è concretata; 3. l'esposizione protratta ha dunque con certezza abbreviato la latenza e quindi la durata della vita. Si tratta dell'itinerario percorso dalla giurisprudenza nei processi che si sono prima menzionati (la sentenza (OMESSO) e le altre), nei quali, come si è molte volte ripetuto, i giudici di merito hanno ritenuto provata l'esistenza di una legge universale afferente all'effetto acceleratore. Diverso sarebbe invece il ragionamento in caso di legge solo probabilistica, con la consueta precisazione che qui si parla di probabilità in senso statistico, numerico, afferente cioè alla frequenza dell'evento (l'effetto acceleratore), al rapporto cioè tra il numero delle esposizioni ed il numero degli eventi; e si è quindi in un tipico ambito di causalità generale. Infatti, come pure si è ripetutamente tentato di porre in luce, nell'ambito della componente deduttiva dell'inferenza fattuale, il sapere generalizzante probabilistico (in senso statistico) trasmette tal quale nella conclusione del ragionamento il coefficiente percentualistico che caratterizza la legge: se la probabilità di sopravvivere all'infarto è dell'85%, il singolo paziente sarà teoricamente portatore, in prima approssimazione, di una tale probabilità di salvezza. Le particolarità del caso potranno poi, eventualmente, modificare la prognosi in rapporto alla condizione del singolo, concreto malato. Subentra, in tale secondo passaggio, un momento valutativo, "vago", articolato alla luce della base induttiva, cioè delle peculiarità del caso concreto, che si esprimerà in termini di probabilità logica: espressione che designa (anche questo deve essere ripetuto) non un dato numerico ma un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di speciale credibilità razionale. Orbene facendo applicazione nel presente giudizio di tutto quanto sin qui esposto, appare chiaro che ove la legge relativa all'effetto acceleratore fosse solo probabilistica (come ritenuto dal Tribunale e, a quanto pare, anche dalla Corte d'appello), ciò significherebbe che lo stesso effetto si determinerebbe solo in una determinata percentuale dei casi e comunque non immancabilmente. Dunque, traducendo tale informazione probabilistica nell'inferenza deduttiva del caso concreto si perverrebbe alla conclusione che il lavoratore aveva solo la probabilità (statistica) di subire l'accelerazione dell'evoluzione del processo carcinogenetico; con l'ulteriore conseguenza che agli imputati che hanno operato in azienda dopo l'iniziazione non potrebbe essere mossa l'imputazione causale condizionalistica che, come è noto, richiede un certo ruolo eziologico della condotta rispetto all'evento. Resta un'ultima, ormai consueta domanda: è possibile superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza (espresso in

con le precedenti, dalla sentenza n. 38991 del 2010, a quella n. 42128 del 2008 ed ex multis e al di là di tutto, anche a volere accogliere la massima che se ne può trarre, e sopra riportata, non si può prescindere dal fatto che: "... in tema di delitti colposi contro la persona per violazione della normativa antinfortunistica (nella specie, omicidio colposo, conseguente all'insorgere di un mesotelioma pleurico, in danno di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa - esplicita in ambito ferroviario - all'amianto, sostanza oggettivamente nociva), si è in presenza di un comportamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa quando l'attuazione delle cautele possibili all'epoca dei fatti avrebbe significativamente abbattuto le probabilità di contrarre la malattia. (La Corte ha evidenziato che la pericolosità dell'esposizione all'amianto per il rischio di mesotelioma risale - con riferimento al settore ferroviario - almeno agli anni sessanta, e che nella specie gli imputati avrebbero potuto acquisire tali conoscenze sia direttamente, sia tramite i soggetti eventualmente delegati in materia di igiene e sicurezza)".

La Corte, ad una più attenta analisi di quest'ultima sentenza che sembrerebbe restringere il perimetro della configurabilità del nesso di causalità al fine di ipotizzare la responsabilità penale del datore di lavoro e di tutti coloro sui quali gravava l'obbligo di sicurezza, ha invece solamente affermato la necessità di una più attenta rigorosa indagine, su basi logiche precise, sul presupposto di assunzione probatoria a più ampio spettro:

termini di probabilità logica, o corroborazione, o credibilità razionale)? La risposta è in linea astratta prudentemente positiva. E l'itinerario è sempre quello già indicato, rapportato alle peculiarità del caso. Basta a tale riguardo richiamare quanto sopra esposto: ipotesi (abduzione), ed induzione (la copiosa caratterizzazione del caso storico) che si confrontano ed integrano dialetticamente. Orbene, perchè questo itinerario possa essere percorso occorre che le contingenze del caso concreto siano appunto se possibile copiose e comunque significative; e, per le loro peculiari caratterizzazioni, riescano a risolvere il dubbio insito nel carattere probabilistico del sapere utilizzato nell'inferenza deduttiva. Una tale possibilità non sembra allo stato emergere alla stregua delle informazioni fattuali esposte nelle sentenze di merito.

“Dunque, per i giudici di merito, l'ipotesi che riconduce l'evento all'esposizione lavorativa di cui ci si occupa è caratterizzata da elevata probabilità logica. Tale apprezzamento in fatto è arricchito da quanto esposto nella sentenza del Tribunale a proposito dell'individuazione (da parte del consulente B. cui si riconosce particolare affidabilità) dei corpi dell'asbesto nei reperti istologici del tessuto polmonare” (Corte di Cassazione, sentenza n. 43786 del 13 dicembre 2010).

Tuttavia, non può essere revocato in dubbio che non c'è obbligo di *unanimità alla luce della ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico* ai fini della configurabilità del nesso di causalità.

Così nella sentenza, (a) quanto all'obbligo della massima sicurezza: *“Più seria è l'altra censura afferente all'assunta impossibilità di azzerare il rischio: l'adozione di tecniche di abbattimento non avrebbe potuto eliminare del tutto la presenza di fibre tossiche.*

Anche tale argomento, tuttavia, è infondato. Il giudice di merito ha evidenziato l'obbligo del datore di lavoro di agire per massimizzare la sicurezza. *La motivazione sul punto deve essere tuttavia meglio chiarita con alcune considerazioni di carattere generale”.*

Prosegue la Corte di Cassazione, circa (b) la regola contraffattuale: *“Si è già evidenziato in precedenza che in ambito giuridico accade frequentemente di articolare ragionamenti predittivi. Ci si interroga su ciò che sarebbe accaduto se l'agente non avesse compiuto l'azione addebitatagli o se avesse posto in essere la condotta doverosa omessa. Questi giudizi predittivi, dunque, vengono compiuti sia nell'ambito della causalità commissiva che di quella omissiva.*

Ragionamenti predittivi vengono altresì articolati quando, ragionando intorno alla colpa, ci si interroga sull'evitabilità dell'evento per effetto della condotta che sarebbe stata dovuta. Tali inferenze si sviluppano in modo parzialmente diverso; e dunque, in questo come in quasi tutti gli altri contesti del ragionamento giuridico, è di essenziale e preliminare interesse cogliere qual è il ragionamento che noi articoliamo, quale è la sua struttura e quali sono le finalità giuridiche cui esso tende, quali sono le regole di giudizio che lo governano.

Operare tali doverose preliminari distinzioni non è sempre agevole”.

La Corte di Cassazione prosegue circa (c) la separazione dei contesti tra causalità commissiva e causalità omissiva: *“A tal fine ha grande importanza separare i contesti di causalità commissiva da quelli di causalità omissiva: operazione spesso non banale, soprattutto nei reati colposi. Infatti, noi solitamente ragioniamo come se tra causalità commissiva e causalità omissiva vi fosse sempre un confine netto. Tutto ciò costituisce solo una semplificazione della realtà che, invece, soprattutto in ambito colposo, mostra la compresenza di profili commissivi ed omissivi della condotta. D'altra parte, proprio nell'ambito dei reati colposi, si è istintivamente portati a parlare sempre di causalità omissiva, probabilmente a cagione del fatto che nella colpa emerge sempre come fattore preminente qualcosa che è mancato, che è stato omesso, appunto.*

In realtà, se ci si ferma a riflettere alla luce dell'esperienza giudiziaria, il quadro che emerge è assai variegato. Si riscontrano frequentemente vicende che devono essere ricondotte all'ambito della causalità omissiva, come ad esempio nel caso del medico che omette radicalmente di intervenire in una situazione di emergenza. Altri casi mostrano invece una dominante componente commissiva: il chirurgo che erroneamente recide un'arteria determinando un'emorragia letale; il datore di lavoro che consegna al dipendente una scala insicura che determina una rovinosa caduta; l'automobilista che, guidando imprudentemente, investe un pedone. Vi sono poi molti casi di incerta collocazione: il medico interviene, si adopera anche con condotte attive, ma omette di compiere un atto essenziale come ad esempio formulare una corretta diagnosi o prescrivere una terapia appropriata; oppure trapianta un organo senza compiere con la dovuta perizia le indagini preliminari per appurare che esso sia immune da patologie tumorali”.

La Corte di Cassazione prosegue affermando (d) la necessità di non limitarsi ad una valutazione di *“causalità omissiva”*: *“In queste situazioni, come si è accennato, soprattutto in giurisprudenza si riscontra la tendenza a parlare sempre di causalità omissiva, anche se spesso si articolano ragionamenti di causalità commissiva. A questo riguardo, tuttavia anche la sentenza*

delle Sezioni unite Franzese ha fornito, in un breve passaggio, un utile suggerimento, segnalando che molti casi che vengono trattati in termini di causalità omissiva sono in realtà riconducibili alla causalità commissiva.

Sebbene talvolta sia difficile stabilire se si sia in presenza dell'una o dell'altra forma di causalità, il fattore di orientamento deve essere costituito dal punto di vista giuridico, che è concentrato sulla attribuzione di paternità del fatto all'uomo, e su ciò che assume significato in questo senso. Così, per tornare agli esempi sopra proposti nell'ambito medico, l'errore terapeutico costituisce solitamente un reperto di causalità omissiva, ma in alcune situazioni domina la componente commissiva, come nei casi già proposti del taglio dell'arteria o del trapianto dell'organo malato".

La Corte di Cassazione prosegue (e) richiamando i caratteri della multifattorialità della insorgenza delle patologie tumorali: "Quello dell'esposizione a sostanze patogene è un campo incerto e tuttavia occorre ritenere che si sia in presenza di causalità commissiva, alimentata dalle perduranti scelte aziendali che determinano uno stato delle lavorazioni che espone a livelli dannosi delle sostanze trattate: si tratta, come è stato osservato in dottrina, di una situazione riconducibile all'archetipo dell'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane".

Così circa (f) la causalità commissiva: "La presenza, nell'ambito dei reati colposi, sia di situazioni riconducibili alla causalità commissiva sia di contingenze tipiche della causalità commissiva propone diversi problemi di non poco rilievo. Basti pensare che quando nell'ambito di reati commissivi parliamo di garante per definire la sfera di responsabilità di un soggetto usiamo il termine in un significato più ampio e diverso da quello evocato dall'articolo 40 cpv. c.p.; e ci riferiamo al soggetto che, da solo o con altre figure istituzionali, è chiamato a gestire una sfera di rischio.

Ma la questione che qui maggiormente interessa è quella afferente ai ragionamenti sull'evitabilità dell'evento: in molte situazioni non è ben chiaro se il giudizio controfattuale che si è chiamati ad articolare afferisca alla causalità o alla colpa; ed il dubbio è precipuamente alimentato dal fatto che, come si è esposto, non è ben chiaro se si stia

trattando un caso di causalità commissiva o omissiva".

E così, nel proseguire la sua argomentazione, la Corte di Cassazione passa a scrutinare (g) la complessità dell'accertamento del rapporto causale e la necessità di inserire nel contraffattuale il comportamento diligente: "Il tema, assai dibattuto ed obiettivamente complesso, può essere delineato sinteticamente nei seguenti termini. La causalità omissiva dal punto di vista naturalistico, fenomenico, è un nulla. Pertanto, per dimostrare il nesso di condizionamento dobbiamo inserire nell'atto immaginativo, controfattuale, qualcosa che è mancato in natura e che noi descriviamo in modo idealizzato, astratto. In particolare, nei reati colposi noi dobbiamo inserire nel controfattuale il comportamento perito, diligente; e chiederci se esso avrebbe consentito di evitare l'evento con la ragionevole certezza richiesta dallo statuto della causalità condizionalistica".

Circa (h) la causalità omissiva: "Questa inferenza è solitamente molto impegnativa, specialmente in contesti particolarmente complicati come quelli della responsabilità medica e dell'esposizione lavorativa, caratterizzati, come si è visto, dalla complessa interazione tra fattori di diverso segno. Ma ciò che interessa di più è che il giudizio sulla colpa e quello sulla causalità tendono, in prima approssimazione, a sovrapporsi. Ed il problema dell'evitabilità dell'evento (o della rilevanza del comportamento alternativo lecito) è in primo luogo un problema causale, che si carica quindi del connotato di ragionevole certezza proprio della causalità condizionalistica. Questa situazione, senza dubbio complessa e difficile da dipanare analiticamente, spiega la comprensibile ma pur sempre criticabile confusione che regna in giurisprudenza tra causalità e colpa in contesti come quello in esame. In ogni caso, la conclusione che noi possiamo trarre da queste considerazioni è che, normalmente, quando noi ci interroghiamo, nell'ambito dei reati commissivi mediante omissione, sull'evitabilità dell'evento articoliamo un ragionamento di tipo causale basato, quindi, sulla regola di giudizio dell'umana certezza propria del condizionalismo".

Circa (i) la causalità commissiva: "Invece, nell'ambito della causalità commissiva il

ragionamento probatorio è solitamente più semplice: il problema della causalità viene risolto ponderando la rilevanza del comportamento attivo concretamente accertato che, con un atto immaginativo, viene per così dire sottratto alla dinamica degli accadimenti. Si tratta di un apprezzamento che nella maggior parte dei casi viene giustamente sottinteso, tanta è la sua evidenza: se al lavoratore non fosse stata consegnata una scala rotta egli sicuramente non sarebbe caduto”.

La Corte di Cassazione prosegue e conclude affermando la regola di giudizio ed annulla la Sentenza della Corte di Appello di Trento, (l) affermando la necessità di integrazione nello scrutinio di entrambi i profili di causalità, e l’obbligo di completezza logica, argomentativa, anche nella motivazione della Sentenza: *“Allora, il problema dell’evitabilità dell’evento per effetto della condotta diligente e perita si causale in senso proprio (quello di cui parlano gli articoli 40 e 41 c.p.) che (in un’ideale sequenza) e’ stato risolto a monte, prima di intraprendere il ragionamento sulla colpa”* (cioè solo secondo la logica argomentativa della causalità commissiva, in assenza del necessario riscontro contraffattuale, sulla base del caso concreto, e sul presupposto del rapporto di causalità omissiva).

Conclude così la Corte di Cassazione: *“Da tali enunciazioni di principio è possibile trarre definite conclusioni che integrano e chiariscono l’argomentazione dei giudici di merito. Si è detto che nell’ambito delle malattie lavorative determinate dall’esposizione all’amianto le vittime sono colpite da affezioni determinate dalla contaminazione con la sostanza e che la condotta attribuibile ai responsabili dell’azienda è, nel suo nucleo significativo, attiva; giacché l’esposizione all’agente lesivo in modo improprio è frutto di una determinazione di tipo organizzativo che ha evidentemente un rilievo condizionante, giacché se il lavoratore non fosse stato addetto a quella pericolosa lavorazione l’evento non si sarebbe verificato. Così definito il problema causale, resta il problema dell’evitabilità dell’evento afferente alla valutazione della colpa: apprezzamento che, per le ragioni che si sono già espone, è intrinsecamente aperto a valutazioni probabilistiche. In breve si è in*

presenza di un comportamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa quando l’attuazione delle cautele esistenti all’epoca dei fatti avrebbero significativamente abbattuto la probabilità di contrarre la malattia. Tale conclusiva valutazione in fatto si rinviene nelle pronunzie di merito, nelle quali da un canto si mette in luce l’intensità dell’esposizione all’agente patogeno; e dall’altro si rimarca la totale assenza di misure di prevenzione, alcune molto semplici e di rilievo anche intuitivo, che avrebbero potuto diminuire drasticamente l’entità delle fibre disperse nell’ambiente di lavoro e quindi fortemente ridurre la probabilità di contrarre la malattia: si parla di apparati di aspirazione, di maschere individuali, ma anche di maggiore cautela nella movimentazione delle polveri magari semplicemente bagnandole. Si è dunque in presenza di un compiuto apprezzamento del fatto conforme ai principi sopra lusinggiati e quindi immune da censure”.

Conclusioni: assenza di negazione della regola scientifica della diminuzione dei tempi di latenza e accelerazione dell’insorgenza della patologia neoplastica asbesto correlata. Uniformità nella giurisprudenza di legittimità. Oscillazioni giurisprudenziali, e contrasto della sentenza n. 43786 del 2010 con la precedente giurisprudenza.

La Corte di Cassazione, anche nella sentenza n. 43786 del 2010, non nega né contraddice la precedente già citata giurisprudenza, anche se non ne valorizza allo stesso modo i profili di colpa e di responsabilità per violazione delle regole cautelari, e rende più complicato il giudizio di colpevolezza penale, nella misura in cui assume quale presupposto la necessità di una prova eccessivamente rigorosa, tale da rendere pressoché impossibile la condanna, con il rischio di svuotamento del precetto penale e l’ambito di tutela dei diritti e dei valori di costituzionale rilevanza, nell’ambito di esposizione ad amianto.

La Suprema Corte di Cassazione, con l’ultima sentenza assume la necessità di una prova rigorosa, calata nel caso concreto circa la effettiva diminuzione dei tempi di latenza e accelerazione dell’insorgenza della patologia neoplastica asbesto correlata: *“Il fatto è che, per ciò che attiene ai segni dell’accelerazione, il quadro probatorio e’*

vuoto. Si vuoi dire che, in ipotesi astratta, il carattere probabilistico della legge potrebbe condurre alla dimostrazione del nesso condizionalistico solo ove fossero note informazioni cronologiche e fosse provato, ad esempio, che il processo patogenetico si è sviluppato in un periodo significativamente più breve rispetto a quello richiesto nei casi in cui all'iniziazione non segua un'ulteriore esposizione. Analogamente potrebbe argomentarsi ove fossero noti i fattori che nell'esposizione protratta accelerano il processo ed essi fossero presenti nella concreta vicenda processuale. Si sono esposti, naturalmente, solo fatti ipotetici per tentare di chiarire ulteriormente quale sia l'itinerario probatorio percorribile dal giudice di merito in questo ed in altri analoghi casi.

Se così è, traspare l'errore logico commesso dalla Corte d'Appello: l'impropria sovrapposizione di probabilità statistica e di probabilità logica e, soprattutto, l'utilizzazione della categoria concettuale della probabilità logica in chiave alogica, quale strumento retorico per enunciare apoditticamente l'esistenza di una relazione condizionalistica in realtà non dimostrata".

Dunque, si fa obbligo di rigore nella dimostrazione e nella regola di giudizio e nella argomentazione alla base della motivazione della Sentenza.

Non c'è dubbio dunque circa l'interpretazione anche della sentenza n. 43786 alla stregua dei principi uniformemente affermati dalla Corte di Cassazione, ove si consideri quanto così testualmente riportate: "19. Le censure dei ricorrenti sono infondate pure con riferimento alla colpa.

La Corte territoriale evidenzia che risultano provate le condotte colpose contestate agli imputati e di cui già il primo giudice ha ritenuto l'esistenza: in particolare, la mancata adozione di idonei impianti di aspirazione e la predisposizione solo di uno strumento rudimentale come le mascherine di carta, di cui non veniva neppure concretamente richiesto l'uso; infine, la violazione dell'obbligo di informazione nei confronti dei lavoratori. L'assenza di misure di prevenzione si accompagnava al compimento di operazioni tecniche caratterizzate da elevata polverosità, come la pulizia con delle semplici scope delle polveri contaminate depositate sui pavimenti, o il getto di aria compressa sulle

parti lavorate. Tale situazione avrebbe potuto essere ovviata attraverso misure di prevenzione che già nel 1970 sarebbero state senz'altro attuabili, quali l'umidificazione del materiale per evitare la formazione di polvere, l'adozione di sistemi di aspirazione, l'uso di valide maschere filtranti.

