

Civile Sent. Sez. L Num. 8911 Anno 2019

Presidente: NOBILE VITTORIO

Relatore: MAROTTA CATERINA

Data pubblicazione: 29/03/2019

SENTENZA

sul ricorso 20656-2016 proposto da:

[REDACTED] S.P.A. C.F. **[REDACTED]** -
Società con socio unico, soggetta
all'attività di direzione e coordinamento
di **[REDACTED]** Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., in
persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,
VIA **[REDACTED]** **[REDACTED]**, presso lo studio
dell'avvocato **[REDACTED]**, che la
rappresenta e difende unitamente

2019

109

all'avvocato [REDACTED];

- ricorrente -

contro

[REDACTED] SORENGONI SILVIO, elettivamente domiciliato
in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 19,
presso lo STUDIO GREZ & ASSOCIATI,
rappresentato e difeso dall'avvocato
[REDACTED];

- controricorrente -

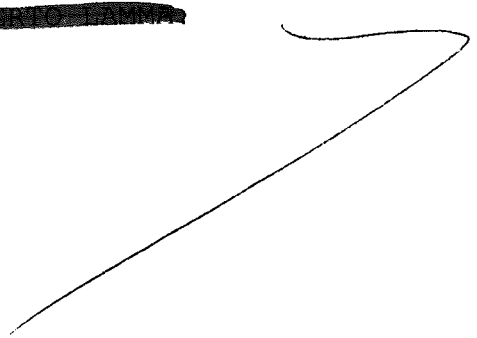
avverso la sentenza n. 320/2016 della CORTE
D'APPELLO di GENOVA, depositata il
19/07/2016 R.G.N. 611/2015;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 10/01/2019 dal
Consigliere Dott. CATERINA MAROTTA;

udito il P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale Dott. RITA SANLORENZO
che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato [REDACTED];

udito l'Avvocato [REDACTED];



FATTI DI CAUSA

1.1. Con ricorso ex art. 1, co. 47 e ss., l. n. 92/2014 al Tribunale di Genova ~~Silvio Lorenzoni~~ dipendente di ~~Terraviva~~ S.p.A. dal 1° aprile 1981 con mansioni di macchinista, impugnava i licenziamenti disciplinari - il primo, con preavviso, del 1° agosto 2014 e il secondo, senza preavviso, del 5 settembre 2014 - intimatigli dalla società a fronte del suo rifiuto di condurre il treno senza la presenza in cabina di un secondo agente abilitato alla condotta.

1.2. Il Tribunale annullava i licenziamenti ritenendo che il rifiuto della prestazione fosse giustificato dal dedotto inadempimento da parte di ~~Terraviva~~ S.p.A. rispetto alle obbligazioni di sicurezza (art. 2087 cod. civ.) e riteneva fondata la prospettazione del ricorrente secondo cui il suddetto rifiuto di rendere la prestazione configurasse una legittima eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.).

1.3. La decisione era confermata in sede di opposizione.

1.4. Il reclamo proposto dalla società era respinto dalla Corte d'appello di Genova.

Escludeva la Corte territoriale che il giudice dell'opposizione, esorbitando dalle prerogative della funzione giurisdizionale, avesse imposto alla società l'adozione di una determinata posizione di lavoro.

Condivideva l'assunto circa la configurabilità del rifiuto alla stregua di un'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 cod. civ. e richiamava la sentenza di questa Corte n. 11427/2000 sulla 'peculiare funzione dinamica' dell'art. 2087 cod. civ..

Richiamava, inoltre, quanto alla possibilità per il lavoratore di avvalersi dell'eccezione d'inadempimento nei confronti del datore di lavoro che non rispetti le prescrizioni di cui all'art. 2087 cod. civ., Cass. n. 11664/2006 e Cass. n. 14375/2012 rilevando che il giudice del lavoro, ai fini della decisione sulla legittimità di un licenziamento, ben può valutare la salubrità dell'ambiente lavorativo e l'idoneità delle misure antinfortunistiche apprestate dal lavoratore senza che ciò configuri una illecita intromissione nei poteri organizzativi spettanti al medesimo.

