

n. R.G. 5052/2014

Il Giudice

sciogliendo la riserva, ha emesso la seguente ordinanza.

Il ricorrente **S. L.** ha impugnato il duplice licenziamento che gli è stato intimato dal datore di lavoro Trenitalia s.p.a. per ragioni disciplinari con comunicazioni del 1 agosto e 5 settembre 2014. Il primo è stato intimato senza preavviso, mentre al secondo, qualificato per giusta causa, è stata conferita efficacia immediata.

Lc **ni** è macchinista di Trenitalia s.p.a., in servizio dall'1.4.81. E' sempre stato addetto alla Divisione cargo dell'Area nord ovest impianto treno Liguria, con ultima sede di lavoro al deposito locomotive di Genova Rivarolo.

Entrambi i provvedimenti di licenziamento si sono fondati sull'addebito di avere rifiutato - rispettivamente il 15 luglio ed il 20 agosto 2014 - di condurre il convoglio ferroviario cui era stato assegnato ed avere così causato danni patrimoniali all'azienda per il ritardo nella partenza del treno, per la sostituzione del lavoratore con un collega e per un indennizzo dovuto a RFI s.p.a. [all. 28 e 31 al ricorso]. Con entrambi i provvedimenti si è contestata anche la recidiva in cui il ricorrente era incorso, per avere già subito due sospensioni dal servizio, che gli erano state comminate il 7 febbraio ed il 4 giugno 2012, rispettivamente per 6 e 9 giornate, per analoghe condotte.

E' comunque documentato che nello stesso anno 2014 i provvedimenti di licenziamento sono stati preceduti da quattro sanzioni disciplinari conservative, in conseguenza di altri rifiuti risalenti alle date del 20 gennaio, 23 e 29 aprile e 14 maggio [all. 15, 16, 17 e 19 alla memoria di costituzione della convenuta].

Col ricorso in esame il ricorrente ha chiesto accertarsi che gli atti di recesso di Trenitalia s.p.a. sono stati ritorsivi o fondati su un motivo illecito determinante, con conseguente suo diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro; in subordine ha chiesto accertarsene l'illegittimità, con applicazione delle tutele previste dall'art. 18, commi quarto o altrimenti quinto, l. 300/70 (nel testo modificato dall'art. 1 l. 92/2012).

Costituitasi nella presente fase sommaria del giudizio, la convenuta ha contestato il fondamento delle domande avversarie, rivendicando la liceità e la legittimità del proprio operato.

Gli addebiti mossi al ricorrente.

Tutte le condotte del ricorrente sono espressive della sua presa di posizione contraria all'introduzione, nell'organizzazione aziendale di Trenitalia s.p.a., della figura del tecnico polifunzionale col suo inserimento nell'equipaggio di conduzione della locomotiva. In questo modo, su alcune linee ferroviarie specificate, l'equipaggio è composto non più da due macchinisti, ma da un macchinista e dal tecnico polifunzionale, non abilitato alla guida.

Con una lettera del 22.2.2011 egli ha comunicato che, in relazione alle norme di sicurezza vigenti, avrebbe potuto *"astenersi dal compiere l'attività di condotta richiesta in tali condizioni di degrado, a tutela della propria incolumità"*

Si resta in attesa che un agente abilitato alla condotta prenda posto i cabina di guida, ovvero a disposizione, come mio atto di buona fede .. Il mancato riconoscimento di tale atto da parte Vostra, legittimerà il mio comportamento ai sensi dell'art. 1460 c.c., con riserva di valutare l'atteggiamento aziendale anche sotto il profilo risarcitorio.



In presenza di Vostro eventuale ordine reiterato per iscritto, teso in qualunque modo ad imporre l'effettuazione del servizio nelle condizioni di degrado sopra segnalate, il Sottoscritto ribadirà quanto già comunicato con il presente M40.

Quanto sopra vale come comunicazione ai sensi del Dlgs 81/2008 (art. 20 comma 1)" [all. 21 al ricorso].

Coerentemente con questa sua enunciazione, da allora il macchinista Lc ha comunicato la propria indisponibilità a fare parte di equipaggi misti, senza un secondo componente abilitato alla guida, quando vi è stato assegnato. Da ciò sono seguite le reazioni aziendali, espresse inizialmente con sanzioni conservative aggravatesi nel tempo fino ai due licenziamenti per cui è causa.

I fatti che sono stati oggetto delle contestazioni disciplinari non sono dunque controversi. Il ricorrente addirittura non ha impugnato le sanzioni conservative che hanno preceduto i provvedimenti di recesso.