Per quanto attiene, poi, al tema della violazione dei valori limite di esposizione agli agenti chimici, si rileva da un lato la mancata individuazione dei livelli di inquinamento nei locali aziendali in vista di un possibile confronto con le tabelle dei TLV; e dall'altro l'obbligo del datore di lavoro di garantire la sicurezza al meglio delle tecnologie disponibili, mentre in azienda mancava qualunque misura di protezione dal rischio, giacché solo nel 1992 si cominciò a provvedere in tal senso. Né il datore di lavoro può addurre a propria discolta l'inerzia della pubblica amministrazione nella definizione di parametri appropriati e certi di esposizione agli agenti dannosi, come ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità (pag. 26).

D'altra parte, prosegue la Corte di merito, già nel 1975 la So. it. di. di. de. la., sulla falsariga di quanto stabilito negli USA nel 1972, in relazione al pericolo di mesotelioma, aveva fissato il limite tollerabile in 2 fibre per centimetro cubico. La Corte ritiene che tale livello fosse senz'altro superato nella situazione ambientale dello stabilimento, assai negativamente connotata; come evidenziato anche da indagini compiute nel 1992 in ambienti di lavoro già interessati ad interventi di protezione.

La pericolosità dell'esposizione all'amianto per il rischio di mesotelioma risale almeno agli anni sessanta in ambito ferroviario, tanto che già nel 1968 le Fe. (OMESSO) hanno provveduto ad eliminare tutto l'amianto sulla base di conoscenze ben diffuse non solo nell'ambiente medico-legale ma anche in quello degli addetti ai lavori. Gli imputati avrebbero potuto acquisire tali conoscenze sia direttamente, sia tramite i soggetti eventualmente delegati in materia di igiene e sicurezza, attingendo anche al libretto d'istruzione del 1963 che segnalava la presenza di amianto. La presenza dell'amianto era evidenziata anche in un capitolato per la fornitura di automotrici del 1972.

Infine, indipendentemente dal rischio mesotelioma, la grave pericolosità dell'amianto per il rischio asbestosi era ampiamente nota ed avrebbe dovuto sollecitare adeguate misure di prevenzione.

L'evento mesotelioma era d'altra parte evitabile, considerato che si tratta di patologia dose-correlata.

Tale apprezzamento si sottrae alle censure prospettate dalla difesa”.

Prosegue la Corte di Cassazione: “Quello dell'esposizione a sostanze patogene è un campo incerto e tuttavia occorre ritenere che si sia in presenza di causalità commissiva, alimentata dalle perduranti scelte aziendali che determinano uno stato delle lavorazioni che espone a livelli dannosi delle sostanze trattate: si tratta, come è stato osservato in dottrina, di una situazione riconducibile all'archetipo dell'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane”.

Tuttavia la Sentenza in ultimo richiamata, e riprodotta, per larghi stralci, pur condividendo i profili sul rischio morbigeno per esposizione ad amianto, non valorizza alcuni rilievi fondamentali, che invece appaiono evidenti nella consolidata giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

La legge 455 del 1943, modificata con D.P.R. 1124/65, enumerava l'asbestosi, fra le patologie professionali correlate ad amianto, ma la giurisprudenza ha chiaramente precisato come gli obblighi di protezione della salute dei lavoratori, anche se letteralmente preordinati ad evitare l'insorgere di una ben precisa patologia, devono essere ritenuti genericamente imposti anche con riferimento ad altre patologie correlate all'esposizione agli stessi agenti, pur se all'epoca sconosciute; nel caso dell'amianto le norme preventive poste in difesa dei lavoratori dall'asbestosi, devono dunque, essere interpretate come volte a scongiurare anche i rischi di insorgenza del mesotelioma e dei tumori polmonari (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2003, n. 20032; Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988).

La Corte di Cassazione nell'ultima sentenza sembra non valorizzare questi profili, per altro affermati in plurime decisioni, tra le quali anche la sentenza 14.01.03 n. 988, secondo cui “in tema di responsabilità colposa per violazione di norme prevenzionali, la circostanza che la

condotta antidoverosa, per effetto di nuove conoscenze tecniche e scientifiche, risulti nel momento del giudizio produttiva di un evento lesivo, non conosciuto quale sua possibile implicazione nel momento in cui è stata tenuta, non esclude la sussistenza del nesso causale e dell'elemento soggettivo del reato sotto il profilo della prevedibilità, quando l'evento verificatosi offenda lo stesso bene alla cui tutela avrebbe dovuto indirizzarsi il comportamento richiesto dalla norma, e risulti che detto comportamento avrebbe evitato anche la lesione in concreto attuata” (Cass. pen. Sez. IV 14 gennaio 2003, n. 988).

Questi principi di diritto sono stati ribaditi dalla Suprema di Cassazione, IV Sezione penale, con la sentenza 01.02.2008, n. 5117⁸⁸, la quale, inizialmente, ha richiamato la sentenza prima menzionata, per proseguire: “La contraddittorietà della perizia di ufficio è, invero, sottolineata anche dal giudice di primo grado, che pure illogicamente aderisce alle sue conclusioni (v. pag. 11 della sentenza laddove, nel riportare le considerazioni del perito Ca. - il quale muove dalla premessa che l'insorgenza della malattia non è databile con assoluta certezza - annota perspicuamente che lo stesso perito non chiarisce alla stregua di quale criterio sia

⁸⁸ *“Come già bene messo in evidenza dalla sentenza pronunciata da questa stessa Sezione in data 29.11.2004 (dep. 1.3.2005, n. 7630, P.G. in proc. Marchiorello ed altro), nell'accertamento della causalità generale, ovvero nella identificazione delle legge scientifica di copertura, il giudice deve individuare una spiegazione generale degli eventi basata sul sapere scientifico, sapere (come riaffermato anche dalla nota sentenza Franzese del 10 luglio 2002 di questa Corte) che è costituito non solo da leggi universali (invero assai rare), ma altresì da leggi statistiche, da generalizzazioni empiriche del senso comune, da rilevazioni epidemiologiche. I giudici di merito in proposito non potevano non tenere conto della esistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, della comunità scientifica - peraltro fatto già proprio da sentenze di merito e di legittimità (v. tra queste ultime, Sezione 4, 11 luglio 2002, Macola ed altro) - sul rapporto esponenziale tra dose di cancerogeno assorbita (determinata dalla concentrazione e dalla durata dell'esposizione) e risposta tumorale, con la conseguente maggiore incidenza dei tumori e minore durata della latenza della malattia nelle ipotesi di aumento della dose di cancerogeno”.*

pervenuto alla conclusione che l'innesco del mesotelioma sia da collocarsi al periodo antecedente al 1975 o, verosimilmente, in periodi ancora più lontani anche di 10-15 anni).

Lo stesso giudice di primo grado, le cui conclusioni sono state condivise dalla sentenza impugnata, ha affermato, contraddittoriamente che in ogni caso la successiva esposizione all'inalazione di dosi massicce di polveri di amianto ebbe effetto sulla latenza della malattia già esistente (v. pag. 9 della sentenza).

Per quanto sopra esposto entrambi i motivi di ricorso vanno accolti.

Fondata e' anche la terza censura, che si riferisce all'affermata inesistenza del nesso causale tra condotta omissiva degli imputati e l'evento malattia. Sul punto i giudici di appello hanno affermato che, per identificare i parametri di sicurezza esigibili dagli imputati al momento della probabile insorgenza della malattia, non poteva trascurarsi lo stato delle conoscenze scientifiche del periodo, individuabile quanto meno nell'anno 1965, e che nessuna condotta poteva essere posta in essere dagli stessi per impedire l'evento, dato che nessuna attrezzatura di purificazione dell'aria avrebbe potuto eliminare quantità infinitesimali di polvere di amianto sufficienti per la eziogenesi del mesotelioma pleurico. Sotto tale profilo la Corte di merito ha ritenuto non pertinente il richiamo al Decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1953, n. 303, articolo 21 perchè l'effetto auspicato non si sarebbe certamente ottenuto attraverso una maggiore movimentazione dell'aria.

La doglianza, strettamente inerente al concetto di prevedibilità dell'evento - con particolare riferimento alla colpa - e' fondata.

Come evidenziato dalla sentenza di questa Sezione (17 maggio 2006, PG in proc. Bartalini ed altri) non valgono per l'accertamento della esistenza della colpa le regole di spiegazione causale dell'evento.

Per l'accertamento della causalità ex articolo 40 c.p., come e' noto, il criterio per ricollegare l'evento alla condotta e' fondato, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite, 10 luglio 2002, Franzese, sull'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Ai fini della imputazione soggettiva

dell'evento al soggetto agente, ai sensi dell'articolo 43 c.p., la prevedibilità dell'evento dannoso, ossia la rappresentazione in capo all'agente della potenzialità dannosa del proprio agire, può riconnettersi, invece, anche alla probabilità o anche solo alla possibilità (purchè fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare tale rappresentazione alle sole situazioni in cui sussista in tal senso una certezza scientifica. Tale conclusione e' fondata sul condivisibile rilievo che le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele per evitare il verificarsi di eventi dannosi, anche se scientificamente non certi ed anche se non preventivamente e specificamente individuati.

Tale possibilità deve possedere il requisito della concretezza, nel senso che e' richiesta la concretezza del rischio.

E, in tema di ambiente e di tutela della vita e della salute dei consociati, il rischio diviene concreto anche solo laddove la mancata adozione delle cautele preventive possa indurre il dubbio concreto della verifica dell'evento dannoso.

In questi casi, anzi, l'obbligo di prevenzione a carico dell'agente non può limitarsi solo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica - costituente, a seguito della interpretazione giurisprudenziale solo uno dei criteri utilizzabili dal giudice per avere la conferma della validità della prova scientifica - e alla adozione delle sole misure preventive generalmente praticate.

L'obbligo di prevenzione, infatti, é di tale spessore che non potrebbe neppure escludersi una responsabilità omissiva colposa del datore di lavoro allorquando questi tali condizioni non abbia assicurato, pur formalmente rispettando le norme tecniche, eventualmente dettate in materia dal competente organo amministrativo, in quanto, al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocimento a terzi

ed in primis ai lavoratori (per riferimenti, Sezione IV, 4 luglio 2006, Civelli; nonché Sezione IV, 29 gennaio 2007, Di Vincenzo).

In altri termini, il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, oltre che alle disposizioni specifiche - nel caso in esame Decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1956, n. 303, articolo 21, proprio, più generalmente, al disposto dell'articolo 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'articolo 40 c.p., comma 2, (v. sentenze da ultimo citate). [...] I giudici di legittimità, pur dando atto della problematicità della soluzione, affermano che il principio della concretizzazione del rischio va inteso con criteri di ragionevolezza interpretando la regola cautelare non in senso formale e statico ma secondo la sua ratio e secondo criteri che tengano conto dell'evoluzione della conoscenza e della possibilità di ricondurre comunque l'evento alle conseguenze della violazione della regola di condotta, anche se infrequenti e non previste anticipatamente, purché non siano completamente svincolate dallo scopo perseguito nella redazione della regola cautelare”

Fondamentali, secondo la Corte di Cassazione, le norme cautelari, anche ai fini dello scrutinio del nesso di causalità, e come già prima precisato: “Sotto tale profilo, la S.C. distingue, proprio in funzione della ratio, le regole cautelari per così dire “aperte”, nelle quali la regola è dettata sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute, ed altre c.d. “rigide”, che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento” (Cass. pen., Sez. IV 1 febbraio 2008 n. 5117).

Per proseguire: “Il Decreto del Presidente della Repubblica n. 303 del 1956

articoli 19 e 21 oggetto di contestazione agli imputati, rientrano nella prima categoria, limitandosi a dettare le regole di condotta in termini generali in relazione alla astratta possibilità del verificarsi di eventi dannosi, anche di quelli ignoti al legislatore dell'epoca, essendo già riconosciuta l'idoneità dell'amianto a provocare gravi patologie. Come è noto, l'inalazione da amianto (il cui uso è stato vietato in assoluto dalla Legge 27 marzo 1992, n. 257) è ritenuta, da ben oltre i tempi citati, di grande lesività della salute (se ne fa cenno nel Regio Decreto 14 giugno 1909, n. 442 in tema di lavori ritenuti insalubri per donne e fanciulli ed esistono precedenti giurisprudenziali risalenti al 1906) e la malattia da inalazione da amianto, ovvero l'asbestosi (conosciuta fin dai primi del '900 ed inserita nelle malattie professionali dalla legge 12 aprile 1943, n. 455), è ritenuta conseguenza diretta, potenzialmente mortale, e comunque sicuramente produttrice di una significativa abbreviazione della vita se non altro per le patologie respiratorie e cardiocircolatorie ad essa correlate. [...] In sede di rinvio il giudice, dovrà, in tal senso, apprezzare, alla luce delle osservazioni sopra formulate, se la mancata eliminazione o riduzione significativa, della fonte di assunzione comportava il rischio del tutto prevedibile dell'insorgere di una malattia gravemente lesiva della salute dei lavoratori addetti e se il tipo di evento lesivo effettivamente verificatosi, che ha condotto alla morte G. G., rientri tra quelli che la regola cautelare citata mirava a prevenire. [...] In proposito, si osserva che ciò che rileva è che siano individuabili tutti i possibili meccanismi eziologici e verificare se queste possano tutte essere riferite alle condotte (colpose) di indagati e imputati; oppure che si possa comunque escludere che ne esistano di ragionevolmente ipotizzabili che possano condurre all'esclusione del contributo causale da parte dell'agente. Nel caso in esame, pertanto, non può avere rilievo che non sia stato possibile accertare il meccanismo preciso (riduzione della latenza o accelerazione dell'insorgenza) di maturazione della patologia.

La giurisprudenza di legittimità si è sempre espressa, in via generale (v. Sezione 4, 6 dicembre 1990, Bonetti ed altri e 15 marzo 1995, n. 2650, Trotta), nel senso che il

nesso di condizionamento deve infatti ritenersi provato non solo quando (caso assai improbabile) venga accertata compiutamente la concatenazione causale che ha dato luogo all'evento ma, altresì, in tutti quei casi nei quali, pur non essendo compiutamente descritto o accertato il complessivo succedersi di tale meccanismo, l'evento sia comunque riconducibile alla condotta colposa dell'agente sia pure con condotte alternative; e purchè sia possibile escludere l'efficienza causale di diversi meccanismi eziologici.

Il giudice del rinvio, pertanto, dovrà attenersi a tali principi, essendo sufficiente che nella ricostruzione e valutazione del nesso causale metta in luce, se esistenti, uno o più antecedenti che, secondo quelle leggi scientifiche, universali o statistiche, siano tali che senza lo stesso o gli stessi, l'evento, con alto grado di probabilità logica, non si sarebbe verificato.

La sentenza va, pertanto, annullata con rinvio al giudice competente che si atterrà ai principi sopra indicati”.

Che le attività dove si utilizzasse amianto fossero considerate “di grande lesività della salute (se ne fa cenno nel Regio Decreto 14 giugno 1909, n. 442 in tema di lavori ritenuti insalubri per donne e fanciulli ed esistono precedenti giurisprudenziali risalenti al 1906) e la malattia da inalazione da amianto, ovvero l'asbestosi (conosciuta fin dai primi del '900 ed inserita nelle malattie professionali dalla Legge 12 aprile 1943, n. 455)” (Cass. pen. Sez., 1 febbraio 2008 n. 5117), era ben noto fin dagli inizi del secolo scorso.

5. Sussistenza della responsabilità penale della patologia asbesto correlata anche in concorrenza di concause

Un interessante rilievo è portato dalla pronuncia della Corte di Cassazione, IV Sez. penale, del 24.02.2011 n. 7142, in riferimento alla sussistenza della responsabilità penale per la patologia di “adenocarcinoma bronchio alveolare ... sopravvenuta in ... lavoratore dipendente ... addetto alle operazioni implicanti esposizione ad amianto”: la Corte di Cassazione conferma la sentenza della Corte di Appello di Torino sul presupposto: «“gli elementi probatori a disposizione di questo giudice consentono di ritenere

possibile - ma non certa nè altamente probabile - la concausalità dell'esposizione all'asbesto del Mo. nell'insorgenza dell'adenocarcinoma polmonare. Il che equivale a dire che l'adozione della condotta doverosa da parte degli imputati avrebbe forse - ma non certamente nè quasi certamente - potuto evitare l'insorgenza del tumore; viceversa ascrivibile, con ragionevole certezza, all'abitudine tabagica, assunta quale condizione di per sé autonoma e sufficiente dell'evento”. La Corte d'appello, in esito alla valutazione critica delle stesse risultanze onde pronunziarsi sulla stessa questione - di fondamentale rilevanza - della prova della ricorrenza del nesso eziologico, ha invece stabilito (fogl. 11 e fogl. 15 della sentenza impugnata) che: “nessuno dei consulenti o periti ha potuto affermare con certezza che il tabagismo fosse causa da sola autonoma e sufficiente. Anzi dalle dichiarazioni a dibattimento e dagli elementi raccolti, testimonianze, documentazione, placche pleuriche riscontrate, asbestosi in atto, corpuscoli, tale tesi appare destituita di fondamento. (...) Appare pertanto provato che vi sia stato un effetto additivo dell'esposizione all'amianto per il Mo., rispetto al tabagismo ed alle sue conseguenze che pertanto non può esser assunto ad unica causa efficiente ed escludente l'incidenza dell'esposizione all'amianto, nel contesto dato. (...) In termini di rischio questo è stato aumentato in modo esponenziale dalla compresenza dei due fattori: amianto e fumo senza che si sia potuto affermare con certezza che uno dei due abbia avuto efficacia escludente l'altro”.

E' quindi assolutamente incontestabile, con specifico riferimento al secondo ed al terzo dei motivi di gravame, il difetto della prova evidente quale condito sine qua non ai fini dell'applicazione dell'articolo 129 cpv. cod. proc. pen.. Da un altro passaggio dell'iter motivazionale della citata sentenza Tettamanti è dato ricavare ulteriori argomenti a dimostrazione dell'infondatezza delle censure denunciate dal ricorrente in relazione ai vizi della motivazione della sentenza impugnata, in termini di contraddittorietà, illogicità o difetto della motivazione stessa».

Quindi l'assoluzione interviene per prescrizione e non già ex art. 129 c.p.p..

PARTE SESTA

La soluzione rispetto alla problematicità delle posizioni giurisprudenziali

1. L'approdo giurisprudenziale

Le ultime affermazioni giurisprudenziali in termini di affermazione del nesso di causalità, sono molto problematiche, in quanto dall'approdo costituito dalla identificazione con l'aumento del rischio (Sentenza Macola, n. 988 del 2002), ormai quasi pietrificato, la Suprema Corte, Sezione IV penale, è giunta ad affermare, già con la sentenza 38991 del 2010, e con la successiva sentenza sempre della IV Sezione penale n. 43786 del 13.12.2010, si è messa in dubbio la stessa possibilità di poter giungere ad affermare la responsabilità penale in caso di insorgenza di mesotelioma⁸⁹, o per essere più precisi "nel momento in cui si riconosce l'esistenza di una sostanziale incertezza scientifica, la Corte dovrebbe giungere alla conclusione della assoluta impossibilità di affermare una responsabilità, proprio a causa della incapacità di fornire un'autentica spiegazione scientifica dell'evento. Detto in altre parole, o si afferma in termini chiari e netti l'esistenza di una certezza scientifica e quindi si adotta la soluzione che si basa su tale certezza, oppure, se si riconosce l'esistenza di una incertezza scientifica, non ha alcun senso chiedere al giudice di merito di adottare una delle due soluzioni e di dare conto della esclusione dell'altra, in quanto il giudice non è in grado, come invece pretende la Corte di Cassazione, «di valutare dialetticamente le specifiche opinioni degli esperti e di motivare la scelta ricostruttiva della causalità», con la conseguenza che se il giudice si adoperasse secondo le indicazioni della Corte, finirebbe egualmente per divenire artefice delle leggi scientifiche invece che fruitore. Più opportuno quindi concludere nel senso della inesistenza di una esplicazione causale scientificamente fondata idonea a fondare una responsabilità penale, o comunque cassare con rinvio al fine di

⁸⁹ BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, tratto da: www.dirittopenalecontemporaneo.it.

appurare se presso la comunità scientifica esiste nella sostanza una legge scientifica⁹⁰.