Condivideva la valutazione del Tribunale circa la violazione, nello specifico, dell'art. 2087 cod. civ. rilevando un *deficit* di sicurezza ed un arretramento della tutela antinfortunistica per il macchinista che, colto da malore, in assenza di altro macchinista a seguito dell'adozione del modulo ad equipaggio 'misto' (macchinista e tecnico polifunzionale treno), fosse impossibilitato a proseguire nella conduzione del treno laddove anche il decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti n. 19/2011 all'art. 4 prevedeva a carico delle imprese ferroviarie la predisposizione di procedure operative e di piani di intervento al fine di garantire un soccorso qualificato nei tempi più rapidi possibili anche per il trasporto degli infortunati.

Riteneva, quanto alla dedotta scarsa probabilità statistica di verifica degli eventi paventati dal ██████████, che il Tribunale avesse puntualmente dato atto sia della analitica casistica riferita dal ricorrente (non contestata da controparte)

sia del fatto che la figura professionale del macchinista è esposta più di altre alle patologie causate dallo *stress*.

Rilevava che il dipendente avesse correttamente formulato nei confronti della società le ragioni del proprio rifiuto ed escludeva che l'art. 56 lett. h) del c.c.n.l., che consente al lavoratore di non ottemperare all'ordine rinnovato per iscritto solo nell'ipotesi che la sua esecuzione importi violazione di norme penalmente rilevanti, potesse derogare a norme imperative quale l'art. 2087 cod. civ. pregiudicando il diritto dei lavoratori di far valere l'eccezione d'inadempimento nel caso di violazione di tale norma.

Quanto alle conseguenze della declaratoria d'illegittimità dell'adottato provvedimento espulsivo, riteneva che la sussistenza di una esimente, neutralizzando l'illiceità dell'addebito disciplinare, integrasse l'insussistenza del fatto e quindi comportasse la reintegra nel posto di lavoro.

2. Avverso l'anzidetta sentenza della Corte territoriale ~~XXXXXXXXXX~~ S.p.A. ha proposto ricorso per cassazione fondato su cinque motivi.

3. ~~XXXXXXXXXX~~ ha resistito con controricorso.

4. Con ordinanza interlocutoria del 24 maggio 2018 la causa è stata rimessa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite in riferimento alla questione di giurisdizione posta con il terzo motivo di ricorso.

Con provvedimento in data 4 giugno 2018, il Primo Presidente ha restituito gli atti alla Sezione lavoro rilevando che il motivo di ricorso in questione non integrasse, in realtà,

una questione di giurisdizione di competenza delle Sezioni Unite.

5. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la società ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1460, 2697 e 2087 cod. civ. (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.).

Lamenta che la Corte territoriale abbia erroneamente ritenuto assolto da parte del lavoratore l'onere di provare il fatto costitutivo dell'eccezione di inadempimento ovvero, nel caso in esame, la pretesa violazione delle previsioni di cui all'art. 2087 cod. civ..

Rileva che non era stata fornita alcuna prova atta dimostrare che il sistema dell'equipaggio misto (ad unico macchinista) fosse lesivo dell'integrità-psico fisica del lavoratore.

Evidenzia che la casistica invocata dal lavoratore riguardava episodi di malore verificatisi negli anni antecedenti l'introduzione del nuovo modulo organizzativo e che il macchinista, proprio per la considerazione inerente lo *stress* cui è esposto è sottoposto ad un sistema di sorveglianza sanitaria molto stringente che consente, a monte, di prevenire i rischi paventati dal lavoratore.

2. Con il secondo motivo la società denuncia la violazione dell'art. 56 lett. h) del c.c.n.l. attività ferroviaria del 20/7/2012, degli artt. 1362 e ss. cod. civ., dell'art. 1460 cod. civ. (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.).

Censura la sentenza impugnata per aver ritenuto legittima la mancata ottemperanza del lavoratore all'ordine, rinnovato per iscritto, di rendere la prestazione lavorativa come comandata in forza dell'asserito contrasto del modulo di condotta ad equipaggio misto rispetto all'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ. in aperta violazione della norma contrattuale.