Si tratta piuttosto di stabilire se il rifiuto della prestazione che egli opposto sia stato giustificato, così come ha sostenuto, dall'inadempimento di Trenitalia s.p.a. alle proprie obbligazioni di sicurezza e se, di conseguenza, possa essere fatta valere l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.; valutato sotto il profilo del potere disciplinare rimesso al datore di lavoro, l'interrogativo investe la configurabilità d'una causa di giustificazione che elida l'antigiuridicità delle condotte sanzionate.

In effetti, *"nel caso in cui il datore di lavoro non adotti, a norma dell'art. 2087 cod. civ., tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e le condizioni di salute dei prestatori di lavoro, il lavoratore ha - in linea di principio - la facoltà di astenersi dalle specifiche prestazioni la cui esecuzione possa arrecare pregiudizio alla sua salute; conseguentemente, se il lavoratore prova la sussistenza di tale presupposto, è illegittimo il licenziamento disciplinare intimato a causa del rifiuto del lavoratore di continuare a svolgere tali mansioni"* [Cass., sez. lav., 18 maggio 2006, n.11664. Nello stesso senso Cass., sez. lav., 10 agosto 2012, n. 14375].

Più in particolare, *"il rifiuto di adempimento della prestazione da parte del lavoratore, può ritenersi conforme a buona fede - in applicazione del principio "inadimplenti non est adimplendum" ex art. 1460, secondo comma, cod. civ. - e trovare giustificazione nella mancata predisposizione di misure idonee a tutelare l'integrità fisica del prestatore di lavoro, escludendo la legittimità del licenziamento comminato a suo carico, solo quando questi abbia preliminarmente provveduto ad informare la controparte circa le misure necessarie da adottare ovvero ad evidenziare l'inidoneità di quelle in concreto adottate"* [Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10553].

Sotto quest'ultimo profilo, con la citata comunicazione del 22.2.2011 il ricorrente ha inteso esprimere programmaticamente le ragioni del proprio dissenso dalla soluzione organizzativa dell'equipaggio misto. L'azienda convenuta è stata così posta in condizione di conoscere preventivamente la posizione del proprio lavoratore e di valutarne la legittimità.

Da allora il ricorrente ha conservato un comportamento uniforme. La mancata impugnazione delle sanzioni conservative ha significato l'accettazione implicita, da parte del ricorrente, degli effetti economici della propria posizione. Questi elementi dimostrano come i suoi inadempimenti siano stati motivati da ragioni di sicurezza personale, sicché il suo atteggiamento deve ritenersi improntato a trasparenza nei confronti del datore di lavoro e, dunque, a buona fede.

L'organizzazione degli equipaggi.

La figura del tecnico polifunzionale è stata istituita, inizialmente nel trasporto merci, per fronteggiare la "grave crisi" che ha interessato il settore, anche per effetto della "piena



attuazione del processo di liberalizzazione in Italia del trasporto ferroviario; dovendosi dunque ricercare *“le soluzioni più opportune per affrontare il mercato competitivo in condizioni di maggiore efficienza”*, con accordo sindacale del 17.11.2010 si è individuato questo nuovo profilo professionale [all. 1].

Con tale accordo, integrato da quello del 29.3.2012 [all. 2 mem.], sono state identificate le mansioni del tecnico polifunzionale cargo, designato con la sigla TPC, tra le quali quella di *“supporto al macchinista in servizio ai treni, intervenendo in caso di emergenza per assicurare l’arresto e l’immobilizzo del treno”*.

E’ stato al contempo introdotto un modulo di equipaggio definito *“misto”*, composto da un macchinista e da un tecnico polifunzionale. Il nuovo modulo, alternativo a quello con doppio macchinista prima generalmente applicato, è stato destinato ad operare solo per i servizi programmati nella fascia oraria 5-24 e sulle linee attrezzate con collegamento GSM e con servizi SCMT o SSC: il primo (Sistema di controllo marcia treno) ha la funzione di mantenere sotto vigilanza elettronica il comportamento del personale di macchina; il secondo (Sistema supporto condotta) effettua il controllo del riconoscimento e del modo di guida da parte del macchinista, rispetto ai segnali incontrati lungo la linea e lo stato del segnale stesso trasmesso a bordo.

Agli accordi citati non ha aderito l’organizzazione sindacale O.R.S.A. [all. 14-bis ric.], cui è associato il ricorrente. Essa ha peraltro poi sottoscritto il CCNL del 20.7.2012 che ha previsto la figura del *“tecnico polifunzionale treno”* (TPT). Queste circostanze sono peraltro irrilevanti nella controversia, che attiene ai diritti soggettivi individuali delle parti, tutelati direttamente dalla carta costituzionale (artt. 32 e 41, primo e secondo comma).