Il punto merita ulteriore approfondimento, anche perché consente di chiarire meglio i rapporti tra scienza e diritto, tra perito e giudice. Molto spesso si afferma che all'interno del processo le teorie scientifiche di spiegazione causale sono antagoniste tra di loro, con la conseguenza che il giudice deve adottare quella che risulta essere più plausibile. Ebbene, sul punto ci pare di fondamentale importanza distinguere tra "antagonismo probatorio" e "incertezza scientifica". L'antagonismo probatorio si ha quando all'interno di un processo vengono prospettate ipotesi di decorsi causali alternativi, ipotesi però tutte scientificamente fondate. In questi casi non si contesta la portata scientifica di una ricostruzione, bensì si dibatte sulla sua plausibilità sul piano della effettiva verifica storica. Anche in questi casi quindi esiste incertezza, ma non scientifica, concernente la spiegazione delle ipotesi, quanto piuttosto probatoria, relativa cioè alla corrispondenza tra quanto ipotizzato e quanto realmente accaduto. In sostanza le due ipotesi, scientificamente fondate, sono entrambe incerte, in quanto, essendo il fatto irripetibile, risulta di per sé impossibile sapere con certezza assoluta quale ipotesi si è storicamente verificata. Ecco perché è opportuno parlare di antagonismo probatorio. E in queste ipotesi il giudice è "libero" di scegliere l'opzione che, alla luce delle evidenze dei fatti, riterrà maggiormente fondata sul piano probatorio rispetto al caso concreto.

Diversamente, un reale problema di incertezza scientifica sorge quando la stessa spiegazione causale di un determinato decorso viene già in astratto contestata sul piano scientifico. In queste ipotesi ciò che si contesta è la stessa legge scientifica esplicativa del decorso. E la vicenda del

⁹⁰ In quest'ultima prospettiva v. Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010-23 dicembre 2010, Cozzini, cit., 50, la quale però tuttavia successivamente afferma che un nesso può esistere anche in presenza di una legge probabilistica, purché si sia in grado di chiarire «se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali [corsivo nostro]».

mesotelioma rientra proprio in queste ipotesi di incertezza scientifica perché ancora non si è in grado di sapere il rapporto che intercorre tra maggiore esposizione e riduzione della latenza. Qui il giudice non può che alzare le mani e arrendersi davanti alla inesplicabilità del decorso.

Ma ciò che mi preme sottolineare è soprattutto il fatto che per giungere a questa conclusione appena prospettata (differenza tra incertezza scientifica ed antagonismo processuale) si deve adottare un rigoroso modello generalizzante esplicativo, vale a dire un modello che fa del giudice un vero e proprio fruitore delle leggi scientifiche. Detto in altri termini, anche il filone giurisprudenziale in esame, che dà atto dell'incertezza scientifica, ma poi attribuisce comunque al giudice un ruolo di scelta e giustificazione della scelta, tradisce una visione induttiva che ancora una volta sembra trovare le proprie radici proprio nella sentenza *Franzese*. Ed infatti, c'è da chiedersi come opererà il giudice che si trova a dover giustificare l'adozione di una spiegazione invece di un'altra. Quali saranno gli argomenti che utilizza per giustificare la scelta? Ebbene, si deve ritenere che questi argomenti, non potendo essere scientifici, avranno natura induttiva, e quindi si baseranno nella sostanza sulle evidenze fattuali, potendo così giocare un ruolo decisivo la "suggestione" provocata dalla consistente esposizione, rispetto alla quale, però, lo ribadiamo, non v'è certezza scientifica esplicativa. E non pare un caso che la Corte parli di «funzione strumentale e probatoria [il corsivo è nostro]» del sapere scientifico.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, merita quindi apprezzamento una sentenza di merito che non solo giunge «coraggiosamente» all'esclusione del nesso di causalità, giudicando non dotata di un sufficiente grado di certezza l'ipotesi dell'accusa, ma soprattutto suggerisce il problema della valutazione del canone in forza del quale ammettere o non ammettere la sussistenza del nesso causale tutte le volte in cui le leggi scientifiche di copertura non siano in grado di fornire enunciati singolari esplicativi capaci di sorreggere in termini di

(quasi) assoluta certezza l'implicazione causale⁹¹.

Si può quindi concludere che i margini per affermare una responsabilità penale rispetto al mesotelioma sono molto ristretti: perché ciò sia possibile, posto che v'è certezza in ordine alla bassi dosi innescanti e alla lunga latenza, è necessario che si sia in grado di individuare al di là di ogni ragionevole dubbio il periodo in cui è stata inalata tale dose, periodo che non deve aver conosciuto una successione nelle posizioni di garanzia".

Tanto da portare ad affermare che "a ben vedere, a me pare che il vero, grande responsabile delle morti da amianto sia soprattutto lo Stato, la dimensione pubblica, le istituzioni, il cui operato è caratterizzato da estrema lentezza e sostanziale disinteresse. Due i profili che devono far riflettere: da un lato, il nostro Paese si è sempre adeguato con discreto ritardo alle normative europee concernenti l'utilizzo dell'amianto; dall'altro lato, nonostante la presenza di numerosi studi condotti anche da scienziati italiani e pubblicati su riviste scientifiche italiane, il potere pubblico non si è mai adoperato per assumere tali conoscenze come base per le proprie scelte politiche. E la vicenda assume contorni davvero oscuri, se non inquietanti, nel momento in cui si considera che la maggior parte delle imprese che hanno utilizzato amianto sono state soprattutto imprese riconducibili in termini più o meno diretti allo Stato (es. Ferrovie dello Stato etc.)", pervenendo così ad un giudizio conforme a quanto già da noi prospettato in precedenza⁹².

⁹¹ Trib. Milano, 20 dicembre 1999, Montigelli, in *Foro ambr.*, 2000, 293 s., con nota di F. MUCCIARELLI, *Colpa e causalità: una sentenza contro il brocardo* "qui in re illicita versatur, teneatur etiam pro casu", *ivi*, 2000, 294 ss.; soluzione avallata poi da Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 2003-2 maggio 2003, Chilibrati, in *Foro ambr.* 2003, 303, con nota di F. MUCCIARELLI, *La Corte di Cassazione e la causalità omissiva: il termine d'una contrastata vicenda*, *ivi*, 2003, 303 ss.

⁹² "Lo Stato dimentica l'amianto killer", edito dal Comitato per la Difesa della Salute nei Luoghi di Lavoro e nel Territorio, Sesto S. Giovanni (MI), marzo 2009.

Questa soluzione, che porterebbe alla impossibilità di poter ipotizzare la sussistenza dell'illecito penale nel caso di insorgenza di mesotelioma con totale obliterazione degli strumenti di tutela penale dissuasivi e preventivi, che porterebbero ad affermare la incapacità dello Stato a reprimere le condotte di coloro che non hanno ottemperato a norme risalenti in tutela della salute e della integrità psicofisica dei prestatori d'opera e dei cittadini, non è condivisibile, perché negherebbe tutela alla persona umana, di cui la vita e l'integrità psicofisica sono il presupposto indispensabile, aggravando già quell'inadempimento agli obblighi comunitari ed internazionali, oltre che costituzionali, posti già in evidenza, e la stessa Corte di Cassazione sembra uscire dal vicolo cieco, attraverso la sentenza sempre della IV Sezione penale, del 07.04.2011, n. 13758, *"nella verifica dell'imputazione causale dell'evento occorre dare corso ad un giudizio predittivo, sia pure riferito al passato: il giudice si interroga su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli veniva richiesta. Detta valutazione risulta di maggiore complessità in riferimento alla fattispecie omissiva, nella quale il giudice, al fine della evidenziata ricostruzione controfattuale del nesso causale, si interroga in ordine all'evitabilità dell'evento, per effetto delle condotte doverose mancate che, naturalisticamente, costituiscono un "nulla". Ebbene, in conformità all'insegnamento delle Sezioni Unite, la giurisprudenza di legittimità ha da ultimo enunciato il carattere condizionalistico della causalità omissiva, indicando il seguente itinerario probatorio: il giudizio di certezza del ruolo salvifico della condotta omessa presenta i connotati del paradigma indiziario e si fonda anche sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e culmina nel giudizio di elevata "probabilità logica". La Suprema Corte ha, in particolare, evidenziato che "le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere in qualche caso superate nel crogiuolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto quando l'apprezzamento conclusivo può essere espresso in termini di elevata probabilità logica"* (Cass. Sez. IV sentenza n. 43786 del 17.9.2010, dep. 13.12.2010, n. m.). Preme, peraltro, rilevare che nella sentenza

da ultimo citata, la Suprema Corte ha pure ribadito che, nella materia che occupa, sussiste il pericolo di degenerazioni di tipo retorico "che imprimono arbitrariamente il suggello dell'elevata probabilità logica su ragionamenti probatori che rimangono altamente incerti quanto al carattere salvifico delle condotte mancate e che non si confrontano adeguatamente con le particolarità della fattispecie concreta".

Sicché, anche senza una legge generale, universalmente riconosciuta, si attribuisce al Giudice la capacità di raggiungere qual convincimento fondato sulla certezza logica e processuale di responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio (secondo i principi di cui a Cass. pen. Sez. IV, n. 43786 del 2010), senza che il Giudice divenga da fruitore l'artefice della stessa legge scientifica, in opposizione al principio sancito dalla stessa Corte regolatrice con la sentenza della IV Sez. Penale, n. 38991 del 2010.

Perché diversamente opinando e nel seguire le conclusioni formulate dal Bartoli⁹³, verrebbero meno i presupposti stessi del principio di legalità e al precetto costituzionale di riconoscimento e tutela della persona umana (art. 2), anche il diritto alla salute, come diritto soggettivo e interesse della collettività (art. 32) e degli obblighi di tutela (artt. 2 e 8 Cedu), fino a far crollare l'architettura dell'esercizio della giurisdizione, fondata sul presupposto della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112), ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti, che presuppone la possibilità di poterli far valere in modo efficace e concreto in un processo che sia veramente giusto e che per essere tale con le garanzie della difesa e della personalità della responsabilità penale, deve potere e sapere tutelare anche le vittime (così come dispongono le norme di cui agli artt. 6 Cedu e 47 della Carta di Nizza, e 24 e 111 Cost.), oltre all'aspetto dissuasivo e persuasivo della pena, ai fini non solo di rieducare, ma anche di prevenire condotte che ledono gli interessi penalmente e costituzionalmente garantiti come la salute e l'integrità psicofisica (art. 2 e 8 Cedu, 2 e 32

⁹³ BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: una indagine giurisprudenziale*, in internet: www.penalecontemporaneo.it.

della Costituzione) e l'ambiente (art. 9 e 117 della Costituzione).

In ultimo il Sommo Pontefice, nell'Udienza Generale del 27.04.2011 in Piazza San Pietro, nel rivolgersi a due organismi di tutela delle vittime dell'amianto, le ha incoraggiati *"a proseguire la loro importante attività in difesa dell'ambiente e della salute pubblica"*⁹⁴.

Perché non si può prescindere dal fatto che con l'integrità psicofisica del lavoratore, si ferisce il territorio, dalle falde acquifere, fino all'ambiente, mettendo a rischio un numero indeterminato di persone, le più disparate, sicché nel dipanare il groviglio legato al nesso di causalità, non si può prescindere dall'interesse penalmente protetto e dal suo ancoraggio alle norme costituzionali ed internazionali poste a presidio e tutela della persona umana, e della sua dignità, e di tutti gli altri suoi diritti.

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).

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 pluri offensivi, 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*)⁹⁵ cfr. Antolisei).

⁹⁴ Benedetto XVI, Udienza Generale 27.04.2011, riferito alle associazioni Associazione Vittime Amianto ONLUS, e richiamo all'attenzione quanto già precisato dal Suo Predecessore Giovanni Paolo II *"Uomini e donne del mondo del lavoro, io vi parlo con grande franchezza: Dio sta dalla vostra parte! La fede in lui non soffoca le vostre giuste rivendicazioni, ma anzi le fonda, le orienta, le sostiene. E Dio resta il Supremo Garante dei vostri diritti. Davanti al Suo Tribunale ogni uomo si troverà un giorno per rispondere delle ingiustizie commesse verso i suoi simili"*.

⁹⁵ Un caso esemplificativo è quello all'esame del Tribunale di Torino, cosiddetto Processo Eternit, afferente la condotta di due imputati che violando le

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

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. 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 alla preoccupazione 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.).

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*⁹⁶.

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 co. 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 D.P.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. 26972/08), anche mediante esercizio dell'azione civile nel processo penale (Cass. pen. Sez. VI 16 aprile 2009, n. 16031).

Riteniamo pertanto che se da una parte sussistono effettivamente incertezze e

⁹⁶ 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, Zuccalà, Commentario al Codice penale, cit.*; Cass. pen. Sez. I, 1974/128873, in *Crespi, Stella, Zuccalà, Commentario al Codice penale, cit.*; Cass. pen. Sez. IV, 81/149687, in *Crespi, Stella, Zuccalà, Commentario al Codice penale, cit.*; Cass. 9 aprile 1984 *Carone*, in Cass. pen. 1985, 1380.

oscillazioni giurisprudenziali, specialmente in ordine al nesso di causalità, ai fini della responsabilità penale per i reati di lesione e/o omicidio colposo in caso di mesotelioma, è altrettanto vero che le condotte dei datori di lavoro e dei preposti alla sicurezza integrano i reati di cui agli artt. 434, 437 e 451 c.p., che possono concorrere con le fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p., oppure nel capo di imputazione per quei reati, può essere contestata l'aggravante dell'evento lesivo connesso al verificarsi del disastro e dell'infortunio, con la morte di un numero indeterminato di persone, talché l'insorgenza della patologia non può che essere un'aggravante rispetto ai reati di pericolo così contestati e sussistenti, rispetto ai quali non ci possono essere quelle difficoltà di giudizio, determinate da una sorta di incertezza e di oscillanza della scienza.

Già il Procuratore della Repubblica di Torino, per i moltissimi casi di mesotelioma che si sono verificati tra i dipendenti della società Eternit e tra la popolazione di Casale Monferrato e di altre cittadine contigue agli stabilimenti presenti in tutto il territorio nazionale, sul presupposto della pervasiva diffusione dell'amianto anche fuori degli impianti ove veniva lavorato e alla capacità di incidere negativamente su un gran numero di persone, ha ipotizzato le fattispecie di cui all'art. 434 c.p., con aggravamento a causa dell'evento, e 437 c.p., per la rimozione o omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, sicché la responsabilità penale sussiste, e il nesso di causalità sussiste, in quanto l'evento aggrava il reato, che discende dal rischio dell'interesse penalmente protetto, che integra esso stesso il presupposto di fatto del reato.

Non sono stati contestati i reati di omicidio e lesioni colpose rispetto ai singoli soggetti che hanno contratto il mesotelioma, bensì questi due reati in relazione alle patologie (oltre ai mesoteliomi anche l'asbestosi e i tumori polmonari) insorti tra i lavoratori, e quindi si supera il problema della prova della causalità individuale tra l'esposizione alla sostanza e le singole patologie insorte tra gli esposti, e per configurare la responsabilità penale è sufficiente fornire la prova che l'esposizione abbia cagionato un pericolo per la salute della popolazione.

Fondamentale il fatto che nella formulazione del capo di imputazione la Procura della Repubblica di Torino ha fatto l'elenco di tutti i singoli soggetti, migliaia di persone, che secondo le ipotesi accusatorie sono morti o si sono ammalati in ragione dell'esposizione, sicché agli illeciti di pericolo sono state contestate le aggravanti inerenti il verificarsi degli eventi di "disastro" o "infortunio", per cui non è necessario accertare i singoli nessi di causalità tra l'esposizione da un lato e la morte o le lesioni, dall'altro, essendo sufficiente l'evidenza epidemiologica che l'esposizione all'amianto ha cagionato un danno alla popolazione, e che il Tribunale di Torino⁹⁷ ha recepito con l'ordinanza del 12.04.2010, con la quale ne respingere le richieste delle difese ammetteva le prove necessarie per dimostrare i singoli nessi causali, affermando che *"l'aggravante è costituita dal conseguimento di un infortunio al quale è equiparata la malattia professionale del lavoratore che, tuttavia, non si identifica con le specifiche lesioni personali subite da singoli lavoratori e ben può essere accertato in modo assolutamente impersonale, ad esempio anche attraverso accurate indagini epidemiologiche"*.

Si profila dunque un'affermazione di responsabilità per l'evento (e dunque sulla circostanza aggravante) sulla base della mera evidenza epidemiologica, ma anche se così non fosse (nel senso che non si riuscisse ad affermare la sussistenza del nesso di causalità per la circostanza aggravante) il reato sarebbe comunque configurabile, sulla base della lesione dell'interesse penalmente protetto tale da integrare la sussumibilità dei fatti rispetto alla fattispecie penale incriminatrice e sulla base delle norme di cui agli artt. 434 e 437 c.p..

Così nella richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Paola, a carico degli amministratori e responsabili della sicurezza del gruppo Marlane, nel procedimento n. 529/99 R.G. Notizie di Reato, e n. 540/99 R.G. GIP, che ha trovato accoglimento nell'ordinanza del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di

⁹⁷ Tribunale di Torino, Presidente Dott. Casalbore, ordinanza 12.04.2010, proc. n. 24265/04 R.G. N.R. e n. 5219/08 R.G. Trib..

Paola, in data 12.11.2010⁹⁸, e che ha portato a ipotizzare i reati di cui agli artt. 434 e 437 in uno a quelli di cui agli artt. 589 e 590 c.p., recependo così quanto già da noi sostenuto nella discussione innanzi il Tribunale di Torino⁹⁹, con richiesta di estensione del capo di imputazione, con contestazione a carico degli imputati anche dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p..

Conclusioni

Il quadro testé tracciato, in riferimento al nesso di causalità, induce a ritenere di valorizzare, contrariamente a quanto emerso dall'ultima giurisprudenza della Corte di Cassazione, IV Sezione penale, già con la sentenza 38991 del 2010 e poi 43786 del 2010, il precetto costituzionale, e gli imprescindibili principi fondamentali di tutela della persona umana che presuppongono la vita e l'integrità psicofisica, senza i quali nessun'altro diritto può essere efficace e sussistente, e il rischio gravissimo per la salute umana indotto dall'amianto, e dalla violazione sistematica dei precetti generali e specifici sanciti dal codice civile e dalle leggi speciali già all'inizio del secolo scorso, e nel codice penale, per affermare la necessità di tutela della pubblica incolumità attraverso la repressione dei reati contro l'incolumità personale (libro II, titolo XII, capo 1 del codice penale quale esplicitazione dei precetti di cui agli artt. 2 e 32 della Costituzione), perché in caso contrario affermare l'impunità penale e non tutelare le parti offese, le vittime, destinate a morire da lì a qualche mese a causa del mesotelioma, o a causa di altra patologia tumorale, è intollerabile e delegittima l'orientamento e mina le basi stesse della civile convivenza e del patto

⁹⁸ In accoglimento delle richieste formulate da chi scrive.

⁹⁹ Nel corso dell'udienza preliminare chi scrive nel richiamare anche quanto esposto in *La tutela dell'integrità psico-fisica del cittadino (e del lavoratore) e l'intervento nel processo delle formazioni sociali intermedie*, in www.dirittodei lavori.it, anno IV, n. 1, gennaio 2010, Cacucci Editore, in internet presso: www.csddl.it, aveva chiesto che l'On.le Pubblico Ministero valutasse la possibilità di ipotizzare di contestare anche i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p..

sociale che risulta cristallizzato e pietrificato nella nostra Carta Costituzionale e dello stesso principio di tutela¹⁰⁰ giurisdizionale e di esercizio della giurisdizione, secondo il principio di legalità (che fonda il nostro ordinamento cfr. Corte Costituzionale con la sentenza n. 478 del 30.12.1993¹⁰¹) e del senso della nostra millenaria cultura e civiltà.

¹⁰⁰ Il diritto alla tutela giurisdizionale, da annoverarsi tra i Diritti inviolabili dell'uomo, viene sancito nel nostro Paese dall'articolo 24, comma 1, della Carta Costituzionale, il quale afferma che "*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*". Dottrina e Giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il Diritto di azione non può essere concepito in modo formalistico e astratto, quale mera possibilità o libertà di agire in giudizio, e privo di un'incidenza diretta e concreta sulla struttura e sullo svolgimento del Processo; al contrario esso dev'essere improntato al Principio di effettività, garantendo la concreta attuazione della situazione soggettiva bisognosa di tutela.

¹⁰¹ Secondo la Corte Costituzionale il principio di legalità rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale e necessita, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; questa, a sua volta, in un sistema fondato sul Principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, è salvaguardata attraverso l'azione penale.

Penale del lavoro

LA PREVENZIONE DEL MOBBING SUL POSTO DI LAVORO

di Sergio Di Bitetto

SOMMARIO: 1. Attività di prevenzione. 2. Attività di formazione. 3. Il quadro legislativo di riferimento. 4. La legislazione europea. 5. Il vuoto normativo italiano.

1. Attività di prevenzione

Per “prevenzione” s’intende il complesso delle disposizioni o misure necessarie (anche secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica) per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno.