Orbene, così come già aveva esposto nella propria comunicazione del 22.2.2011, il ricorrente lamenta che l’equipaggio misto non dia garanzie di adeguata sicurezza al personale di servizio e viaggiante, particolarmente in tratte, come quelle La Spezia-Parma e La Spezia Marittima-Firenze, cui era stato assegnato nelle due occasioni che hanno generato le sanzioni espulsive.

I fattori di rischio specifico delle due linee sarebbero rappresentati da un’altimetria fortemente ondulata ed alterna, dalla presenza di tratti a binario unico, da lunghe gallerie, da stazioni intermedie in larga parte non presidiate da personale, dall’assenza di locomotori di riserva per il caso di guasti. Queste circostanze specifiche, invero non contestate dalla convenute, sono state in buona parte documentate mediante i profili altimetrici delle linee La Spezia-Livorno Centrale e Vezzano-Parma, depositati - così come consente la presente fase formalizzata e priva di decadenze istruttorie - all’udienza del 4.3.2015 [all. 7 e 8].

Anche in libero interrogatorio il ricorrente ha peraltro confermato che, nell’equipaggio misto, il tecnico polifunzionale si trova a fianco del macchinista. Questa presenza e le competenze specifiche che gli sono assegnate per contratto nell’uso dei dispositivi di scambi ed istradamento nonché, soprattutto, nell’interventi emergenziali per assicurare l’arresto e l’immobilizzo del treno sgombrano il campo dall’ipotesi che questo modulo operativo possa influire sulla sicurezza del convoglio ferroviario e degli utenti trasportati, quando il macchinista sia operativo.

La convenuta ha del resto documentato di avere approntato un particolareggiato protocollo di pronto soccorso per garantire i primi interventi a bordo ed un collegamento celere con strutture sanitarie all’arrivo del treno nel primo punto utile di accesso [all. 4, 8, 12, 13, 30 e 31 mem.].



Va ricordato che entrambe le linee predette sono dotate dei sistemi di controllo della marcia o di supporto alla condotta dianzi enunciati e che il personale viaggiante ha in dotazione un sistema di collegamento in telefonia mobile col dirigente centrale operativo.

La questione nodale - su cui si è appuntata anche l'attenzione dei difensori nella discussione della causa - riguarda piuttosto l'adeguatezza del nuovo modulo rispetto alle esigenze di soccorso del macchinista, nel caso in cui venga colto durante il percorso da una necessità malore che gli impedisca di movimentare il locomotore.

L'inadempimento di Trenitalia s.p.a.

Gli obblighi imposti al datore di lavoro dall'art. 2087 c.c. sono specificati, per il caso in esame, dall'art. 45, d. lgs 81/2008, dedicato al primo soccorso.

A tale riguardo, "1. Il datore di lavoro, tenendo conto della natura della attività e delle dimensioni dell'azienda o della unità produttiva, sentito il medico competente ove nominato, prende i provvedimenti necessari in materia di primo soccorso e di assistenza medica di emergenza, tenendo conto delle altre eventuali persone presenti sui luoghi di lavoro e stabilendo i necessari rapporti con i servizi esterni, anche per il trasporto dei lavoratori infortunati.

2. Le caratteristiche minime delle attrezzature di primo soccorso, i requisiti del personale addetto e la sua formazione, individuati in relazione alla natura dell'attività, al numero dei lavoratori occupati ed ai fattori di rischio sono individuati dal decreto ministeriale 15 luglio 2003, n. 388 e dai successivi decreti ministeriali di adeguamento acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

3. Con appositi decreti ministeriali, acquisito il parere della Conferenza permanente, acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, vengono definite le modalità di applicazione in ambito ferroviario del decreto ministeriale 15 luglio 2003, n. 388 e successive modificazioni".

L'art. 2, co. 5, DM 388/2003, recita a sua volta: "Nelle aziende o unità produttive che hanno lavoratori che prestano la propria attività in luoghi isolati, diversi dalla sede aziendale o unità produttiva, il datore di lavoro è tenuto a fornire loro il pacchetto di medicazione di cui all'allegato 2, che fa parte del presente decreto, ed un mezzo di comunicazione idoneo per raccordarsi con l'azienda al fine di attivare rapidamente il sistema di emergenza del Servizio Sanitario Nazionale".

Il decreto interministeriale 19/2011 ha infine definito le modalità applicative del DM 388/2003 da parte delle aziende ferroviarie e, all'art. 4, ha prescritto che "il datore di lavoro che impiega proprio personale nelle attività lavorative di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 2 provvede a fornire ai lavoratori le dotazioni di cui all'articolo 5. I gestori delle infrastrutture e le imprese ferroviarie, coordinandosi fra loro e con i servizi pubblici di pronto soccorso, predispongono procedure operative per attuare uno specifico piano di intervento che preveda per ciascun punto della rete ferroviaria le modalità più efficaci al fine di garantire un soccorso qualificato nei tempi più rapidi possibili anche per il trasporto degli infortunati".

Si può constatare come questo articolato di norme sia orientato a determinare le modalità dei primi interventi sanitari prevalentemente a bordo. Soltanto la seconda parte dell'art. 4 D.M. 19/2011 introduce una prescrizione mirata a disciplinare il soccorso da parte di soggetti esterni. Le linee guida che se ricavano sono essenzialmente tre: l'adozione di procedure specifiche per il coordinamento coi servizi pubblici di pronto soccorso; la garanzia del soccorso qualificato nei modi "più efficaci"; la modulazione dell'intervento per "ciascun punto della rete ferroviaria".

La portata generale di queste locuzioni, con cui si è inteso specificare gli obblighi del datore di lavoro ferroviario, giustifica il richiamo ai parametri ricavati dalla giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 2087 c.c., che è del resto norma di chiusura del



sistema antinfortunistico, estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente considerate.

La sua operatività non è esclusa, ma anzi rafforzata dall'esistenza di norme speciali che dispongano l'adozione di cautele particolari; la norma dell'art. 2087 c.c. obbliga quindi l'imprenditore (la cui iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con la tutela della salute garantita dall'art. 32 della Costituzione) ad adottare, per tutelare le condizioni di lavoro, non solo le specifiche misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo singolo tipo di attività esercitata, ma anche tutte quelle altre che, in concreto, si rendano necessarie allo scopo. Occorre avere riguardo alla particolarità dell'attività lavorativa, all'esperienza ed alla tecnica nonché ad altre norme e misure che, per identità di *ratio*, si adattino alla situazione anche se siano state predisposte ad altri fini o per attività diverse da quella dell'imprenditore [così Cass., sez. lav., 29 marzo 1995, n. 3738, e, in precedenza, sez. lav., 6 settembre 1998, n. 5048].

Un'interpretazione estensiva del disposto dell'art. 2087 c.c. si giustifica col rilievo costituzionale del diritto alla salute ed anche coi principi di correttezza e buona fede, *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., cui deve ispirarsi lo svolgimento del rapporto lavorativo [Cass., sez. lav., 22 marzo 2002, n. 4129].

L'imprenditore ha pertanto l'obbligo fondamentale, sussidiario rispetto alle prescrizioni di specifiche norme antinfortunistiche, di adottare le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, anche rispetto ai rischi insiti nell'ambiente in cui questi si trovi ad operare ed a quelli derivanti dall'azione di fattori esterni od inerenti al luogo in cui tale ambiente si collochi. [Cass., sez. lav., 6 settembre 1995, n. 9401, e 4129/2002 *cit.*].

Nel caso in esame, neppure la parte convenuta ha negato che il nuovo modulo ad equipaggio misto determini un'inevitabile rallentamento dei primi soccorsi al macchinista, nel caso di un malore che gli impedisca di proseguire nella guida: l'assenza di un collega abilitato, infatti, impedisce che il treno possa essere condotto fino al primo punto utile di accesso per i mezzi di soccorso; esso dovrà pertanto sostare in attesa che siano i mezzi di soccorsi a raggiungerlo.

Con l'introduzione del nuovo modello organizzativo Trenitalia s.p.a. si è dotata di specifiche procedure che tengono conto anche di quell'evenienza:

- la prescrizione di esercizio PEIF 22.0, del 11.4.2012, prevede richiesta di soccorso dal treno, "*qualora sia necessario*" e col "*mezzo di comunicazione più idoneo*", al DM/DCO, figura centralizzata di Trenitalia s.p.a., "*cui compete il coordinamento delle attività di soccorso*" [all. 30 mem.];
- la PEIF 22.1, del 5.8.2014, prescrive che la richiesta di soccorso venga diretta al regolatore della circolazione [all. 31];
- il documento di valutazione rischi, di cui all'art. 17 d. lgs 81/2008, richiamato il DM 19/2011, stabilisce la presenza a bordo d'una dotazione minima per treni merci rappresentata da pacchetto di medicazione e telefono di servizio GSM-R (6.3) [all. 8];
- il protocollo predisposto con la Regione Liguria ed il servizio territoriale del 118, per la gestione dell'emergenza in linea in caso di soccorso sanitario, detta le tecnologie per coordinare le situazioni di emergenza e prevede che l'attivazione del soccorso avvenga da parte del dirigente centrale coordinatore movimento (DCCM), che è tenuto ad allertare i necessari soccorsi (pagg. 13-19) [all. 12];



- identica procedura è stabilita dal protocollo con Regione Toscana e 118 [all. 13].