La prevenzione del mobbing è un elemento di primaria rilevanza se si vuole migliorare la vita lavorativa, il benessere della collettività ed evitare l’emarginazione sociale, ragion per cui i datori di lavoro non devono aspettare che siano le vittime a lamentarsi, ma devono intervenire tempestivamente prima che l’ambiente lavorativo sia “invaso” dal mobbing, inteso quale “malattia dello stesso”.

La prevenzione deve riguardare l’ambiente di lavoro inteso come attività *ex ante*, nel senso che già dal momento della selezione e reclutamento del personale, è necessario prestare molta attenzione agli aspetti caratteriali dei candidati rispetto all’occupazione ed alle mansioni che si apprestano a svolgere.

È molto importante affidare ruoli di responsabilità e di leadership a soggetti capaci di gestire conflitti, in quanto il mobbing è maggiormente configurabile laddove sussistano zone d’ombra nel sistema organizzativo aziendale.

A tal fine, l’imprenditore dovrà monitorare ogni singolo rapporto al fine di eliminare *ex ante* possibili cause di mobbing, lesive sia per l’integrità psico-

fisica dell’individuo che per l’attività professionale dell’imprenditore.

Il primo passo da compiere è assicurare il miglioramento dell’ambiente di lavoro sotto l’aspetto psicosociale, coinvolgendo in tale strategia i lavoratori e i loro rappresentanti con l’obiettivo di ottenere un risultato positivo.

In primis, si dovrebbe cercare di dare maggior risalto allo status di lavoratore, lasciando al medesimo la possibilità, nei limiti dell’autonomia professionale, di organizzare le modalità di esecuzione del proprio lavoro, provando il più possibile a ridurre l’entità delle attività monotone e ripetitive; ancora, si dovrebbero assegnare ruoli e mansioni ben determinate a ciascun lavoratore cercando di favorire la partecipazione professionale e morale del lavoratore alle scelte aziendali.

2. Attività di formazione

Strettamente connessa alla prevenzione è l’attività di formazione.

La formazione a tutti i livelli è la base per risolvere o limitare i problema del Mobbing.

Si deve intervenire a livello aziendale, con specifiche modalità formative di gestione del conflitto e del mobbing; a livello professionale, rivolgendosi a quei professionisti/operatori del sociale a cui si rivolge una persona con problemi sul lavoro; infine a livello individuale, ossia rivolta alle singole persone, mobbizzate o meno con l’obiettivo di rinsaldare i principi dell’autostima.

Ecco perché H. Ege sostiene la positività del c.d. “allenamento al conflitto” che comprende corsi ed esperienze innovative: l’M-group, i corsi di Autodifesa Verbale, di Egoismo Sano e di Pigrizia Positiva.

L'M-Group consiste in simulazioni di conflitto non guidate in cui ogni partecipante impara a conoscere le reazioni emotive più nascoste, sue e degli altri, che si manifestano tipicamente nei momenti di maggior crisi.

Il corso di Autodifesa Verbale ha lo scopo di insegnare a controbattere in maniera adeguata ai vari attacchi verbali senza scatenare un fatale inasprimento del conflitto.

L'Egoismo Sano mira a "riconquistare se stessi" svincolandosi dalle limitazioni e dalle influenze dell'ambiente circostante.

Il corso di Pigrizia Positiva insegna, in modo costruttivamente provocatorio, a difendersi dallo stress e godersi maggiormente la vita.

Sicuramente la psicologia del lavoro deve essere promotrice del benessere in ambito organizzativo, per la prevenzione, diagnosi e trattamento dei fenomeni legati al disagio psicofisico sul posto di lavoro.

Per la lotta al mobbing bisogna riscoprire la c.d. "cultura organizzativa", intesa come organizzazione globale in cui ogni individuo, dal datore di lavoro al magazziniere, sia consapevole del significato del mobbing, inteso quale fenomeno, malattia o rischio per la popolazione.

Nella maggior parte dei casi, il mobbing deriva da un deficit di organizzazione, motivo per il quale risulta sempre più necessario distribuire e comunicare efficacemente gli standard ed i valori della stessa a tutti i livelli, a cominciare dal management, in modo che siano noti ed osservati da tutti i lavoratori dipendenti.

E' necessario un impegno etico dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti nel creare e mantenere un ambiente in cui non ci sia posto per il mobbing, specificando *ex ante* i tipi di azione accettabili e non.

Il datore di lavoro deve dare un'adeguata pubblicità alle conseguenze dell'infrazione degli standard di comportamento (sanzioni), in modo tale che i mobbers abbiano quale deterrente elementi concreti e le vittime sappiano come e dove poter trovare aiuto o

assistenza nella denuncia di episodi mobbizzanti, nel massimo rispetto del diritto di riservatezza.

3. Il quadro legislativo di riferimento

Non si può continuare ad affrontare il mobbing solo attraverso il ricorso agli artt. 32-41 Cost., 2087-2103 C.C. e ai principi enunciati dalle sentenze della Suprema Corte. Occorre altro, ovvero una normativa *ad hoc* che abbia nell'attività formativa e nel sistema di prevenzione cardini fondamentali nella legislazione anti-mobbing.

Nel contempo, è opportuno evidenziare la previsione, nella nostra legislazione, di una serie di tecniche formative preventive o alcuni corsi appositamente predisposti anche, da ultimo, con il D.lgs. 81/2008 (T.U. sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro).

In Italia, a seguito di accordi tra le parti sociali, sono stati costituiti alcuni "comitati paritetici" sul mobbing con il compito di tutelare la c.d. salute organizzativa anche se, ad oggi, tali organi non hanno effettuato intense attività di tutela così sottolineando l'ennesimo ritardo del nostro Paese di fronte ad un fenomeno sociale in ascesa.

A livello europeo sono state introdotte alcune misure per garantire ed incentivare la sicurezza e la salute dei lavoratori.

In particolare, la direttiva 89/391 del Consiglio contenente le disposizioni di base per la salute e la sicurezza sul lavoro, attribuisce ai datori di lavoro la responsabilità di garantire che i lavoratori dipendenti non soffrano danni per colpa del lavoro, anche come conseguenza del mobbing. Seguendo l'approccio contenuto nella direttiva per l'eliminazione o la riduzione dello stesso, i "nostri" datori di lavoro, in cooperazione con i lavoratori e i loro rappresentanti, dovrebbero agire in maniera adeguata per prevenire i danni connessi al mobbing, valutandone i rischi e prevenendolo anche attraverso l'ausilio di un'apposita normativa che possa poggiare sui principi enunciati dalla Carta

Costituzionale, dal codice civile e dalle legislazioni speciali.

Anche il Parlamento europeo, a sua volta, *“esorta gli Stati membri a rivedere e, eventualmente, a completare la propria legislazione vigente sotto il profilo della lotta contro il mobbing e le molestie sessuali sul posto di lavoro, nonché a verificare e ad uniformare la definizione della fattispecie del mobbing”*.

Oltre al ricorso a strumenti normativi preventivi e repressivi, si richiede una maggiore collaborazione delle parti sociali e delle figure professionali. Essendo il mobbing un fenomeno in costante ascesa, risulta di primaria importanza favorire la promozione di eventi culturali di carattere scientifico-formativo che consentano alla comunità scientifica-psicologica, giuridica, imprenditoriale e sindacale di confrontarsi estendendo anche al mero cittadino le esperienze di prevenzione, diagnosi ed intervento nei confronti del mobbing e degli altri fenomeni di disagio lavorativo, nella consapevolezza che è sempre più necessario operare nel senso della prevenzione e della promozione del benessere lavorativo, piuttosto che intervenire ex post con atti curativi e riparatori che - come nel caso del mobbing - non potranno comunque restituire integralmente al lavoratore vessato il benessere perduto.

Solo con una costante attività di monitoraggio del disagio lavorativo sarà possibile realizzare un'efficace attività di prevenzione e contrasto del mobbing.

Ne consegue che il datore di lavoro potrebbe con maggior frequenza, secondo quanto disposto dall'art. 32 Cost. e dall'art. 2087 C.C., adottare iniziative suggerite dagli *“Osservatori antimobbing”* volte a migliorare le condizioni delle attività lavorative e degli stessi ambienti di lavoro.

Non bisogna sottovalutare come il configurarsi del mobbing comporti la violazione, congiuntamente o meno, di diversi diritti quali il diritto alla salute, il diritto al lavoro, il diritto alla professionalità, il diritto alla parità di genere, il diritto alla diversità e il diritto alla legalità. Tutti questi diritti sono in via principale tutelati e garantiti dall'Unione

Europea, più precisamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale riconosce i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei nonché di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione.

Pertanto, anche in Italia bisogna intervenire, disciplinando il mobbing e prevedendo una serie di azioni e misure idonee a prevenire quella che ormai è definita *“la malattia per eccellenza del sistema lavorativo”*.

4. La legislazione europea

Il nostro Paese non può continuare ad adottare un atteggiamento attendista rispetto ad un *“problema sociale”* che chiede a gran voce di essere disciplinato.

Una legge è necessaria per porre fine alla superficialità nei confronti di un fenomeno naturale e sociale sempre più vivo e diffuso in misura maggiore negli ambienti di lavoro, con l'obiettivo di favorire la sicurezza e la tutela degli stessi, in combinato disposto ai dettami della Costituzione e della normativa nazionale ed europea.

Appare necessario prevedere una normativa specifica per il mobbing così come avvenuto negli altri Paesi dell'Unione Europea dove tale fenomeno è stato, *illo tempore*, oggetto di codificazione.

La Svezia è stato il primo paese ad aver adottato una legge specifica.

Più precisamente, l'Ente nazionale per la Salute e la Sicurezza svedese ha emanato, in data 21 settembre 1993, una specifica ordinanza¹, entrata in vigore il 31 marzo 1994, recante misure contro ogni forma di *“persecuzione psicologica”* negli ambienti di lavoro. La condotta del *mobber* è stata qualificata in *“... ricorrenti azioni riprovevoli o chiaramente ostili intraprese nei confronti di singoli lavoratori, in modo offensivo, tali da determinare il loro*

¹ Ordinanza AFS 1993/17 del 21 settembre 1993, emanata dall'Ente nazionale per la salute e la sicurezza svedese in conformità alla sezione 18 dell'Ordinanza sull'ambiente di lavoro (1977).

allontanamento dalla collettività che opera nei luoghi di lavoro”.

La Francia, in virtù della legge n. 2002/73, è dopo la Svezia il secondo paese comunitario ad essersi dotato di uno strumento legislativo specifico per la lotta contro il *mobbing*, “*l’harcèlement moral*”.

La Norvegia, invece, ha introdotto per la tutela dei lavoratori nei confronti del *mobbing* una specifica previsione sulla tutela dell’ambiente di lavoro ad opera dell’art. 12 della legge del 24 giugno 1994, n. 41, che così recita: “... I lavoratori non devono essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti ...”².

La legge norvegese contiene un riferimento più generico ai comportamenti mobbizzanti, tanto che nella categoria delle molestie sono ricondotte anche le molestie sessuali a differenza di quanto avviene in altri Stati, ad es. Francia³ e Germania⁴, che inglobano le molestie sessuali nelle discriminazioni in ragione del sesso.

L’ordinamento spagnolo, a sua volta, ha approvato una normativa frutto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale; per *acoso moral (mobbing)* si intende “ogni condotta abusiva o di violenza psicologica che si realizza in forma sistematica nei

confronti di una persona nell’ambito lavorativo, che si manifesta in particolare attraverso reiterati comportamenti, parole o atti lesivi della dignità e integrità psichica del lavoratore mettendo in pericolo o degradando le sue condizioni di lavoro”.

Nel diritto austriaco il termine *mobbing* rientra nel piano d’azione per la tutela della dignità nel luogo di lavoro approvato il 16 maggio 1998, ovvero “*tra i comportamenti che ledono la dignità delle donne e degli uomini nel luogo di lavoro vanno annoverati in particolare le espressioni denigratorie, il mobbing e la molestia sessuale. Le collaboratrici devono essere edotte sulle possibilità giuridiche di tutela delle molestie sessuali*”.

Diversamente dall’ordinamento austriaco, quello tedesco non prevede una specifica normativa a difesa delle vittime di *mobbing*, continuando a “tutelare” il lavoratore mobbizzato indirettamente attraverso normative di carattere generale poste a garanzia della salute e sicurezza dei lavoratori⁵.

Anche in Svizzera non è stata ancora emanata alcuna legge specifica sul *mobbing*, indirettamente garantito attraverso l’applicazione di normative a carattere generale poste a tutela della sua integrità psico-fisica⁶.

In Belgio il *mobbing* o “*harcèlement moral*”, così come definito in tutti i paesi francofoni, è frutto solo dell’elaborazione giurisprudenziale.

Nel Regno Unito, più che di *mobbing* si parla di “*bullying at work*” dal verbo inglese “*to bully*” utilizzato nel senso di “fare il prepotente” ma anche come “tiraneggiare qualcuno”. Il “*bully*”

² L’art. 12 della legge 24 giugno 1994, n. 41 così come modificata dalla legge 4 febbraio 1997, n. 4 *Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*, così stabilisce: “*Organizzazione del lavoro – 1. Requisiti generali - La tecnologia, l’organizzazione del lavoro, gli orari di lavoro e di sistemi retributivi devono essere predisposti in modo da non esporre i lavoratori a gravosi sforzi fisici o psichici, o da limitare la loro possibilità di prestare attenzione e di osservare le norme di sicurezza. Vanno messi a disposizione dei lavoratori gli ausili necessari per prevenire gli sforzi fisici. I lavoratori non devono essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti. Le condizioni di lavoro vanno predisposte in modo da fornire ai lavoratori un’opportunità ragionevole per sviluppare la propria professionalità attraverso il lavoro*”.

³ Legge francese 2 novembre 1992, n. 92-1179 relativa all’abuso in materia sessuale sul luogo di lavoro e che modifica il codice del lavoro e il codice di procedura penale.

⁴ *Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz*, legge regionale del *Land Berlin* del 31 dicembre 1990.

⁵ Si fa riferimento ad alcune norme contenute nella Costituzione Federale e nel Codice Civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*), nonché ad altri testi quali il “*Betriebsverfassungsgesetz*” (BetrVG) del 23 dicembre 1988, il “*Hessisches Personalvertretungsgesetz*” (HPVG) ed il “*Bundes Personalvertretungsgesetz*” (BpersVG).

⁶ Si tratta della legge federale sul lavoro, del codice delle obbligazioni, della legge federale sull’uguaglianza tra donne e uomini nonché di alcune disposizioni del codice penale.

rappresenta la persona prepotente, crudele e perversa, incarnando così il “mobber”.

In tal senso, punto di riferimento normativo risulta la legge per la tutela della dignità del lavoratore nei luoghi di lavoro, “*The Dignity at Work Bill*”, che stabilisce all’art. 1 che “*ogni lavoratore ha diritto al rispetto della propria dignità sul lavoro*”. Il datore di lavoro viene considerato responsabile di violazione di tale diritto “*ogni qual volta il lavoratore venga esposto, durante il rapporto di lavoro, a molestia da parte dello stesso datore di lavoro o al bullying o ad ogni altro atto, omissione o condotta che causi allarme o timore nel lavoratore*”.

5. Il vuoto normativo italiano

In Italia, allo stato attuale, i giudici chiamati a valutare i casi sottoposti, qualora rilevino la configurabilità del mobbing, sono costretti a far ricorso a norme non specifiche dell’ordinamento, per dimostrare la fondatezza della richiesta del lavoratore.

La società ed i problemi ad essa connessi, lavoro in primis, richiedono necessariamente l’elaborazione di una disciplina sul mobbing, al fine fungere da deterrente rispetto a maltrattamenti psicologici e vessazioni nell’ambito dell’attività professionale di ogni individuo.

Si tratta di un fenomeno che richiede l’ausilio non solo di giuristi, esperti delle dinamiche giuslavoriste, ma anche di medici specializzati sui quali grava l’onere di dimostrare il nesso eziologico tra la condotta mobbizzante subita dal lavoratore e la conseguente patologia accusata dallo stesso. L’accertamento del nesso di causalità tra la condotta mobbizzante e le lesioni subite dal soggetto è causa di disparità nei giudizi per l’accertamento della responsabilità. Da ciò deriva la necessità di stabilire delle regole precise che assicurino un giudizio certo sulla base di una normativa giuridica che disciplini tale fenomeno.

Inoltre anche la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha rilevato

ripetuti casi di mobbing, riconoscendo la pericolosità, le dinamiche e le problematiche collegate al suddetto fenomeno.

Pertanto, non può essere ulteriormente posticipata l’entrata in vigore di una normativa al riguardo che tuteli il lavoratore nei confronti dell’ambiente lavorativo, dal datore di lavoro al dirigente, dal collega al sottoposto; bisogna esplicitamente ed espressamente, nel corpus iuris, contrastare e sanzionare costanti e reiterati comportamenti ostili finalizzati a discriminare e perseguire psicologicamente il lavoratore così da provocargli una mortificazione morale e una lesione dell’integrità psicofisica, con conseguente emarginazione volontaria dall’ambiente lavorativo.

I danni subiti dal lavoratore possono riguardare sia la sfera patrimoniale (professionalità) che la sfera non patrimoniale (morale, esistenziale, biologico).

Anche il contesto familiare può sicuramente subire, più o meno indirettamente, le umiliazioni sofferte dal congiunto nell’ambiente lavorativo poiché il lavoratore mobbizzato trasferisce la propria insoddisfazione e sofferenza anche nelle relazioni familiari; ciò incide sulla serenità dei rapporti del mobbizzato con i propri parenti, i quali si ritrovano a subire le conseguenze della condotta mobbizzante posta in essere ai danni del proprio familiare.

Nel rispetto dei principi costituzionali e dell’Unione Europea, non può sottovalutarsi l’importanza dello status del lavoratore e dei diritti di sua spettanza, tra tutti salute, dignità e professionalità.

Al riguardo non bisogna dimenticare che, ai sensi dell’art. 2087 cod. civ., l’imprenditore, nell’esercizio della sua attività, deve adottare una serie di misure finalizzate alla tutela dell’integrità fisica e della personalità morale dei propri lavoratori.

Sarebbe necessario prevedere un’attività di prevenzione, controllo e supporto nella valutazione del mobbing, al fine di responsabilizzare maggiormente i

datori di lavoro rispetto alle proprie scelte spesso configgenti con il rispetto dello status di lavoratore.

Perché la prevenzione?

Essa rappresenta uno strumento fondamentale se si vuole migliorare la vita lavorativa, il benessere della collettività ed evitare l'emarginazione sociale, obiettivi per i quali i datori di lavoro devono agire tempestivamente prima che l'ambiente di lavoro sia "inghiottito" dal mobbing, inteso quale "malattia dell'ambiente lavorativo".

La prevenzione deve riguardare l'ambiente di lavoro nel suo complesso, attraverso un esame ex ante di ogni fase o dettaglio, poiché già dal momento della selezione e reclutamento del personale, bisogna analizzare gli aspetti caratteriali dei candidati rispetto al ruolo che intendono ricoprire.

La necessaria prevenzione potrebbe rappresentare quel *quid pluris* nello studio del mobbing, sempre più protagonista in negativo della nostra società e delle sue varie sfaccettature.

In conclusione, è auspicabile un intervento celere e proficuo da parte degli addetti ai lavori poiché il contesto storico, sociale, culturale e lavorativo, non permette un ulteriore ritardo nell'affrontare e disciplinare una delle principali insidie per l'integrità psico-fisica di ogni individuo.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Giurisprudenza di merito

ILLEGITTIMITA' DEL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE GIORNALISTA

di Tiziana Valeriana de Virgilio

Tribunale di Bari - Sez. Lavoro
Sentenza 1 marzo 2011 n. 3262
(Giudice dr.ssa Rubino)

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 25\3\1999 il ricorrente adiva il Giudice del Lavoro per sentir:

1 - Accertare e dichiarare di aver prestato attività di lavoro subordinato alle dipendenze della Edizioni del Roma s.r.l. dal 19\10\96 al 13\4\98, e che l'attività lavorativa si è svolta presso la redazione barese del quotidiano "R.";

2 - Accertare e dichiarare di essere stato illegittimamente licenziato in data 13\4\98.

3 - Conseguentemente, accertare e dichiarare il proprio diritto all'inquadramento contrattuale, con le medesime decorrenze, secondo il CCNL Giornalisti attualmente vigente, come redattore di prima nomina dapprima, ed in seguito, dal febbraio 1997, come caposervizio; ovvero altro inquadramento ritenuto di giustizia;

4 - Accertare e dichiarare la nullità, ovvero la inefficacia nei propri confronti di ogni eventuale contratto di appalto di servizi intercorso e/o ancora intercorrente tra la Edizioni del R. s.r.l. e la E. s.r.l., con ogni conseguenza di legge; in particolare, accertare e dichiarare che la Edizioni del R. s.r.l. ha interposto fittiziamente tra sé ed esso istante, ai sensi dell'art. 1 della legge 1369\60, la E. s.r.l., con sede in (...).