Tutti i documenti confermano dunque - né potrebbe essere altrimenti - che l'assenza d'un secondo operatore abilitato alla guida costringe il treno ad attendere i soccorsi nel luogo in cui esso sia stato costretto a fermarsi dal malore del macchinista. Lungi dal potersi sostituire a lui, almeno per brevi manovre, il tecnico polifunzionale è destinatario di prescrizioni articolate che concernono invece la messa in sicurezza del treno [all. 30 e 31]. Queste operazioni - com'è stato evidenziato nella discussione orale - includono anche l'inserimento delle "staffe" lungo il convoglio, per la sua "immobilizzazione", e si tratta di un'attività potenzialmente lunga e complessa, se svolta in tratti di forte o dubbia pendenza, nell'oscurità o in gallerie.

E' dunque evidente che la nuova organizzazione ha prolungato i tempi d'intervento a tutela della sicurezza del macchinista in modo rilevante e, soprattutto, imprevedibile in ragione della diversità dei luoghi in cui l'emergenza può verificarsi.

Nel caso di grave malore, che richieda un intervento urgente - nella discussione si è fatto riferimento all'infarto miocardico - un siffatto prolungamento è destinato ad avere effetti certamente pregiudizievoli per la salute del lavoratore.

E' da notare che i tempi di soccorso, assistenza medica di emergenza e trasporto del lavoratore, così come determinati dall'assenza d'un secondo macchinista, erano stati definiti "eccessivi" già dal personale di polizia giudiziaria dell'ASL 2 savonese a seguito d'una esercitazione eseguita il 9.6.2011; è stata nell'occasione accertata la violazione dell'art. 45, primo comma, d. lgs 81/2008 [all. 15 ric.], analogamente a quanto valutato il 15.1.2014 dall'ASL Torino3 [all. 18 ric.] ed il 23.1.2013 dall'ASL Marche 3 [doc. 3 depositato all'udienza del 4.3.2015].

La difesa convenuta ha obiettato che il malore del macchinista, grave al punto d'impedirgli di proseguire nella conduzione almeno temporanea del treno, sarebbe un evento tanto raro da risultare statisticamente poco rilevante. Ma l'osservazione si presta ad alcune repliche.

Per ammissione della stessa parte resistente, il macchinista è esposto più di altri lavoratori al rischio di patologie determinate dalla reazione soggettiva alla situazione ambientale in cui opera. Il già citato documento di valutazione dei rischi per l'attività di condotta, infatti, espone (5.1) quale primo fattore di pericolo per il personale di macchina lo "stress lavoro-correlato".

La convenuta non ha inoltre contestato né la casistica riportata in ricorso, sui ritardi negl'interventi di soccorso registratisi in situazioni di malore del macchinista privo di collega abilitato alla guida, né la peculiarità, accennata in precedenza, delle due linee sulle quali il ricorrente ha rifiutato di prendere servizio con equipaggio misto.

Non si è negato, in particolare, che sull'asse La Spezia-Parma vi siano lunghi tratti con binario unico, una galleria di lunghezza pari a circa otto chilometri ed un paio, a binario unico, di circa due chilometri ciascuna; vi sono luoghi impervi, con saliscendi che rendono difficile valutare la pendenza, e taluni a spazi ristretti, dove i mezzi di soccorso avrebbero difficoltà di accesso; vi sono inoltre molteplici stazioni meccanizzate, prive di personale.

In questi contesti, i sistemi di controllo centralizzati ed il collegamento telefonico garantiscono l'immediata localizzazione del treno ed il fermo del traffico interessato all'area di emergenza, ma non influiscono utilmente sulla celerità dei soccorsi, che dipendono dal coordinamento telefonico tra più soggetti ed all'accessibilità dei luoghi. Si riproducono le situazioni valutate dal personale delle Aziende sanitarie nei verbali dianzi richiamati.



E' pur vero che, così come ha osservato la difesa resistente, problematiche analoghe si pongono per ogni attività lavorativa svolta in luoghi isolati. Ma questo rilievo non supera due obiezioni.