Conseguentemente:

5 - Condannare la Edizioni del R. s.r.l., al pagamento in proprio favore, della complessiva somma di lire 135.656.565 (per differenze retributive, straordinario, indennità di ferie non godute, di mancato preavviso e T.F.R. mai corrisposto, oltre che per la rivalutazione monetaria e gli interessi calcolati sino al 26\10\98), oltre ulteriori interessi e rivalutazione

dal 27\10\98 sino al soddisfo; ovvero di altra somma, maggiore o minore ritenuta di giustizia;

6 - dichiarata la illegittimità del licenziamento intimato oralmente in data 13\4\98, ordinare alia Edizioni del R. s.r.l., la propria riassunzione, entro tre giorni, nelle medesime mansioni e funzioni svolte in precedenza, ovvero, in mancanza, condannare la medesima Società al pagamento di una indennità pari a sei volte l'ultima retribuzione mensile globale di fatto, oltre accessori; ovvero, in subordine, altra somma quale ritenuta di giustizia;

7 - Condannare la Edizioni del R. s.r.l., alla regolarizzazione previdenziale, contributiva ed assistenziale del rapporto presso l'I.N.P.G.L. in relazione al periodo dedotto in giudizio da statuirsi nel contraddittorio dell'I.N.P.G.L.;

8 - Condannare infine la Edizioni del R. s.r.l., alla rifusione delle spese di lite.

In subordine:

9 - ove accolte le domande di cui ai punti 1, 2 e 3, ma rigettata la domanda sub 4, adottare i provvedimenti di condanna di cui ai punti 5, 6, 7 e 8 in danno della E. s.r.l.; inoltre, adottare i medesimi provvedimenti anche, in via solidale, in danno della Edizioni del R. s.r.l., nei limiti di cui all'art. 3 della legge 1369\60 e all'art. 1676 c.c.

In fatto il ricorrente assumeva di aver prestato attività di lavoro subordinato, quale giornalista, presso la redazione barese del quotidiano "R.", in (...), dal 19\10\96 al 13\4\98, osservando il seguente orario di lavoro: dal lunedì al sabato, per almeno otto ore giornaliere, distribuite nella mattina e nel pomeriggio, in media dalle 9.00 alle 13.00 e dalle ore 16.00 alle 20.00; e di aver effettivamente svolto le seguenti mansioni: dall'inizio del rapporto (19\10\96) a fine gennaio 1997: redattore, addetto alle cronache regionali e nazionali, con incarico di seguire e riferire sulle notizie provenienti dalla amministrazione della Regione Puglia; dal febbraio 1997 alla cessazione del rapporto (13\4\98): caposervizio, con incarico di curare tutta la realizzazione delle pagine dedicate alla provincia di (...),

coordinando l'operato dei collaboratori esterni della provincia jonica. Il tutto continuando a seguire e a riferire delle cronache regionali e dell'amministrazione della Regione Puglia.

Il lavoratore esponeva altresì di aver scritto numerosissimi articoli, tutti pubblicati sul quotidiano "R.", che offriva in produzione; di essere stato continuativamente a disposizione del datore di lavoro, rimanendo in redazione per tutto l'orario di lavoro ed anche oltre.

Riferiva altresì che in relazione alla attività svolta all'interno della redazione del quotidiano R., il Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti di (...) aveva provveduto a rilasciare la attestazione di compiuta pratica.

Il ricorrente esponeva di aver prestato tale attività lavorativa in assenza di qualsivoglia copertura assicurativa e previdenziale, oltre che in assenza di un regolare contratto di lavoro; riferiva di aver ricevuto sporadici e infimi acconti sulla retribuzione maturata, anziché dall'editore effettivo datore di lavoro, (Edizioni del R. srl.), da un soggetto diverso e distinto, tale "E." s.r.l.. Riferiva che sotto la promessa di una futura regolarizzazione della posizione, gli erano state fatte sottoscrivere delle ricevute per "cessione di diritti di autore" (che esibiva); e sul punto sosteneva che tale equivoca formula era stata utilizzata dal soggetto erogatore (E. s.r.l.) al fine di eludere la normativa in tema di lavoro subordinato.

Il lavoratore esponeva che una volta cessato il rapporto, e contestata l'esistenza del credito retributivo all'editore (con nota del 12/6/98), questi aveva risposto confessando che la redazione del quotidiano barese "R." era stata affidata in appalto di servizi, dalla "Edizioni del R." s.r.l. alla "E." s.r.l..

Deduceva quindi la interposizione fittizia del soggetto E. e quindi chiedeva la condanna di entrambi (committente e appaltatore) al pagamento delle seguenti somme come da conteggi allegati e notificati: retribuzioni: 61.409.048; 13° mensilità: 4.458.435; Straordinario: 26.821.405; Ferie non godute: 2.880.103; Mancato preavviso: 24.827.616; T.F.R. 6.585.734; per un totale di lire 126.982.341, oggi pari a € 65.580,91 oltre accessori.

In merito al licenziamento oralmente comminatogli, rivendicava, a titolo di penale quale prevista dalla cd. tutela obbligatoria per la illegittima risoluzione del rapporto la somma

pari a lire 23.647.158, oggi pari a € 12.212,74, oltre accessori.

Infine chiedeva condannarsi le parti resistenti alla regolarizzazione della propria posizione previdenziale presso l'INPGI (Istituto assicurativo della copertura previdenziale in favore della categoria giornalistica).

In via istruttoria deferiva interrogatorio formale alla Edizione del R. e chiedeva prova per testi sui fatti di causa.

Si costituiva la Edizioni del R. srl, la quale confermava la esistenza dell'appalto di servizi, contestava la sussistenza di alcun rapporto di lavoro con il ricorrente e chiedeva il rigetto della domanda;

si costituiva la E. srl, contestando la pretesa e chiedendo il rigetto della domanda;

si costituiva altresì l'INPGI che, con domanda riconvenzionale, chiedeva, in caso di accoglimento della domanda, la condanna delle società resistenti al pagamento dei relativi contributi previdenziali.

Ammessi gli interrogatori formali e la prova per testi, veniva assunto l'interrogatorio formale del ricorrente; quanto all'interrogatorio del legale rappresentante della Edizioni del R., dopo numerosi rinvii disposti al fine di consentire la comparizione del legale rappresentante della società, veniva dato atto della mancata comparizione;

veniva disposto con riferimento alla mancata comparizione del legale rappresentante della E.; in seguito alla dichiarazione dell'intervenuto fallimento di tale società, il giudizio veniva interrotto.

Riassunto ritualmente il giudizio e notificata alle controparti l'istanza ed il decreto di comparizione, si costituiva solo l'I.N.P.G.L., mentre le altre due società restavano contumaci; venivano dunque escussi i testi di parte ricorrente.

Dato in seguito atto della tardiva costituzione della Edizioni del R. srl, alla odierna udienza previa discussione, la causa è stata decisa come da separato dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda merita accoglimento.

Va preliminarmente dichiarata la contumacia della Curatela fallimentare della E. in quanto, sebbene ritualmente citata, non si è costituita.

Nel contempo va altresì dichiarata la tardiva costituzione del Fallimento della Edizione del R..

Ciò premesso, occorre affrontare partitamente le varie questioni che il ricorrente ha proposto.

1. Circa **la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato di tipo giornalistico**, la tesi attorea deve ritenersi fondata.

In diritto é opportuno richiamare il critero della subordinazione attenuata ritenuto il metro più accreditato e congruo per qualificare il servizio giornalistico, in ragione del tipo “intellettuale e/o creativo della prestazione”, delle mansioni svolte con “un certo margine di autonomia” e del “carattere collettivo dell’opera” (Cass. 9.9.2008 n. 22882). Infatti costituisce insegnamento sovente ribadito dalla Suprema Corte, quello secondo il quale *l’elemento della subordinazione del giornalista risulta attenuato in quanto prevale quello della collaborazione*, con la conseguenza che elementi distintivi sono essenzialmente *la continuità e la responsabilità del servizio, che ricorrono quando il giornalista abbia l’incarico di trattare in via continuativa un argomento o un settore di informazione e metta costantemente a disposizione la sua opera, nell’ambito delle istruzioni ricevute* (Cass. n. 6727 del 16/5/2001, che ha aggiunto: *non rilevando in contrario né la commisurazione della retribuzione alle singole prestazioni, né l’eventuale collaborazione del giornalista ad altri giornali, né la circostanza che l’attività informativa sia soltanto marginale rispetto ad altre diverse svolte dal datore di lavoro ed impegni il giornalista anche non quotidianamente e per un limitato numero di ore*). Più di recente, la Corte Regolatrice ha ribadito la compatibilità di un *notevole grado di autonomia goduto dal lavoratore-giornalista*, statuendo che *la non quotidianità della prestazione e l’autonomia del suo svolgimento costituiscono carattere peculiare del rapporto di lavoro giornalistico, di cui si tiene conto in sede di contrattazione collettiva nel determinare la misura delle retribuzioni* (Cass. n. 6983 del 9/4/2004).

Dunque nel caso di un rapporto di lavoro giornalistico (così come accade in genere per le professioni di tipo intellettuali) la subordinazione si attaglia a caratteri peculiari, più morbidi.

Quanto agli indici utili a rilevare lo stabile inserimento del giornalista nell’organizzazione

aziendale, la giurisprudenza segnala dunque *“l’incarico di trattare in via continuativa un argomento o un settore di informazione”* (Cass. 16.5.01 n. 6727), così soddisfacendo in modo duraturo l’esigenza aziendale di curare una rubrica (Cass. 13.6.87 n. 5223).

Dalla *ratio* essenzialmente funzionale di tale criterio di individuazione del collaboratore fisso, deriva - come evidenziato nelle pronunce richiamate - che la natura subordinata della prestazione é compatibile sia con una certa libertà di movimento, sia con la mancanza di un orario predeterminato, sia con la retribuzione commisurata alle singole prestazioni (Cass. 2.4.09 n. 8068).

Ne deriva che: *“Ai fini dell’accertamento della subordinazione in un rapporto di collaborazione giornalistica, poiché il comportamento delle parti dopo la conclusione di un contratto di durata ha una rilevanza prevalente rispetto alla volontà iniziale manifestata dal nomen iuris, sono decisivi la continuità della prestazione e il vincolo di dipendenza”*. (Cass. civ., sez. lav., 25-06-2009, n. 14913 dove la natura subordinata

della prestazione é stata affermata in quanto il giornalista era presente in redazione tutti i giorni, rispettava l’orario di lavoro comune agli altri addetti al medesimo servizio, attuava le direttive del caporedattore e del caposervizio, era soggetto a richiami verbali e scritti, disponeva di una postazione propria e fruiva dei riposi previsti dalla contrattazione collettiva).

A ciò si aggiunga quanto previsto nel contratto collettivo dei giornalisti (esibito in stralcio) dove la materia é così disciplinata:

Le norme del presente contratto si applicano anche ai collaboratori fissi, cioè ai giornalisti addetti ai quotidiani, alle agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, ai periodici, alle emittenti radiotelevisive private e agli uffici stampa comunque collegati ad aziende editoriali, che non diano opera giornalistica quotidiana purché sussistano continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio.

Agli effetti di cui al comma precedente sussiste:

- *continuità di prestazione allorché il collaboratore fisso, pur non dando opera quotidiana, assicuri, in conformità del mandato, una prestazione non occasionale, rivolta a soddisfare le esigenze formative o informative riguardanti uno specifico settore di sua competenza;*

• *vincolo di dipendenza allorquando l'impegno del collaboratore fisso di porre a disposizione la propria opera non venga meno tra una prestazione e l'altra in relazione agli obblighi degli orari, legati alla specifica prestazione e alle esigenze di produzione, e di circostanza derivanti dal mandato conferitogli;*

• *responsabilità di un servizio allorquando al predetto collaboratore fisso sia affidato l'impegno di redigere normalmente e con carattere di continuità articoli su specifici argomenti o compilare rubriche.*

Le norme del presente contratto si applicano altresì ai giornalisti che prestano soltanto opera di collaboratori o di articolisti con i quali l'editore abbia esplicitamente convenuto tale applicazione per iscritto.

Il collaboratore fisso ha diritto ad una retribuzione mensile proporzionata all'impegno di frequenza della collaborazione ed alla natura ed importanza delle materie trattate ed al numero mensile delle collaborazioni. Tale retribuzione ivi comprese in quanto di ragione le quote di tutti gli elementi costitutivi della retribuzione medesima non potrà comunque essere inferiore a quella fissata nella tabella allegata al presente contratto rispettivamente per almeno 4 o 8 collaborazioni al mese. Limitatamente ai collaboratori fissi addetti ai periodici nella tabella allegata al presente contratto è fissata anche la retribuzione minima per almeno 2 collaborazioni al mese.

Alla luce della normazione richiamata e dei principi statuiti dalla supremo Collegio, peraltro seguiti costantemente dalla giurisprudenza di merito (trib. Milano 24.11.06 Milillo c/RCS Periodici), che il vincolo di subordinazione nel lavoro giornalistico va ravvisato, da un lato, nella sottoposizione tecnico-gerarchica (seppur attenuata data la natura squisitamente intellettuale delle prestazioni, caratterizzate da creatività e autonomia) del giornalista al potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro e, dall'altro, nella costante messa a disposizione dell'editore della prestazione lavorativa, anche nell'intervallo tra una prestazione e l'altra.

Orbene, ciò in diritto premesso, occorre tener conto della copiosa documentazione esibita che dimostra, a parere di questo giudice, già di per sé la sussistenza di una collaborazione quotidiana non riferibile ad uno schema autonomo; peraltro,

la esibite delibera di Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti che ha accertato lo svolgimento della pratica professionale, è ulteriore conferma di una presenza quotidiana del ricorrente in redazione. Infine, la formula formalmente adottata per giustificare il pagamento dei compensi in favore del ricorrente (ricevute su cessioni di diritti di autore) ovviamente denota già di per sé, nella sua ingenua formulazione, il discutibile tentativo di coprire il versamento di compensi in forma sottoposta alla sola ritenuta di acconto. La continuità degli stessi, poi, enuclea anche il requisito del pagamento periodico della retribuzione.

Ma, venendo in particolare, agli esiti della svolta istruttoria, è doveroso considerare la circostanza della mancata presentazione a rendere l'interrogatorio formale.

A tale specifico proposito va sottolineato come la società del R. ha in un primo momento richiesto al giudice di consentire l'interrogatorio formale di un procuratore speciale e, sul punto questo giudice, sulla scorta di quanto Cass. 23-12-1998, n. 12843 statuisce laddove precisa che: *L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere a esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 c.p.c.*, ha rigettato la istanza; in seguito, la ripetuta mancata comparizione del legale rappresentante è stata giustificata con presunti impegni parlamentari.

Tuttavia, posto che il generico riferimento alla qualità di parlamentare non esclude ovviamente la necessità di presentarsi dinanzi al Magistrato del Lavoro che abbia convocato la parte ai fini dell'interrogatorio, e posto che nel processo civile non esiste una norma paragonabile all'art. 486 del codice di procedura penale norma sul cui tenore letterale si è sviluppata la giurisprudenza in tema di assenza ingiustificata (Trib. Brescia, 23-11-1995 (imputato: Sgarbi); in *Foro it.*, 1996, I I, 432), di fatto nessuno è comparso o ha giustificato il proprio impedimento nelle udienze successive alla ordinanza del 12/3/2001; anzi tale società è rimasta a lungo contumace dopo la riassunzione del giudizio. La parte (On. I.B.) si è quindi sottratta senza alcuna giustificazione a rendere il deferito interrogatorio.

Quindi la mancata comparizione del legale rappresentante della Edizioni del R. srl è un fatto pacifico; così come lo è quella del legale

rappresentante della E., almeno sin quando questa società é stata *in bonis*.

Sulle conseguenze della mancata comparizione in presenza di un quadro documentale già precostituito si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione Cass. Civ., sez. un., 29-04-2008, n. 10827, Molino c. Soc. coop. Progetto lavoro statuendo che: *“I documenti formati dalla stessa parte che li produce, se caratterizzati da un apprezzabile grado di specificità, possono assumere valenza indiziaria e costituire una risultanza di riferimento sufficiente a consentire al giudice di ritenere per ammessi, ai sensi dell’art. 232, 1° comma, c.p.c., i fatti dedotti nell’interrogatorio cui la parte non abbia risposto”*.

Più in generale, va richiamato il principio base di cui all’art. 232 c.p.c. secondo il quale in ipotesi quale quella in esame, il giudice può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell’interrogatorio formale, valutato ogni altro elemento di prova.

Il giudice dunque, ha la facoltà, non l’obbligo, di ritenere ammessi i fatti dedotti nel mezzo istruttorio de quo, sempre previa valutazione degli altri mezzi di prova acquisiti (Cass. 30.7.88 n. 4790). Trattasi evidentemente non di un effetto automatico, ma del risultato di una più ampia valutazione dell’intero quadro probatorio acquisito riconducibile al più ampio ambito del comportamento della parte nel processo al quale il giudice può riconnettere valore di ammissione dei fatti dedotti e, perciò, di prova (cfr. per tutte, Cass. n. 11233 del 1997: *“L’art. 116 cod. proc. civ., disciplinando la valutazione delle prove, dispone che il giudice deve valutare secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge non disponga altrimenti (comma 1); aggiunge che egli può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno nel corso dell’interrogatorio non formale, dal rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato ed in genere dal contegno mantenuto dalle parti nel processo (comma 2). L’art. 232, comma 1, dello stesso codice stabilisce a sua volta che se la parte, di cui é stato ammesso l’interrogatorio formale, non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti che sono stati dedotti nell’interrogatorio. Il problema posto dalla sentenza impugnata e dalle critiche che le*

vengono rivolte é se, quante volte il giudice ritenga di non considerare ammessi i fatti dedotti nell’interrogatorio, ed a ciò pervenga in base alla considerazione che, per sé, in quel caso, il fatto della mancata risposta all’interrogatorio non si presti ad essere valutato come ammissione, la sentenza presenti un vizio di violazione delle norme richiamate. La Corte ritiene che ciò sia da escludere. La mancata risposta all’interrogatorio rappresenta un fatto, qualificato, riconducibile al più ampio ambito del comportamento della parte nel processo, cui il giudice può riconnettere valore di ammissione dei fatti dedotti e così di prova, ma che resta tuttavia soggetto alla sua prudente valutazione ed al quale quindi il giudice, senza incorrere in violazione della legge processuale, può negare nel caso concreto quel valore. Certo, quante volte la legge processuale attribuisce al giudice un potere e le parti chiedono che egli lo eserciti il giudice ha il dovere di dare conto delle ragioni della sua scelta).

Allo stesso modo la Suprema Corte ha ritenuto che l’esposto principio non subisca deroghe nel caso in cui il convenuto contumace, ritualmente raggiunto dalla notifica del verbale di ammissione della prova, non si presenti a rendere l’interrogatorio formale (cfr. Cass. n. 1649 del 1996).

Ed ancora, una recente sentenza del Tribunale di Bolzano, sez. Lav. 3 aprile 2006 ha statuito che *“se la parte non si presenta all’interrogatorio il giudice deve astenersi da qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestate e dovrà ritenerlo sussistente, proprio perché l’atteggiamento difensivo delle parti, elimina il fatto stesso dall’ambito degli accertamenti richiesti, in ossequio ai principi di concentrazione, immediatezza ed oralità che informano il nostro sistema processuale”*.

Nel caso oggetto del presente giudizio, gli elementi istruttori dunque da valutare oltre a quanto evidentemente statuito dall’art. 232 c.p.c. al fine di ritenere come ammessi i fatti dedotti nell’interrogatorio sono costituiti dalla prova testimoniale confermativa della prospettazione delle circostanze di fatto operata con il ricorso. Dichiarazioni peraltro, uniche, precise e concordanti.

Il teste: S.B.: *Confermo che il sig. M.D. ha lavorato presso la redazione barese del quotidiano R., nel periodo dall’ottobre 1996 all’aprile 1998; tanto posso riferire in quanto anche io nello stesso periodo lavoravo lì. Eravamo colleghi e svolgevamo attività lavorativa nella stessa stanza, in via (...), a (...); confermo che l’orario di lavoro, comune anche a me, era articolato all’incirca per otto ore giornaliere dal lunedì al sabato, in media dalle 8.00 alle 13.00 e nel*

pomeriggio dalle 16.00 alle 20.00; molto spesso capitava di lavorare oltre gli orari che ho indicato, per necessità di redazione. Le mansioni espletate dal Sig. D. quando ha iniziato a prestare attività lavorativa erano quelle di giornalista redattore: egli seguiva gli eventi della cronaca amministrativa e politica della Regione Puglia, li recandosi per interviste, conferenze stampa, per seguire le riunioni del Consiglio Regionale e della Giunta Regionale. Poi tornava in redazione e redigeva i relativi articoli; questa attività, inizialmente, era diretta dal Sig. V.C., capo redazione, il quale coordinava la attività dei giornalisti. Molto spesso le direttive erano date direttamente dal Direttore editoriale G.T.; oltre a costoro, D. riferiva anche all'Onorevole G.M., responsabile delle pagine politiche; D. e M. (che era giornalista professionista) lavoravano a stretto contatto. Noi giornalisti, compreso D., lavoravamo sui computer della redazione, scrivendo i nostri articoli, per così dire, direttamente "in pagina", il che vuol dire che ci venivano assegnati gli spazi all'interno della pagina del giornale, all'interno dei quali realizzavamo direttamente gli articoli". A febbraio 1997 al D. fu affidato l'ulteriore incarico di coordinare il lavoro dei collaboratori della provincia di Taranto; il giornale aveva una intera pagina dedicata alla cronaca di Taranto, pagina della quale il D. era responsabile; nel frattempo continuava a seguire la cronaca della Regione Puglia. Nello svolgimento di questa attività lavorativa, D. scriveva almeno un articolo al giorno; spesso più di uno. In linea di massima gli articoli venivano tutti pubblicati, in quanto concordati in precedenza. D. rispondeva del proprio operato ai dipendenti della Edizioni del R. srl; egli dipendeva inizialmente dal Direttore C.. Quando, nell'ottobre del 1996, aprì la redazione barese del R., già da alcuni giorni prima dell'uscita venne a Bari tale F. D.O., giornalista contrattualizzato della Edizioni del R. srl, il quale ci istruì circa l'utilizzo del software e dei macchinari. Sicuramente software e macchinari erano di proprietà della Edizioni del R. srl. Quando andò via C., la direzione della cronaca pugliese fu assunta da P.L. e da R.C.; costui era contrattualizzato e quindi regolarmente assunto dalla Edizioni del R. srl di Napoli. Della E. srl posso dire quanto segue: inizialmente ci avevano detto (V.C. e l'Onorevole F.A., referente politico del Direttore editoriale On. G.T.) che saremmo stati contrattualizzati da questa cooperativa; tuttavia mai nessun contratto io ho visto né firmato; presumo che lo stesso fosse avvenuto per D., il quale so che non aveva alcun contratto: l'unico

contrattualizzato era R.C., con il Roma di Napoli; come ho già detto la E. resta solo un nome che non aveva nessuna valenza, né nessun ruolo concreto nella attività di redazione.

Il teste: M.G.: "Io ho lavorato come giornalista prima di laurearmi e quindi prima di diventare avvocato, come giornalista presso la redazione barese del quotidiano R., in (...), orientativamente negli anni 1996, 1997 e 1998. Il Sig. D., che era mio collega, arrivò qualche mese dopo di me, nell'autunno del 1996; lo ricordo perché erano i mesi successivi alle elezioni politiche del 1996. Io sono rimasta al lavoro sino alla mia laurea, avvenuta a luglio del 1998; D. quindi lavoro sino all'aprile 1998; eravamo insieme in redazione. L'orario di lavoro della redazione, e quindi anche del D., era abbastanza flessibile, ma noi arrivavamo ogni giorno, dal lunedì al sabato, la mattina per raccogliere le informazioni all'esterno della redazione, poi tornavamo in redazione per scrivere gli articoli e impaginare il giornale; andavamo via solo dopo la chiusura della impaginazione delle pagine della cronaca barese, a sera inoltrata, sempre dopo le ore 20.00; il giornale usciva anche il lunedì e quindi, sia pure con una maggiore tolleranza, seguivamo gli stessi orari anche la domenica; eravamo in sette o otto, tra cui il D., e lavoravamo tutti insieme in una grande stanza open space, nella quale ognuno aveva la sua postazione. C'era una pausa pranzo, che ognuno gestiva in base al proprio carico di lavoro. Quanto alle mansioni, gli incarichi venivano attribuiti dal Capo redattore, inizialmente V.C., in seguito P.L.. D. si occupò come redattore delle cronache amministrative della Regione Puglia; appena arrivò, il Capo redattore gli conferì questo incarico; successivamente, quando il giornale si ampliò, al D. venne affidata anche la responsabilità della pagina della cronaca tarantina, nel senso che operativamente lui raccoglieva gli articoli trasmessi dai collaboratori esterni, attribuendo loro il titolo e inserendoli nella cronaca di Taranto. E ciò avvenne sino a che io ho lavorato lì. Confermo che D. scrisse numerosissimi articoli a sua firma, anche più di un articolo al giorno; per la sua presenza in redazione, ho già riferito prima; in ordine alla circostanza n. 10, posso riferire che per iniziativa dell'Onorevole G. . sorse a Bari la redazione barese del quotidiano R.; la redazione sorse

nell'appartamento barese precedentemente adibito a studio personale dell'Onorevole T.; la redazione barese aveva un filo diretto con l'editore napoletano del giornale; lì univano le pagine da noi curate, dopo averle riempite su moduli provenienti sempre da Napoli; la redazione napoletana é la sede della Edizioni del R. srl; non posso dire a chi appartenessero gli strumenti che usavamo (scrivanie, computer, software e quant'altro necessario), perché quando io arrivai lì la redazione era già fisicamente presente; per ciò che concerne i pagamenti, posso solo riferire che noi perceivamo il nostro compenso a mani di un collaboratore dell'Onorevole T., ogni mese, più o meno puntualmente; non ricordo se firmassimo o meno delle ricevute; francamente io non me ne preoccupavo, perché da studente qual ero, avevo l'entusiasmo di imparare il più possibile. Non sono in grado di ricordare se la E. srl svolgesse un ruolo nella redazione dove lavoravo. Voglio chiarire che io non ho vertenze in corso contro il quotidiano R..

Il teste: V.B.: "Io ero capo dei servizi sportivi del quotidiano R., per circa tre anni; Sì, ricordo che il D. ha lavorato come giornalista per il quotidiano R. nel periodo indicati. Sì, ricordo che il D. era addetto alle cronache regionali, in particolare di Taranto; ricordo che era anche molto bravo nella grafica e veniva chiamato dai miei redattori per l'impaginazione e la veste grafica. Sì, ricordo che il D. ha scritto degli articoli; non ci sono dubbi che fosse a disposizione del giornale negli orari di lavoro, ovvero dalle 9.00\9.30 sino alle 21.00, 22.00 di sera.

Io osservavo questo orario e il D. c'era. Ricordo che in redazione c'era una persona di fiducia del Direttore T., ed é a lui che rispondevano tutti, tale P.L.. Questa persona dirigeva l'intera redazione e preciso inoltre di ricordare la circostanza in cui il Direttore ci presentó questa persona, affermando che questa sarebbe stata il direttore della redazione; ogni mattina ci riuniva e ci dava disposizioni su quello da fare in giornata. Dava disposizioni a tutti, anche al D., mi ricordo che prima tale ruolo era ricoperto dal C., poi fu sostituito, senza motivo aggiungo, da questa persona di fiducia del Direttore. Il D., come me del resto, lavorava sempre e soltanto nei locali, utilizzando macchine e attrezzature tutte di proprietà della Edizioni del Roma srl. In merito alle circostanze

relative alla E. srl, posso chiarire che io non so neanche chi fossero, perché io mi riferivo unicamente alla Edizioni del R. srl.

Orbene, le riferite dichiarazioni confermano in pieno lo svolgimento di attività di lavoro subordinato, attesa la ricorrenza di quegli elementi distintivi, quali la continuità della prestazione, la responsabilità del servizio, il vincolo di dipendenza, la regolarità dell'orario da osservare, le direttive impartitegli, l'essere stato continuativamente a disposizione del datore di lavoro, nonché, pur nella peculiarità nell'attività giornalistica, l'esistenza di giornale o orari prestabiliti.

I testi hanno inoltre confermato senza dubbio alcuno ed in modo conforme il periodo di lavoro e l'orario osservato. Parimenti é stato confermato che all'inizio del rapporto il ricorrente ebbe a svolgere le mansioni di redattore, in quanto addetto alle cronache regionali e nazionali, con incarico di seguire e riferire sulle notizie provenienti dalla amministrazione della Regione Puglia; nel mentre, dal febbraio 1997 alla cessazione del rapporto (13/4/98) ebbe a svolgere le mansioni di caposervizio, con incarico di curare tutta la realizzazione delle pagine dedicate alla provincia di Taranto, coordinando l'operato dei collaboratori esterni della provincia jonica. Il tutto continuando a seguire e a riferire delle cronache regionali e dell'amministrazione della Regione Puglia.

Quanto ai numerosi articoli scritti, essi trovano conferma nella documentazione prodotta ed innanzi richiamata.

Ulteriore conferma della natura del rapporto é nella circostanza che la retribuzione fosse erogata mensilmente e a prescindere dal numero dei pezzi pubblicati.

2. Veniamo ora alla ulteriore questione posta dall'odierno giudizio: il ricorrente assume che in realtà il rapporto di lavoro, benché formalmente imputato alla E., si sarebbe svolto alle dipendenze dirette della Edizione del R. spa che sarebbe stato l'effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative da esso rese.

Questi ha riferito di essere stato retribuito, anziché dall'editore effettivo datore di lavoro, (Edizioni del R. srl), da un soggetto diverso e distinto, tale "E." s.r.l. che tuttavia doveva considerarsi un mero interposto di manodopera e che pertanto, alla luce della L. 1369/60, il

rapporto di lavoro doveva intendersi posto in essere con la Edizioni del R..

Va dunque individuato l'effettivo datore di lavoro del ricorrente.

Invero risulta in atti, per essere stato confermato dai resistenti e persino oggetto di produzione documentale da parte di costoro, che tra le due società resistenti vi era un appalto di servizi, relativamente alla gestione della redazione barese del quotidiano "Roma". In particolare, detto contratto stipulato dunque dalla Edizioni del R. e la E. srl aveva ad oggetto la trasmissione giornaliera da sette a dodici pagine intere - personalizzabili secondo le esigenze della Edizione del R. srl - del tipo indicato dalla stessa società committente.

Preliminarmente occorre precisare che nella specie deve ritenersi operante il principio del *tempus regit actus*, per cui la legge applicabile al rapporto di lavoro dedotto in giudizio è quella in vigore al momento in cui il rapporto è sorto.

Ne deriva che la normativa di riferimento è la legge n. 1369/60, art. 1.

"È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono.

È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguire a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari.

È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine o attrezzature fornite dall'appaltatore, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante.

Le disposizioni dei precedenti commi si applicano altresì alle aziende dello Stato ed agli altri Enti pubblici, anche se gestiti in forma autonoma, salvo quanto disposto dal successivo comma 8.

I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerato, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni".

È necessario riportare anche l'art. 3:

"Gli imprenditori che appaltano opere e servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti".

È necessario evidenziare subito quella che è la distinzione tra l'appalto, lecito, e la mera somministrazione di manodopera vietata dall'art. 1 1° comma L. 1369/60.

L'art. 1 a ben vedere, non definisce l'ipotesi vietata, limitandosi il terzo comma a stabilirne la presunzione assoluta di illiceità, sicché, come più volte enunciate dalla Suprema Corte (S.U. 2517/97; 6092/96; 3560/96), essa va identificata tenendo presente l'ipotesi dell'art. 3 medesima legge.

Ebbene, secondo le indicazioni ed i principi che in modo conforme sono stati indicati dalla suprema Corte di Cassazione, la differenza tra l'ipotesi formulata nel 1° comma dell'art. 3 e quella dell'art. 1 stessa legge sta in ciò: la prima concerne un vero contratto d'appalto, avente ad oggetto opere o servizi da eseguire all'interno dell'azienda dell'appaltante, con un'organizzazione ed una gestione propria ed autonoma dell'appaltatore nell'ambito, benvero, della gestione delle attività lavorative concretamente affidate, mentre la seconda esclude detta organizzazione.

Quindi, a ben vedere, è il contenuto precettivo del 3° comma che fornisce i criteri e gli elementi per interpretare l'effettiva portata dell'art. 1 ed a fornire le indicazioni per effettuare l'indagine necessaria per verificare se, nel caso concreto, i dipendenti dell'appaltatore siano stati effettivamente organizzati e gestiti dal committente.

In definitiva i requisiti per la liceità dell'appalto sono:

- 1) organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore;
- 2) assunzione da parte dello stesso appaltatore dei relativi rischi economici;
- 3) assenza di diretti interventi dispositivi e di controllo dell'appaltante sulle persone dipendenti dall'altro soggetto.

La giurisprudenza di legittimità é assolutamente conforme nell'indicare in detti elementi la nota che differenzia e rende lecita o illecita la interposizione di manodopera.

Rilevante é dunque la esistenza dell'organizzazione di impresa con riferimento alle prestazioni concretamente affidate all'appaltatore. (Cass. 10183/90; Cass. 10858/96; Cass. 6092/96; Cass. SU 2517/97; Cass. 7089/00; Cass. 5232/01; Cass. 7917/00; Cass. 11040/00; Cass. 15665/01; Cass. 15337/02).

I paletti perché si abbia interposizione lecita di manodopera sono molto rigidi e sono fissati, oltre che dalla lettera della legge, anche dalla giurisprudenza di legittimità: l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dá luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dall'art. 1, 1 comma, L. n. 1369 del 1960 solo quando detto conferimento di mezzi sia di rievianza tale da rendere del tutto marginale ed accessoriario l'apporto dell'appaltatore; in assenza di tale presupposto, la configurabilità di detta fattispecie vietata può essere esclusa quando, nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature (anche informatiche) da parte dell'appaltante, sia verificabile un rievante apporto da parte dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), know how, software ed in genere beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto¹. Peraltro, poiché il fine del divieto di interposizione di manodopera nelle prestazioni lavorative é quello di evitare che il datore di lavoro effettivo possa sottrarsi agli obblighi disendenti dalla titolarità dei rapporti di lavoro, formalmente imputandoli ad altro soggetto che provvede alla assunzione ed alla gestione dei dipendenti, il divieto opera oggettivamente, prescindendo da un intento fraudolento o simulato delle parti (Cass. 2517/97).

Tanto premesso in diritto, a questo punto é necessario riportare in punto di fatto le risultanze

istruttorie acquisite nel corso dell'istruttoria e desunte dalla documentazione allegata.

Innanzitutto nessuna obiezione di rilievo su quanto affermato sul punto in ricorso é pervenuta dalle parti resistenti. Il ricorrente ha allegato:

- di aver sempre risposto del proprio operato a dipendenti della Edizioni del R. s.r.l., nonché, ovviamente, al Direttore del quotidiano "R." o a suoi incaricati;
- di aver lavorato nei locali della redazione del quotidiano "R.", utilizzando locali, macchine, attrezzature, e laboratori elettronici, software di proprietà della Edizioni del R. s.r.l.;
- di aver lavorato in un contesto organizzativo riferibile unicamente alla Edizioni del R. s.r.l., essendo l'attività della E. s.r.l. del tutto estranea alla pubblicazione della edizione barese del "R."

I testi escussi hanno dunque sul punto, affermato che:

- Teste B.: ... *D. rispondeva del proprio operato ai dipendenti della Edizioni del R. srl; egli dipendeva inizialmente dal Direttore C.. Quando, nell'ottobre del 1996, aprí la redazione barese del R., già da alcuni giorni prima dell'uscita venne a Bari tale F.D.O., giornalista contrattualizzato della Edizioni del R. srl, il quale ci istruí circa l'utilizzo del software e dei macchinari.*

Sicuramente software e macchinari erano di proprietà della Edizioni del R. srl.

Quando ando via C., la direzione della cronaca pugliese fu assunta da P.L. e da R.C.; costui era contrattualizzato e quindi regolarmente assunto dalla Edizioni del R. srl di Napoli.

Della E. srl posso dire quanto segue: inizialmente ci avevano detto (V.C. e l'Onorevole F.A., referente politico del Direttore editoriale On. G.T.) che saremmo stati contrattualizzati da questa cooperativa; tuttavia mai nessun contratto io ho visto né firmato; presumo che lo stesso fosse avvenuto per D., il quale so che non aveva alcun contratto: l'unico contrattualizzato era R.C., con il R. di Napoli; come ho già detto la E. resta solo un nome che non aveva nessuna valenza, né nessun ruolo concreto nella attività di redazione.

- Teste G.: ... *la redazione barese aveva un filo diretto con l'editore napoletano del giornale; lì univano le pagine da noi curate, dopo averle riempite su moduli provenienti sempre da Napoli; la redazione napoletana é la sede della*

¹ così Cass. civ., sez. lav., 15-07-2009, n. 16488, Petazzo c. Soc. Technip Italy, in Mass., 2009, 948; Rep., Foro It., 2009, Lavoro (rapporto) [3890], n. 822.

Edizioni del R. srl ... Non sono in grado di ricordare se la E. srl svolgesse un ruolo nella redazione dove lavoravo ...

- Teste B.: ... *In merito alle circostanze relative alla E. srl, posso chiarire che io non so neanche chi fossero, perché io mi riferivo unicamente alla Edizioni del R. srl.*

Orbene, a ben vedere, si ritiene che il contratto stipulato tra le due società convenute, dimostra, ad avviso di questo giudice, come nella fattispecie si sia in presenza di un appalto di manodopera.

Infatti non vi sono innanzitutto riscontri circa la sussistenza di altri rapporti commerciali tra la E. srl con altri editori (contratto p. 3); la medesima società non risulta avere né dipendenti né una redazione propria, quindi un compendio aziendale atteso che è risultato che essa utilizzava per la fornitura del servizio, le attrezzature e i locali della Edizione del R. srl (così i testi), sì come utilizzava i capitali della medesima Edizioni del R. per erogare i compensi. Rileva altresì come la fornitura sia avvenuta a (...) appunto presso la Edizioni del R. srl che curava altresì la indicazione degli articoli da trattare. Non meno rilevante è la circostanza che gli articoli venivano realizzati sotto il controllo e nel rispetto delle istruzioni impartite dal direttore del R., on. G.T. e dal suo referente dott. P.L..

Dati questi che dimostrano come si sia dunque in presenza della fattispecie vietata dalla legge innanzi richiamata e ciò alla luce del principio stabilmente ribadito secondo cui l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dall'art. 1 L. 1369/1960.

In detto contesto appare allora assolutamente irrilevante la circostanza che la E. srl abbia retribuito il ricorrente nel periodo relativo all'intercorso rapporto di lavoro, atteso quanto statuito dalla Suprema Corte nella pronuncia innanzi citata n. 2517 del 1997.

Alla luce delle indicazioni istruttorie acquisite, deve quindi concludersi che l'appalto traduceva una e propria interposizione fittizia attesa la risultata insussistenza dei requisiti innanzi indicati e che conseguentemente il ricorrente ha svolto la sua attività alle dipendenze della Edizioni del R. srl.

Le conseguenze giuridiche della invalidità dell'appalto riguardano sia gli aspetti retributivi

che gli aspetti contributivi del rapporto di lavoro per cui è causa.

Quanto ai primi, l'ultimo comma del citato art. 1 della legge 1369\60 addossa la responsabilità del mancato pagamento delle retribuzioni all'imprenditore committente, effettivo utilizzatore della prestazione di lavoro. Pertanto nel caso in esame, la condanna al pagamento delle differenze retributive va emessa in danno di Edizioni del R. srl.

Quanto agli aspetti contributivi e previdenziali, vige la regola generale (prevista per tutti i tipi di appalto, leciti e non) di cui all'art.3 della stessa legge, il cui terzo ed ultimo comma così prevede:

Gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza.

Il che significa che il datore di lavoro Edizioni del R. srl deve essere condannato alla regolarizzazione previdenziale del rapporto di lavoro del ricorrente presso l'I.N.P.G.L (che peraltro, costituendosi in giudizio, ha concluso in senso conforme).

Ciò detto in ordine all'an e venendo a questo punto ad esaminare il quantum, si richiama innanzitutto quanto in precedenza detto circa la mancata contestazione da parte dei convenuti, degli assunti attoni.

Il principio di non contestazione è oggi normativamente previsto.