La prima è costituita dalla particolarità del "punto della rete ferroviaria". L'art. 4 DM 19/2011 prescrive infatti che le prescrizioni operative adottate dall'imprenditore siano le più efficaci possibili in funzione del diverso punto della rete. Vi sono aree pianeggianti e prive di gallerie, diverse dalle due linee cui è stato assegnato il ricorrente, in cui anche il modulo ad equipaggio misto potrebbe essere applicato senza criticità per gli interventi in soccorso del macchinista.

La seconda obiezione deriva dall'esistenza d'una organizzazione del lavoro differente nel passato. La presenza diffusa del doppio operatore abilitato alla guida, prima che fosse istituita la figura del tecnico polifunzionale, rappresenta infatti la dimostrazione ontologica della possibilità, concreta ed economicamente praticabile, d'una soluzione più confacente alle esigenze della sicurezza; ed è una soluzione che l'azienda stessa si era evidentemente rappresentata, avendola applicata in via generale.

Le tecnologie avanzate, rappresentate dai sistemi SCMT e SSC, di cui s'è detto, sono funzionali ai soli controlli sull'andamento del traffico e sulle modalità di conduzione dei treni; non risulta invece - né comunque è stato dedotto - che esse giovino alle comunicazioni tra personale di bordo e personale di terra o che possano agevolare interventi d'emergenza sui treni.

E' vero, dunque, che vi sono attività che, per loro intrinseche caratteristiche, comportano dei rischi per la salute del lavoratore, ineliminabili, in tutto o in parte, dal datore di lavoro; esse comportano una necessaria accettazione di quei rischi, legittimata sulla base del principio del bilanciamento degli interessi. Pur tuttavia, è configurabile una responsabilità del datore di lavoro, se questi, "con comportamenti specifici ed anomali, da provarsi di volta in volta da parte del soggetto interessato, determini un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere" [Cass., sez. lav., 30 agosto 2000, n. 11427. Sulla necessità di mantenimento delle comuni tecniche di sicurezza cfr. anche Cass. 5048/88 cit.].

Nel caso in esame, i comportamenti "specifici ed anomali" vanno ricondotti all'arretramento considerevole del livello di tutela del macchinista causato dall'applicazione d'un modello organizzativo esteso a linee ferroviarie, quali la cd. Pontremolese e la La Spezia-Firenze, nelle quali la configurazione dei luoghi e dei percorsi rende oltremodo difficoltoso ed intempestivo il suo soccorso.

Come emerge fin dall'incipit del verbale d'accordo del 17.11.2000, il degrado della tutela è dipeso dall'esigenza esclusiva di "consentire una maggiore flessibilità organizzativa ed economicità del servizio di trasporto merci". Sono le stesse motivazioni ribadite nel verbale d'accordo del 29.3.2012: maggiore "efficienza e produttività" dell'organizzazione del lavoro, per soddisfare le richieste della clientela, ed un trasporto "più economico e concorrenziale", per intercettare nuove opportunità di traffico.

Le ragioni della scelta di Trenitalia s.p.a. sono dunque tutte rientrate nella logica d'impresa e di mercato. Nel bilanciamento tra contrapposti interessi, esse recedono di fronte all'esigenza di salvaguardia dell'incolumità del lavoratore, che trova tutela nell'art. 32 della Costituzione, poiché l'adozione nel passato del diverso modulo a doppio conduttore dimostra la piena compatibilità economica con la misura di sicurezza.

Si configura pertanto un inadempimento della convenuta all'obbligazione di adottare tutte le misure necessarie a prevenire rischi per la salute del ricorrente. La sua astensione



dalle prestazioni che gli sono state richieste, rispettivamente, il 26 giugno ed il 28 luglio 2014 risulta di conseguenza legittima.

Un'ultima considerazione merita il rilievo sollevato nella discussione orale della causa dalla difesa resistente circa l'impossibilità di sindacare le scelte organizzative compiute dalla convenuta senza prima rimuovere, eventualmente promuovendo un giudizio incidentale di costituzionalità, le fonti convalidate dall'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie.

L'Agenzia è stata istituita con d. lgs 162/2007, art. 4, recependo la direttiva 2004/49/CE sulla sicurezza delle ferrovie dell'Unione. Non ha funzione di produzione normativa; le competono invece il riordino del quadro esistente, la verifica dell'applicazione delle norme, la validazione dei processi di autorizzazione e omologazione dei sistemi adottati ed il rilascio dei certificati di sicurezza alle imprese ferroviarie. La derivazione legislativa dell'ente non fa pertanto venire meno la natura amministrativa dei suoi atti.