Anche dunque con riferimento ai conteggi deve delibarsi applicando il principio de quo.

Infatti, detto principio opera anche quando la parte convenuta si limiti a contestare il titolo della pretesa senza curare di contestare specificamente i conteggi relativi al *quantum*: infatti la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità, della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato (così in Cass. 19.1.06 n. 945).

Nella specie i conteggi sono stati redatti in applicazione del CCNL giornalisti applicabile alla fattispecie e ritualmente esibito in stralcio.

Resta quindi definitivamente acquisito il *quantum* della pretesa del ricorrente, ammontante per titoli retributivi a € 65.580,91, come di seguito esposte: Retribuzioni: lire 61.409.048; 13° mensilità: lire 4.458.435; Straordinario: lire 26.821.405; Ferie non godute: lire 2.880.103; Mancato preavviso: lire 24.827.616; T.F.R. Lire 6.585.734; Totale: lire 126.982.341, oggi pagh a € 65.580,91 oltre accessori.

3. Infine, in ordine al **licenziamento**, si osserva e premette quanto segue.

Innanzitutto può affermarsi che il rapporto ebbe fine nell'aprile del 1998.

Il ricorrente ha provato infatti di aver lavorato sino al 13/4/1998. Così hanno infatti riferito i testi: teste B., G. e Be..

Il ricorrente ha altresì allegato di essere stato, sempre in data 13/4/1998, allontanato dal posto di lavoro in forma orale e quindi *ad nutum*; ha riferito che non gli è più stato consentito rientrare in redazione.

Orbene, a fonte di tale assunto, richiamato il quadro probatorio innanzi delineato, deve in effetti rievarsi che nessuna prova della legittimità del licenziamento è pervenuta dalla parte convenuta, ad onta di quanto disposto dall'art.5 della legge 604/66.

A norma dell'art. 2 comma 3 L. 604/66 il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 2 e 3 - che ne impongono la forma scritta ad substantiam - è inefficace.

Peraltro, laddove si controverta circa il *quomodo* della risoluzione del rapporto, nel rispetto del principio di cui all'art. 2697 c.c. e in mancanza di prova delle dimissioni, l'onere della prova concernente il requisito della forma scritta del licenziamento grava sul datore di lavoro, in quanto nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore riguarda esclusivamente la cessazione del rapporto lavorativo (Cass. 27.8.07 n. 18087).

Nella fattispecie quindi, richiamato quanto ampiamente già detto circa la mancata contestazione di quanto asserito dal ricorrente, deve darsi per provato che la cessazione del rapporto è stata intimata in modo verbale.

Deve dunque dedursi che la risoluzione del rapporto, in quanto avvenuta in violazione delle norme surrichiamate, sia inefficace, ovvero *tamquam non esset* (ex mulis, Cass. 10634/1997).

Difatti, l'inefficacia del licenziamento prevista dell'art. 2, 1. 604/66, in relazione alla mancata osservanza del requisito della forma scritta costituisce una nullità dell'atto, rispetto alla quale, in mancanza di previsioni specifiche, trovano applicazione i principi generali.

Quanto alle conseguenze del recesso intimato verbalmente, la giurisprudenza, in ossequio al dettato normativo, ne sancisce la inefficacia (Cass. 23.12.96 n.11497) e la inidoneità ad incidere sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro, quindi sul diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturande sino alla ripresa del servizio (Cass. 5.6.00 n.7495), applicandovi il medesimo regime sanzionatorio del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo, ove si tratti di imprese assoggettate alla tutela reale. Così, di recente: "*Il licenziamento orale intimato nell'area della c.d. tutela obbligatoria è inefficace e comporta il ripristino del rapporto, nonché il risarcimento del danno, che include il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali*" (Cass. 27.7.07 n. 16675), nonché: "*Il licenziamento intimato oralmente è radicalmente inefficace per inosservanza dell'onere della forma scritta imposto dall'art. 2 L. 15 luglio 1966 n. 604, novellato dall'art. 2 L. 11 maggio 1990 n. 108, e, come tale, è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro, non rilevando, ai fini di escludere la continuità del rapporto stesso, né la qualità di imprenditore del datore di lavoro, né il tipo di regime causale applicabile (reale od obbligatorio), giacché la sanzione prevista dal cit. art. 2 non opera soltanto nei confronti dei lavoratori domestici (ai sensi della L. n. 339 del 1958) e di quelli ultrasessantenni (salvo che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto), conseguendone, quindi, che la radicale inefficacia del licenziamento orale prescinde dalla natura stessa del recesso e, segnatamente, dalla sua eventuale natura disciplinare, in relazione alla quale l'osservanza del dovuto procedimento presuppone anzitutto il rispetto della forma scritta, quale prescrizione che risponde ad una fondamentale esigenza di certezza e si pone su un piano di tutela più generale"* (Cass. 1.8.07 n. 16955).

Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, la domanda va accolta: quindi dichiarato che il ricorrente ha svolto attività di lavoro subordinato alle dipendenze della Edizioni del R. srl dal 19.10.96

al 13.4.98 e, conseguentemente la Edizioni R. va condannata al pagamento in favore del ricorrente della complessiva somma di euro 65.580,91 oltre accessori come per legge; va altresì dichiarata la inefficacia del licenziamento intimato il 13.4.98 e, conseguentemente, ordinato alla Edizioni R. srl di riassumere il ricorrente o di versare in favore dello stesso, a titolo di risarcimento danni, una indennità pari a 6 mensilità dell'ultima retribuzione mensile di fatto, maggiorata di rivalutazione monetaria ex art. 429 c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c. ed interessi sulle somme via via rivalutate; va dichiarato il diritto del ricorrente all'inquadramento contrattuale come redattore sino al febbraio 1997 e, da tale data e sino al recesso, come caposervizio; nel contempo va dichiarata la nullità del contratto di appalto intercorso tra la Edizioni R. srl e la E. srl.

Per quanto concerne la domanda di regolarizzazione della posizione previdenziale essa va altresì accolta e ordinato alla Edizioni del R. di provvedere alia regolarizzare la posizione previdenziale del ricorrente per l'intero periodo lavorativo e con riferimento alla somma indicata.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice, alla pubblica udienza del 24.2.2011, definitivamente pronunciando sulla domanda avanzata da M.D. nei confronti della Edizioni del R. srl nonché nei confronti della Curatela del Fallimento E. srl e dell'I.N.P.G.I. Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani "Giovanni Amendola", nonché sulla domanda riconvenzionale svolta dall'I.N.P.G.I. nei confronti della Edizioni R. srl, così provvede nella contumacia della Curatela del Fallimento E. srl:

- 1- accoglie la domanda svolta dal ricorrente e, per l'effetto, dichiara che il ricorrente ha svolto attività di lavoro subordinato alle dipendenze della Edizioni del R. srl dal 19.10.96 al 13.4.98 presso la redazione barese del quotidiano "R.";
- 2- dichiara la inefficacia del licenziamento intimato il 13.4.98;
- 3- dichiara il diritto del ricorrente all'inquadramento contrattuale come redattore sino al febbraio 1997 e, da tale data e sino al recesso, come caposervizio;

4- dichiara la nullità del contratto di appalto intercorso tra la Edizioni R. srl e la E. srl;

5- conseguentemente condanna la Edizioni R. srl, in ragione del punto sub 1), al pagamento in favore del ricorrente e per i titoli e ragioni di cui in parte motiva, della complessiva somma di euro 65.580,91 oltre accessori come per legge;

6- in ragione del punto sub 2) ordina alla Edizioni R. srl di riassumere il ricorrente o di versare in favore dello stesso, a titolo di risarcimento danni, una indennità pari a 6 mensilità dell'ultima retribuzione mensile di fatto, maggiorata di rivalutazione monetaria ex art. 429 c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c. ed interessi sulle somme via via rivalutate;

7- condanna la Edizioni R. srl alla regolarizzazione previdenziale, contributiva e assistenziale del ricorrente presso l'INPGI in relazione al periodo dedotto in giudizio;

8- condanna infine la Edizioni R. srl a rifondere il ricorrente delle spese di lite che si liquidano in complessivi 4.000,00 euro di cui 1.000,00 in favore dell'INPGI oltre iva e cpa come per legge.

(Omissis)

NOTA

La pronuncia del 24 febbraio 2011 del Giudice del Tribunale di Bari - Sezione Lavoro - dott.ssa Simonetta Rubino interviene a dirimere una complessa fattispecie giuridica in materia lavoristica, riguardante il riconoscimento dell'illegittimità e la conseguente nullità del licenziamento subito da un lavoratore giornalista, in forza presso la sede locale di un quotidiano avente sede centrale a Roma. Quale logico e giuridico antecedente di tale richiesta, il ricorrente poneva la declaratoria della quale si richiedeva il riconoscimento dell'inquadramento contrattuale previsto dal CCNL Giornalisti attualmente vigente, con conseguente condanna al pagamento delle differenze retributive non percepite ed alla regolarizzazione della propria posizione contributiva. Infine, il Giudice del Lavoro si è pronunciato in relazione

alla qualificazione del rapporto di lavoro del ricorrente, in quanto nella fattispecie *de quo* configurandosi il lavoratore *de facto* alle dipendenze della sede locale del quotidiano suddetto, in virtù del divieto di interposizione illegittima di manodopera ex art 1 della L. n. 1369/60, ciò avrebbe integrato violazione della normativa al tempo vigente da parte della ditta convenuta.

Orbene, le molteplici e complesse questioni testé esposte costituiscono i punti focali della sentenza in esame, che sono stati puntualmente definiti dal Giudice *de quo*, investito della controversia.

In primis, al fine di operare una qualificazione del rapporto di lavoro sussistente tra il ricorrente e la società convenuta, è stata prodromica un'analisi dei caratteri della prestazione resa dal lavoratore, allo scopo di determinare l'eventuale sussistenza o meno del vincolo di subordinazione tra le parti contrattuali. A tal fine, è opportuno richiamare il principio in base al quale nell'ambito del rapporto di lavoro giornalistico, il vincolo di subordinazione tra datore e lavoratore è sottoposto a parametri meno rigidi rispetto a quelli canonici. Difatti, come precisa lo stesso Giudicante, richiamando l'orientamento della Suprema Corte in materia, il servizio giornalistico è qualificato *“in ragione del tipo intellettuale e/o creativo della prestazione, delle mansioni svolte con certo margine di autonomia e del carattere collettivo dell'opera”* (Cass. 9.9.2008 n. 22882). Pertanto, affinché si possa asserire la sussistenza del vincolo di subordinazione del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro, in tal caso il parametro di raffronto sarà costituito dal grado di collaborazione dell'attività prestata, dalla continuità della stessa e dalla responsabilità del servizio reso. Tali requisiti ricorreranno allorché il giornalista tratti in via continuativa un argomento o un settore dell'informazione e metta costantemente a disposizione la propria opera, indipendentemente se essa venga richiesta o meno dal datore di

lavoro. In tal senso si era già espressa in precedenza la stessa Cassazione, la quale aveva affermato che in relazione al grado di autonomia della prestazione del lavoratore-giornalista, essa potesse essere pienamente compatibile con l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto indici rivelatori della stessa fossero la trattazione continua di un argomento e lo stabile inserimento del soggetto nell'organizzazione aziendale (cfr. Cass. 16.05.2001 n. 5223).

Ad ulteriore sostegno di quanto detto depongono anche le disposizioni contenute nel contratto collettivo dei giornalisti, nel quale i criteri della continuità della prestazione, rivolta a soddisfare le esigenze informative dell'azienda, il vincolo di dipendenza, che si sostanzia nella messa a disposizione della prestazione e la responsabilità del servizio di redazione continua di articoli su specifici argomenti, costituiscono parametro d'individuazione del vincolo di subordinazione.

Quindi, l'On. le Giudicante del Tribunale di Bari dimostra di aderire alla concezione che ravvisa il vincolo di subordinazione nel rapporto di lavoro giornalistico non solo nella sottoposizione tecnico-gerarchica ai poteri direttivo, di controllo e disciplinare del datore, che seppure in forma attenuata rimangono persistenti anche in caso di prestazioni di carattere intellettuale, ma valorizza il criterio dalla disponibilità continuativa della prestazione, che è sintomatico del vincolo di dipendenza del lavoratore.

Alla luce di quanto esposto, il Giudice del Lavoro ha ritenuto di poter configurare la sussistenza di tutti gli elementi normativi dimostrativi del rapporto di lavoro di tipo subordinato tra giornalista e società convenuta, in virtù dei suddetti elementi distintivi, quali la continuità della prestazione, la responsabilità del servizio, il vincolo di dipendenza, la regolarità dell'orario da seguire e l'osservanza delle direttive impartitegli, nonché la messa a disposizione continuativa della propria attività al servizio del datore di lavoro.

Ulteriore questione esaminata concerne l'identificazione del soggetto

giuridico, cui riferire la titolarità della posizione datoriale nel caso *de quo*. Infatti, se formalmente il rapporto fosse stato riferito alla sede locale del quotidiano, in realtà è stato rilevato come l'effettivo beneficiario del servizio fosse la sede centrale della società, che giuridicamente rappresentava soggetto distinto.

Di conseguenza, il rapporto di lavoro essendosi costituito ed esplicito in vigore della L. n. 1369/60, che poneva il divieto di interposizione di manodopera, la fattispecie esaminanda integra gli estremi dell'appalto di mere prestazioni d'opera, nell'ambito delle quali non ha alcuna rilevanza quale sia la propria natura. Difatti, l'art. 1 della legge suddetta sanciva il divieto di affidare *“in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono”*. Tale disposizione va letta in combinato disposto con quella contenuta al successivo art. 3, il quale sancisce che *“Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti.”* Attraverso una lettura combinata delle due disposizioni suddette è rilevabile che, come evidenzia lo stesso Giudicante, l'art. 3 indichi i parametri applicativi di quanto contenuto nell'art. 1 e dunque quali siano i casi di appalto illecito di opere o servizi. Tali requisiti consistono: nell'organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, nell'assunzione da parte dello stesso dei rischi economici dell'attività e nell'assenza

di interventi dispositivi diretti dell'appaltante sulle persone dipendenti dell'appaltatore.

Quale corollario della fattispecie indicata si pone anche la disposizione normativa di cui all'art. 1, comma 3, della stessa legge che prevede la presunzione assoluta di illegittimità dell'interposizione di manodopera, operando una netta distinzione tra quest'ultima e l'appalto lecito.

In proposito, opportunamente il Giudice *a quo* richiama la ratio che presiedeva al divieto di interposizione di manodopera di cui alla L. n. 1369/60, ovvero intervenire in tutti in quei casi nei quali il datore di lavoro “appaltante” volesse svincolarsi dagli oneri connessi all'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato, imputandoli formalmente ad altro soggetto, che provvedesse all'assunzione ed alla gestione dei dipendenti, che *de facto* rendevano prestazioni al servizio delle esigenze del soggetto appaltante.

Orbene, a ben vedere, nel caso di specie è senz'altro configurabile l'intento della società convenuta di attuare un'interposizione fittizia di manodopera intellettuale, in quanto il lavoratore non solo prestava la propria attività alle dipendenze della stessa, come è stato in precedenza evidenziato, ma ciò avveniva attraverso l'impiego delle attrezzature ed il know-how della testata per la quale lavorava.

Dunque, benché la sede centrale del quotidiano non risultasse quale datore di lavoro del ricorrente, essa di fatto fruiva della sua prestazione e pertanto, ai sensi dell'art. 3 della legge suddetta, sarà solidalmente responsabile con il soggetto utilizzatore per gli aspetti contributivi e previdenziali del rapporto, restando invece quelli retributivi a carico dell'utilizzatore.

La ricostruzione della fattispecie concreta in analisi operata dal Giudicante si allinea con il costante orientamento della stessa Suprema Corte che in più occasioni ha ribadito la rilevanza che assuma al riguardo l'esistenza dell'organizzazione d'impresa a carico

dell'appaltatore, il quale tuttavia impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, in modo da rendere del tutto marginale l'apporto in tal senso dell'appaltatore (Cfr. Cass. n. 10183/90; Cass. n. 10858/96; Cass. n. 15665/01; Cass. n. 15337/02).

In conclusione, in ordine al licenziamento subito dal lavoratore, il Giudice del Tribunale di Bari si è espresso in favore quest'ultimo, pronunciando declaratoria di nullità del provvedimento impugnato.

Infatti, gli esiti istruttori hanno palesato che il licenziamento in tal caso, essendo stato comminato in forma orale e quindi *ad nutum* nei confronti del ricorrente è da ritenersi inefficace, in quanto la risoluzione del rapporto di lavoro è sottoposta al requisito *ad substantiam* della forma scritta. Tale irregolarità comporta che il provvedimento adottato dal datore sarà da considerarsi *tam quam non esset* e completamente inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto lavorativo, che quindi dovrà considerarsi mai risolto.

In tal senso, l'odierna pronuncia si allinea con l'orientamento ormai costante in giurisprudenza di legittimità, che indipendentemente dal regime causale applicabile, sia esso reale od obbligatorio, qualifica il licenziamento intimato in forma orale del tutto inefficace, con conseguente ripristino del rapporto allo *status quo ante*, nonché la condanna del datore all'eventuale risarcimento del danno subito dal lavoratore ed al versamento delle retribuzioni maturate siano alla reintegra dello stesso, oltre ai contributi previdenziali ed assistenziali (Cfr. Cass. 27.07.2007 n. 16675; Cass. 1.08.2007 n. 16955).

La pronuncia esaminata si presenta senz'altro strutturalmente complessa sotto molteplici profili, in quanto dirime una controversia che pone in connessione diverse questioni giuridiche. Innanzitutto, è rilevante l'intervento in merito alla determinazione del vincolo di subordinazione sussistente nell'ambito del rapporto di lavoro giornalistico. Infatti,

tale professione a causa degli ampi margini di autonomia connessi alla stessa, spesso ha posto la problematica circa l'individuazione netta degli indici rivelatori tipici della subordinazione, quali il potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro. In tal modo, diventa oltremodo difficoltosa l'attuazione di una tutela effettiva della posizione del lavoratore, che qualora venga assimilata ad una collaborazione di tipo non continuativo ed autonoma, comporterebbe un vuoto cautelativo nei confronti del prestatore d'opera. In secondo luogo, è senz'altro interessante ed attuale, la puntualizzazione operata dalla pronuncia in tema di interposizione di manodopera. Difatti, malgrado l'abrogazione di tale divieto a seguito dell'intervento del D.lgs n. 276/03, la cd. legge Biagi, è altrettanto vero che l'attuazione della nuova normativa in vigore ha posto in luce la complessità della fattispecie, nonché le possibili storture e devianze cui essa possa dar luogo, prima fra tutte le ipotesi di appalto illecito di manodopera e sfruttamento del lavoro sommerso, che rimangono tutt'oggi una problematica fortemente attuale.

RISARCIMENTO DANNI PER CONDOTTE DI MOBBING

di Mariangela D'Abramo

Tribunale di Taranto - Sez. lavoro
Sentenza 17 febbraio 2011 n. 1379
(Giudice dott. Ciquera)

(Omissis)

CONCLUSIONI DELLE PARTI E MOTIVI DELLA DECISIONE

A.C., dipendente dell'Ilva s.p.a. con mansioni di progettista fino al novembre del 2000, ha chiesto di chiamare in giudizio la predetta società per chederle il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali (biologico, morale, esistenziale), quantificati nella misura di euro 605.125,98.

Deduce il ricorrente che, licenziato nel dicembre del 1996 dall'Ilva in liquidazione per essere assunto dall'Ilva laminati piani in forza di accordi sindacali, non avendo accettato il declassamento alla qualifica operaia prospettatagli come condizione per la riassunzione, veniva assunto con ritardo nella nuova società (marzo 1997), addetto a mansioni inferiori a quelle in precedenza svolte, invitato a non attenersi alle disposizioni sindacali in materia di "orario elastico" e, a seguito di un nuovo rifiuto opposto alla reiterata proposta datoriale, confinato – dal gennaio 1998 al settembre 1998 – nella palazzina LAF senza alcuna mansione da svolgere, pur continuando a ricevere proposte di novazione del rapporto con declassamento. La vicenda, prosegue il ricorrente, è stata oggetto di un procedimento penale definito dalla suprema Corte con la affermazione di responsabilità per il reato di violenza privata a carico dei responsabili dell'Ilva.