Nella decisione richiesta dal ricorrente il quadro normativo è dato invece da norme primarie (art. 2087 c.c.; d.lgs 81/2008) o regolamentari attuative delle prime (DM 288/2003 e DM 19/2011), alla cui approvazione l'Agenzia non ha ovviamente contribuito. Qualora l'a.g.o. ne accerti la violazione, con conseguente lesione di diritti soggettivi, gli eventuali atti amministrativi che vi abbiano concorso sono da intendersi disapplicati.

Nel caso in esame le ragioni del ricorrente derivano dalla diretta applicazione dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 4 DM 19/2011 che si coordina col primo. Il suo inadempimento è scriminato in forza di queste disposizioni. Non si pone pertanto una questione di costituzionalità delle norme fondative dell'Agenzia anche nel caso essa abbia validato il modello organizzativo di Trenitalia s.p.a. in contestazione o ne abbia certificato la specifica sicurezza.

La tutela del ricorrente rispetto al licenziamento.

Il ricorrente ha ravvisato nel recesso un atto di ritorsione verso il proprio, legittimo, comportamento ed ha chiesto pertanto in via prioritaria la tutela di cui all'art. 18, primo comma, l. 300/70, nel testo modificato dall'art. 1, co. 42, l. 92/2012.

La domanda non è fondata.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, il licenziamento ritorsivo subisce gli stessi effetti del licenziamento discriminatorio quando il datore di lavoro l'abbia intimato per un motivo illecito determinate, ai sensi dell'art. 1343 c.c.; occorre cioè *"che tale intento abbia avuto un'efficacia determinativa ed esclusiva del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto"* [cfr. Cass., sez. lav., 9 marzo 2011, n. 5555].

Trenitalia s.p.a. ha licenziato il ricorrente dopo avere reagito ai suoi reiterati rifiuti con iniziale di tolleranza - egli stesso ha ammesso in interrogatorio di non essere stato sempre sanzionato - ed una successiva progressione disciplinare. Ogni sanzione è stata motivata dalla mancata prestazione di attività lavorativa e dai danni economici ed organizzativi che essa le ha cagionato. I licenziamenti sono stati perciò irrogati al culmine di quella progressione, quando è risultata evidente l'inconciliabilità tra la presenza in servizio del ricorrente e l'assetto - pur illecito, per quanto si è accertato - aziendale.

Non è conseguentemente ravvisabile alcun intento *"vendicativo o di rappresaglia"* [cfr. Cass., sez. lav. 18 marzo 2011, n. 6282] verso il ricorrente da parte della convenuta, che ha agito nell'evidente volontà di conservare l'effettività della propria organizzazione, perseguita con un complesso sistema di provvedimenti operativi e di relazioni sindacali.



I licenziamenti vanno piuttosto annullati perché l'esistenza della causa di giustificazione accertata fa venire meno l'antigiuridicità in sé delle condotte addebitate al lavoratore.

Il recente dibattito sviluppatosi sulla locuzione "*insussistenza del fatto contestato*" dell'art. 18, quarto comma, l. 300/70 (nel testo introdotto dalla l. 92/2012), ha portato al confronto tra due opposte letture interpretative, designate con le formule sintetiche della tesi del "fatto materiale" e della tesi del "fatto giuridico".

La seconda ha avuto una certa prevalenza in dottrina ed è stata seguita anche dal tribunale di Genova, poiché si è ritenuto che il legislatore non abbia inteso negare la tutela più piena nei casi in cui le condotte addebitate disciplinarmente si fossero rivelate connotate da elementi (cause di giustificazioni, circostanze attenuanti, imputabilità) tali da renderle prive di qualsiasi offensività per il datore di lavoro o addirittura non riferibili alla sfera soggettiva del lavoratore. Alle conseguenze opposte si giungerebbe infatti qualora si ritenesse che il "*fatto contestato*" vada identificato col comportamento nella sua materialità, a prescindere dalle componenti che ne configurano non solo la gravità, ma, prima ancora, l'antigiuridicità.

A questa prima fase applicativa sono seguite due novità: la Corte di cassazione si è per la prima volta espressa in termini espliciti sulla questione, affermando che, nel sistema dell'art. 18 novellato dalla l. 92/2012, "*la reintegrazione postula la verifica dell'insussistenza del fatto materiale addotto a fondamento del licenziamento, che si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, di esso, senza margini per valutazioni discrezionali, irrilevante essendo il profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato*" [Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669]; l'art. 3, secondo comma, d. lgs 23/2015 ha di recente riconosciuto la reintegra ai lavoratori "*esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato*".