La perdita economica subita, precisa il ricorrente, consiste nella mancata erogazione degli istituti retributivi collegati allo svolgimento concreto delle mansioni, nella perdita di capacità professionali anche in vista di future occupazioni, nella collocazione in cassa integrazione e mobilità; il danno non

patrimoniale viene invece collegato alla lesione della integrità psico-fisica subita in conseguenza dell'atteggiamento persecutorio (danno biologico), alla sofferenza patita in conseguenza del reato (danno morale), alla lesione del diritto alla libera esplicazione della personalità nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.) e nella famiglia (art. 29 Cost.).

Costituitasi, la spa Ilva ha concluso per il rigetto della domanda, rilevando altresì il proprio difetto di legittimazione passiva a seguito della entrata in vigore del D.lgs. n. 38/2000.

Previa istruttoria, la causa è stata discussa e decisa.

Va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva proposta sul presupposto della riferibilità dal lato passivo della obbligazione dedotta in capo all'Inail, ec L. n. 38/2000: infatti, quanto erogato dall'Inail in favore del ricorrente (ex art. 13, co. 5, D.lgs. cit) ha natura indennitaria e non pienamente risarcitoria – e lascia aperta la possibilità di richiedere il cd. "danno differenziale" – non venendo in rilievo l'esonero di responsabilità del datore di lavoro per il danno coperto da assicurazione nelle ipotesi in cui la condotta costituisce illecito penale (art. 10, T.U. n. 1224 del 1965).

Nel merito, va premesso che a norma dell'art. 185 cod. pen. "ogni reato che abbia cagionato un danno, patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di lui", mentre a norma dell'art. 651 c.p.p. "la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata a seguito di dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato".

Va poi precisato che il principio sancito dall'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione si avvale

dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, costituisce l'estensione alla sfera contrattuale delle norme contenute negli artt. 2048 e 2049 c.c. (Cass. n. 6033 del 2008).

Ciò posto, la sentenza penale in atti, passata in giudicato, ha affermato la responsabilità di E.R., quale presidente del consiglio di amministrazione della spa Ilva e di altri dirigenti e responsabili di settori dell'impresa, in ordine al reato di violenza privata commesso anche in danno del ricorrente per i fatti descritti nell'atto introduttivo del giudizio ed innanzi riassunti.

Ne consegue la responsabilità dell'Ilva per i danni arrecati a seguito delle condotte per cui è stata irrogata la sanzione penale.

La destinazione del ricorrente, insieme ad altri suoi colleghi, in una palazzina facente parte del complesso aziendale in cui venivano destinati i lavoratori che non accettavano le nuove condizioni di lavoro proposte, più svantaggiose rispetto alle precedenti e la condizione di assoluta inoperosità nella quale era stato posto sono stati il mezzo attraverso il quale si intendeva prostrare la volontà dei dipendenti per indurli ad acconsentire alle proposte di modificazione del contratto di lavoro, con la minaccia dell'allontanamento dal ciclo produttivo dal quale erano stati già estromessi. Ciò per il ricorrente si è protratto per circa 9 mesi (gennaio – febbraio 1998).

Tale condotta costituisce inadempimento alla obbligazione di tutela della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.), posto che le condizioni in cui è stato posto il ricorrente sul luogo di lavoro – integranti, come già detto, anche illecito penale – sono idonee ad incidere negativamente sulle sue condizioni di salute.

Infatti il ricorrente, sottoposto a visita specialistica dal nominato consulente medico è risultato affetto da disturbo dell'adattamento con ansia ed umore depresso, disturbo che costituisce la risposta psicologica a fattori stressanti, nella specie identificabili appunto nelle vicissitudini lavorative di cui è stato vittima e che nel caso del C. è divenuto, per la continuità della esposizione all'evento stressante, cronico al punto di non scomparire nel momento della cessazione della causa patogena: pertanto, la lesione alla integrità psico-fisica è stata determinata nella misura del 16%, cui corrisponde, in base alle tabelle in uso

presso questo distretto, un danno alla salute (ex art. 2059 c.c. e 32 Cost.) quantificabile ad oggi in euro 28.400.

In citato art. 2059 c.c. in tema di danno non patrimoniale consente, peraltro, l'applicazione dell'art. 185 co. 2 c.p., atteso che il fatto generatore del danno costituisce illecito penale e la risarcibilità del diritto inviolabile della persona, consacrato nell'art. 2 Cost., alla libera espressione della personalità, nella specie violato, secondo la prespettazione del ricorrente, per l'aspetto professionale mediante la estromissione dal processo produttivo aziendale e per quello più strettamente personale relativo all'abbandono, a causa delle precarie condizioni di salute, degli studi universitari di architettura intrapresi per l'arricchimento del proprio bagaglio culturale (le mansioni lavorative del C. erano quelle di disegnatore progettista).

Va pertanto richiamato il principio espresso da Cass. n. 26972 del 2008, secondo cui il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tener conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti da reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello esistenziale.

Quindi, in considerazione della durata della condotta illecita imputabile all'Ilva (nove mesi) e del perdurante stato di soggezione e di inattività in cui è stato posto il ricorrente – aspetto questo che ha una sua specificità rispetto alla lesione dell'integrità fisica -, nonché della incidenza negativa che tale condotta ha avuto sulla vita del C., quale l'abbandono degli studi universitari, appare congruo (tenuto anche conto del parametro della retribuzione mensile, del periodo di emarginazione nella palazzina LAF, della valenza penale della ingiustizia subita)

determinare il danno non patrimoniale globalmente in euro 40.000 all'attualità (già al netto di quanto liquidato dall'Inail per tale patologia, quantificabile in circa 2.500,00 euro), oltre interessi legali e rivalutazione sulla somma devalutata alla data del settembre 1998, epoca della cessazione della condotta illecita.

Nessuna prova è stata invece offerta in ordine alla esistenza (e comunque consistenza del danno patrimoniale: i conteggi elaborati si limitano ad indicare la differenza tra quanto percepito in costanza di rapporto di lavoro e quanto ricevuto nel periodo di sospensione per l'intervento della cassa integrazione, senza alcuna censura sulla legittimità del provvedimento.

Le spese di lite seguono la soccombenza (art. 91 c.p.c.).

P.Q.M.

Condanna l'Ilva spa a pagare a C.A. euro 40.000,00, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma via via rivalutata previa devalutazione della stessa alla data del settembre 1998; condanna la spa Ilva a pagare al ricorrente le spese di lite, liquidate in euro 3.800,00 di cui euro 2.200,00 per onorario, e distratte in favore dell'avv. (...) anticipante; pone definitivamente a carico dell'Ilva spa le spese di ctu.

Taranto, 17.02.2011

(Omissis)

NOTA

La sentenza in commento è di particolare interesse, sia per le problematiche di grande attualità e rilevanza sociale che affronta, ossia le violenze morali subite dal lavoratore sul luogo di lavoro e le conseguenze giuridiche che ne derivano, sia per la vicenda da cui trae origine la fattispecie concreta, divenuta uno dei casi mediatici più discussi.

Si rendono a tal proposito necessarie alcune premesse sugli antecedenti fattuali e processuali al giudizio *de quo*.

A far data dal dicembre del 1997 diversi dipendenti della Ilva S.p.a di Taranto, a seguito di un loro rifiuto ad una "novazione" del rapporto di lavoro, che avrebbe comportato un declassamento dalla qualifica di impiegato, precedentemente rivestita, a quella di operaio, sono stati trasferiti in una struttura facente parte dello stabilimento aziendale, c.d. *Palazzina Laf* e costretti ad una assoluta inattività, finché gli stessi non avessero accettato la proposta datoriale.

Questa situazione si è protratta per alcuni di loro fino al novembre del 1998.

Il procedimento penale, intrapreso dai lavoratori successivamente a tali accadimenti, si è concluso con la pronuncia della Suprema Corte n. 31413 del 2006 che ha condannato il direttore della società, nonché i dirigenti ed i responsabili della stessa per il reato di violenza privata ex art. 610 c.p. che recita: "*Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni*".

La Cassazione ha fatto rientrare nella predetta condotta delittuosa il fenomeno del *mobbing*¹ che, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, consiste in atti o comportamenti continui e ripetuti posti in essere dal datore di lavoro, dal dirigente o dai colleghi al fine di isolare dall'ambiente lavorativo e/o, nei casi più estremi, estromettere il lavoratore. Occorre, inoltre, che valutata nell'insieme, l'attività posta in essere faccia parte di un preciso disegno persecutorio, che abbia lo scopo di intaccare gravemente l'equilibrio psicofisico della vittima.

La Corte ha precisato, che può configurarsi mobbing anche in presenza di comportamenti di per sé legittimi, ma "*ciò non toglie, ovviamente, che tali condotte, esaminate separatamente e distintamente,*

¹ La Suprema Corte ha affermato che non esistendo nel nostro codice penale un reato da mobbing, la condotta vessatoria potrà costituire illecito penale solo se la stessa integra delle figure di reato già esistenti Cass pen. 33624/2007, vd. D. Cervellera, *Diritto penale del lavoro*, Cacucci, Bari, 2010, p. 76.

possano essere illegittime e anche integrare fattispecie di reato”.

Tornando al caso portato all'esame del Tribunale di Taranto, il ricorrente R.C., assunto inizialmente dall'Ilva s.p.a. in qualità di disegnatore progettista, poi collocato per un periodo di nove mesi nella *Palazzina Laf* per i motivi sopra esposti, lamenta di aver subito a causa dei fatti illeciti commessi dai responsabili della società datrice, danni patrimoniali e non patrimoniali e chiede, quindi, di condannare, la stessa al relativo risarcimento.

In via preliminare il Giudice del Lavoro ha affrontato la questione del difetto di legittimazione sollevata dall'Ilva S.p.a..

Secondo la convenuta, il ricorrente ha percepito dall'Inail delle somme a titolo di danno biologico, secondo quanto prescritto dal nuovo sistema di indennizzo ex art. 13 del decreto legislativo n. 38 del 2000, ne consegue l'esonero del datore di lavoro dal pagamento di ulteriore importo.

Giova precisare che, per danno biologico si intende una menomazione dell'integrità psicofisica suscettibile di valutazione medico legale.

Secondo il citato decreto in caso di danno biologico, i danni subiti dal lavoratore a seguito di infortunio di lavoro o malattia professionale, verificatisi o denunciati a seguito dell'entrata in vigore della normativa, viene erogato un indennizzo dall'ente previdenziale².

A seguito di circolare n. 71 del 2003, l'Inail ha aperto la possibilità di far rientrare le patologie relative al mobbing, nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali *non tabellate*, ne consegue che grava l'onere per il lavoratore di dimostrare *la causa di lavoro*.

Fatti questi chiarimenti, occorre evidenziare che autorevole dottrina e giurisprudenza sono ormai ferme nel ritenere che, l'indennizzo dell'Inail per

² Le menomazioni indennizzabili sono quelle comprese tra il 6% ed il 16%, nel caso in cui a seguito di infortunio o malattia professionale si supera questa soglia viene corrisposta una rendita.

natura e funzione differisce dalla tutela risarcitoria. Infatti, il primo mira a garantire un sostegno sociale all'infortunato ex art. 38 della Costituzione ed ai fini dell'erogazione si rende necessaria solo la sussistenza della malattia professionale o la verifica dell'infortunio, il risarcimento, al contrario, garantisce il pieno ristoro del danno biologico, inteso come danno alla salute ex art. 32 Cost. e postula l'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, per atto doloso o colposo.

Il giudicante, respingendo l'eccezione sollevata dall'Ilva s.p.a., ammette la possibilità per il ricorrente di chiedere il risarcimento del c.d. *danno biologico differenziale*, tra quanto liquidato dall'Ente Previdenziale e quanto sarebbe spettato secondo i criteri della responsabilità civile.

La sentenza in esame affronta poi nel merito una delle tematiche più controverse, ossia la rilevanza del giudicato penale nel processo civile ai fini del risarcimento dei danni *ex delicto*.

Il nuovo codice di procedura penale ha proclamato il principio della separazione ed autonomia tra i due giudizi, tuttavia, questa regola non è esente da eccezioni.

In particolare l'art. 651 c.p.p. dispone che la sentenza penale di condanna pronunciata a seguito di dibattimento ovvero a norma dell'art. 442 c.p.p. ha efficacia di giudicato nel processo civile per risarcimento danni con riferimento all'accertamento del fatto-reato, della sua illiceità penale e alla responsabilità del condannato. Il giudicato si estende di conseguenza a tutti gli elementi costitutivi del reato.

Con riguardo al profilo soggettivo, l'efficacia extrapenale opera esclusivamente nei confronti del condannato e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale.

Nel caso di specie, manca il presupposto richiesto dalla norma, ossia l'identità delle parti tra i due giudizi. Infatti, l'Ilva s.p.a. convenuta nel giudizio civile, non è stata parte nel precedente

procedimento penale che ha portato alla condanna dei responsabili dell'azienda per i fatti integranti violenza privata.

Tuttavia, il giudicante superando il limite innanzidetto, ha ritenuto ugualmente operante la pregiudizialità penale e, con un passaggio logico motivazionale di grande rilievo, ha affermato la responsabilità in via solidale della società.

In particolare, ha richiamato il disposto dell'art. 185 del codice penale che estende la responsabilità civile per il reato non solo alla persona del colpevole, ma anche colui che pur non ritenuto penalmente colpevole del reato, deve rispondere delle conseguenze dannose del fatto-reato.

Inoltre, ha ripreso una importante pronuncia della Cassazione del 2008 n. 6033.

La Corte in tale sentenza ha precisato che in base al disposto dell'art. 1228 del codice civile il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera dei terzi, risponde anche dei fatti dolosi e colposi di quest'ultimi, questa norma ha consentito estendere nell'ambito contrattuale la disciplina prevista dall'art. 2049 c.c. riguardante la responsabilità dei padroni e dei committenti³.

Si tratta, di una responsabilità oggettiva del datore di lavoro per tutti quei fatti dolosi o colposi commessi dai terzi, siano essi dirigenti, preposti, della cui attività egli si avvalga nell'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro⁴.

³ R. Giovagnoli, *Giurisprudenza civile 2008*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 707 e ss..

⁴ Si richiama una pronuncia della Cassazione in tema di infortunio di lavoro: Cass. civ., Sez. lav., 18/06/2004, n. 11432. In tema di responsabilità del datore di lavoro per infortunio occorso ad un lavoratore, poiché l'art. 10 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, non solo prevede la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato, ma stabilisce altresì che la responsabilità del datore permane quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio è avvenuto per fatto imputabile a coloro

Orbene, tra gli obblighi cui è tenuto contrattualmente il datore di lavoro vi è quello di tutelare l'integrità psicofisica dei suoi dipendenti prescritto dall'art. 2087 cod. civ..

Tale norma, mancando nel nostro Paese una legislazione specifica che disciplini definitivamente e compiutamente il fenomeno del *mobbing*, viene adottata dai giudici per sanzionare tutti quei comportamenti vessatori in ambito lavorativo che causano danni ai lavoratori.

La condotta illecita posta in essere dai responsabili dell'azienda nei confronti del ricorrente, rappresenta di fatto una violazione dell'obbligo di protezione, infatti, il suo trasferimento nella palazzina *Laf*, le nuove condizioni di lavoro disagiate, l'inattività prolungata, hanno causato seri danni alla sua salute, l'accertamento medico-legale ha evidenziato, nello specifico, l'esistenza di una sindrome ansioso/depressiva, nonché una lesione della integrità psico-fisica.

Appurata la sussistenza del nesso eziologico tra gli atteggiamenti vessatori (integranti reati) e i conseguenti danno subito dal ricorrente, in virtù dei principi sopra esposti, ne deriva la responsabilità dell'Ilva s.p.a al risarcimento dei danni.

Un aspetto rilevante della sentenza in rassegna riguarda la valutazione e la liquidazione dei danni non patrimoniali subiti dal ricorrente.

È risarcibile oltre il danno biologico differenziale, in virtù della lesione dell'integrità psicofisica, anche il danno

che il medesimo datore abbia incaricato della direzione o della sorveglianza del lavoro, se del fatto essi debbano rispondere secondo il codice civile, è priva di rilievo la circostanza che la società datrice di lavoro non sia stata parte nel giudizio penale conclusosi con la condanna del legale rappresentante della società stessa, il quale rappresenta l'organo attraverso il quale il datore di lavoro ha violato l'obbligo di garantire la sicurezza sul lavoro; la sentenza penale di condanna, quale fatto oggettivo, costituisce infatti l'elemento pregiudiziale per la pronuncia di risarcimento del danno in sede civile, mentre il sistema dell'autonomia del processo penale da quello civile, introdotto dal nuovo codice di procedura penale, non ha inciso sulla citata disposizione.

morale, in quanto è la condotta persecutoria integra gli estremi dell'illecito di violenza privata. Secondo, infatti, il preciso limite imposto dall'art. 2059 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 185 c.p., comma 2, il danno morale si concreta in tutte le sofferenze, i patemi d'animo che il soggetto ha subito a causa del fatto idoneo a costituire un reato e, quindi, postula l'accertamento di quest'ultimo.

Inoltre, la giurisprudenza ha riconosciuto come suscettibili di risarcimento ex art. 2059 c.c. anche i danni derivanti dalla lesione della persona di rango costituzionale che, nel caso di specie, si è concretato nella violazione della libera esplicazione della personalità sul luogo di lavoro ex art. 2 Cost..

Questo diritto è stato violato per essere stato il ricorrente estromesso dall'ambiente lavorativo, nonché costretto ad interrompere gli studi universitari a causa del suo equilibrio psicofisico fortemente minato.

La pronuncia in rassegna aderisce al principio enunciato dalle Sezioni Unite, ossia della natura unitaria del danno non patrimoniale, non suscettibile di suddivisioni in sottocategorie; ai fini della sua liquidazione, quindi, è necessario che il giudice tenga sì conto di tutti i pregiudizi subiti dalla vittima, ma può duplicare il risarcimento attraverso una diversa qualificazione di pregiudizi identici. In particolare, laddove a seguito di reato il lavoratore asserisce di aver subito una sofferenza soggettiva (*danno morale*), e deduca delle conseguenze patologiche della stessa, si rientra nell'area del danno biologico, dato che il danno alla salute viene considerato nella sua eccezione più ampia come una lesione dell'integrità non solo fisica, ma anche psichica, fino ad assorbire alcune voci prima considerate separatamente da questo, quali ad esempio, il danno estetico, il danno alla vita di relazione⁵.

Il giudice ha, infine, valutato complessivamente la condotta illecita

posta in essere dalla società convenuta: innanzitutto la durata della stessa, che nello specifico si è protratta per nove mesi, inoltre lo stato di soggezione e di inattività lavorativa in cui è stato posto il ricorrente.

⁵ Cass. civ. SS. UU., 11 novembre 2008 n. 26972.

Autori

- in ordine alfabetico -

ACAMPORA Maria Grazia – Avvocato.

AMORUSO Valentina - Laureanda in Giurisprudenza.

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

BELLARDI Lauralba - Titolare di Previdenza sociale, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari.

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 Valerio A. – Praticante avvocato.

BINETTI Clarenza - Avvocato.

BONANNI Ezio – Avvocato penalista.

BONGERMINO Vitalba - Avvocato.

BRINDICCI Gaetano – Avvocato giuslavorista.

BRUNO Roberta - Avvocato, Cultore della materia di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto), Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

CARDANOBILO Fabio - Avvocato, Cultore della materia 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.

COSTANTINO Nicola – Rettore del Politecnico di Bari.

D'ABRAMO Mariangela – Avvocato.

D'ALESIO Silvia Ardua - Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell'U.O. "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

DE CARO Delia Maria – Praticante avvocato.

DELLI FALCONI Giovanna – Praticante avvocato.

DE LILLO Pierluigi - Praticante avvocato.

DE SIMONE Antonio – Avvocato giuslavorista.

DE VIRGILIO Tiziana Valeriana - Praticante avvocato.

DE VITO Fabio – Praticante avvocato.

DI BIASE Incoronata Marika - Avvocato.

DI BITETTO Sergio – Praticante avvocato.

DI CORATO Mario – Già Funzionario Inps.

FITA ORTEGA Fernando – Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

GASPARRO Nicola – Avvocato giuslavorista.

GERMANO Tommaso - Professore Associato, Titolare di Previdenza Sociale, Facoltà di Giurisprudenza - 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.

LELLA Loredana – Praticante avvocato.

MANGIATORDI Maria - Avvocato.

MARALFA Giuseppe - Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

MATTESI Elena – Dottore commercialista e revisore contabile.

MISCIONE Michele – Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Trieste.

NACUCCHI Miriana – Praticante avvocato.

NORES TORRES Luis Enrique – Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

ORTEGA Fernando Fita - Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

PAPAGNI Felicia - Avvocato.

ROMANO Raffaella - Avvocato.

SBORGIA Maria 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.