La nuova disposizione fa parte del complesso normativo introdotto per tutti quanti siano stati assunti con il cd. contratto a tutele crescenti. Oltre a non essere applicabile al caso in esame, essa è dunque inserita in un quadro di diritti e garanzie diversamente bilanciati. La norma non è pertanto rapportabile alla disciplina della l. 92/2012 né risulta utilizzabile sul piano interpretativo per argomentare nell'uno o nell'altro senso.

Occorre piuttosto interrogarsi sulla portata interpretativa della sentenza 23669/2014. Va ricordato che in precedenza la Suprema Corte pareva essersi espressa in senso difforme, seppure con un *obiter dictum* [sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10550]. Inoltre la pronuncia, al di là dell'enunciato di principio, ha escluso, come s'è visto, la specifica rilevanza del giudizio di proporzionalità, negando dunque l'applicazione della tutela reintegratoria nell'ipotesi in cui l'addebito deve dirsi configurato nella sua pienezza, salvo che nella relazione con la sanzione irrogata.

La fattispecie in esame ha tutt'altra connotazione. L'esistenza della circostanza esimente priva la condotta della sua valenza d'illiceità, alla stessa stregua della reazione adottata per stato di necessità o legittima difesa. Negarne la rilevanza per accordare la tutela più piena al lavoratore illegittimamente licenziato si porrebbe dunque in contrasto con i principi fondanti del potere sanzionatorio affidato al datore di lavoro.

Si deve pertanto confermare l'orientamento finora maturato dal tribunale di Genova per l'applicazione, in un'ipotesi siffatta, dell'art. 18, quarto comma, l. 300/70.

Il ricorrente ha depositato nell'ultima udienza il proprio stato di permanente disoccupazione. Tra la data dell'ultimo licenziamento [all. 24 mem.] e quella odierna sono trascorsi meno di sei mesi e mezzo.



Pertanto la convenuta va condannata a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro ed a corrispondergli sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre alla contribuzione maturata dal recesso.

Sulle somme che risultano dovute ad indennizzo per il licenziamento ingiustificato vanno applicati rivalutazione monetaria e interessi legali, a seguito della sentenza del 23 ottobre 2000, n. 459, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 22 comma trentasei l. 724/94. Gli interessi devono calcolarsi sul capitale rivalutato annualmente, secondo il più recente orientamento della Corte Suprema [Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 38].

Poiché il diritto del lavoratore al risarcimento del danno sorge dalla data del licenziamento, da questa stessa devono decorrere gli accessori, trattandosi di somme che egli avrebbe percepito nel caso in cui avesse effettivamente reso la prestazione di lavoro [Cass., sez. lav., 29 maggio 1995, n. 5993].

Poiché l'indennizzo copre il periodo fino alla pronuncia della decisione - secondo la *ratio* della sentenza di Corte cost. 303/2011 - restano inoltre dovute al ricorrente le retribuzioni che maturino dalla data odierna fino a quella della sua effettiva reintegra nel posto lavorativo.

Quanto alle spese di lite, nella vigenza del testo novellato dell'art. 92 c.p.c. occorre pur sempre considerare l'assoluta novità delle questioni giuridiche trattate in ordine sia alla conformità alla legge del sistema di organizzativo adottato da Trenitalia s.p.a. sia all'applicazione dell'art. 18, quarto comma, l. 300/70 (anche dopo la pronuncia 23669/2014 della Corte di Cassazione).

E' dunque corretto compensare integralmente tra le parti le spese di lite nella presente fase.

P.Q.M.

visto l'art. 1 legge 92/2012,

- a) annulla i licenziamenti intimati al ricorrente con comunicazioni dell'1.8.2014 e del 5.9.2014;
- b) dichiara per l'effetto tenuta e, conseguentemente, condanna la convenuta, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, a reintegrarlo nel posto di lavoro ed corrispondergli sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto nonché, dalla data odierna, le retribuzioni maturate fino all'effettiva reintegrazione nel posto di lavoro, maggiorate degli interessi legali, sugli importi capitali da rivalutarsi anno per anno, dalle singole scadenze e sino al saldo;
- c) condanna la convenuta, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, a versare al ricorrente i contributi previdenziali ed assistenziali maturati dalla data del licenziamento e fino a quello dell'effettiva reintegrazione;
- d) compensa tra le parti le spese del procedimento.

Genova, 23 marzo 2015

IL GIUDICE
Marcello Basilico