Rileva che la disposizione di cui all'art. 56 c.c.n.l. legittima il lavoratore a non ottemperare all'ordine rinnovato per iscritto solo nell'ipotesi in cui la sua esecuzione importi violazione di norme penalmente sanzionate.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 2, 4, 5, 7, del d.P.R. n. 277/1998 (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.), difetto di giurisdizione del giudice del lavoro.

Rileva che a fronte dell'avvenuto regolare adempimento di tutte le norme relative alla sicurezza nei trasporti, la Corte territoriale non avrebbe potuto ingerirsi nella valutazione di correttezza dell'adozione del modulo di condotta ad equipaggio misto effettuando così un sindacato su una questione in relazione alla quale difettava di giurisdizione.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2087 cod. civ., dell'art. 45, co. 1, d.lgs. n. 81/2008, dell'art. 2, co. 5, D.M. n. 388/2003, dell'art. 4 D.M. n. 19/2011 (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.), violazione e falsa applicazione degli artt. 111, co. 6, Cost. 132 cod. proc. civ. e 118 disp. att. cod. proc. Civ. (art. 360, n. 3,



cod. proc. civ.), nullità della sentenza per difetto di motivazione sul punto (art. 360, n. 4, cod. proc. civ.).

Lamenta che la Corte territoriale non abbia tenuto conto dell'adempimento da parte della società a tutte le norme (di fatto violate) prevedenti peculiari obblighi datoriali nel caso di lavoratore 'isolato' i quali presuppongono l'assenza (lungi dall'imporre la presenza) di soggetti in grado di trasportare il lavoratore verso i sanitari.

Rileva che il ragionamento svolto dalla Corte territoriale varrebbe ad inibire *tout court* la prestazione lavorativa di un lavoratore solitario, in quanto l'obbligo di sicurezza potrebbe dirsi assolto solo mediante il suo affiancamento con altri colleghi.

Del tutto illogicamente ed arbitrariamente i giudici di appello sarebbero giunti a ritenere che la sicurezza del modulo di condotta ad equipaggio misto possa garantirsi solo mediante moltiplicazione degli agenti stessi, giungendo di fatto all'abrogazione del modulo in esame.

5. Con il quinto motivo la società denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 18, co. 4, l. n. 300/1970 (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.).

Lamenta che erroneamente sia stato ritenuto insussistente il fatto contestato in ragione di una esimente che non poteva essere configurata.

6. Ragioni di ordine logico impongono l'esame prioritario del terzo motivo di ricorso che è infondato.



7. La società lamenta che le censure della Corte territoriale non avrebbero potuto investire l'adozione del modulo di condotta ad equipaggio 'misto' essendo precluso al giudice ordinario di valutare il livello di sicurezza della circolazione ferroviaria conseguente alle modalità tecniche ed organizzative previste ed autorizzate dal gestore dell'infrastruttura.

Tuttavia tali doglianze, nonostante la formale proposizione della questione in termini di giurisdizione, riguardano il merito della causa.

Come da questa Corte già affermato, quando in una controversia tra privati, attinente a diritti soggettivi, il giudice debba vagliare situazioni presentanti aspetti di pubblico interesse o possa trovarsi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei poteri al riguardo del giudice ordinario attengono, data l'estraneità della pubblica amministrazione al giudizio, al merito e non alla giurisdizione, investendo l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) - v. Cass., Sez. U. 6 maggio 2003, n. 6887; Cass., Sez. U., 23 dicembre 2005, n. 28500 -.

8. Sono, invece, fondati, nei termini di seguito illustrati il primo e il quarto motivo di ricorso.

9. Ritiene il Collegio che, al di là dell'ampia motivazione della sentenza impugnata (concentrata, in sostanza, soltanto



sull'accertamento del 'rallentamento dei primi soccorsi da portare al macchinista con conseguente aumento del rischio' e sui 'caratteri peculiari' della 'tratta'), non siano stati compiutamente e propriamente osservati i principi enunciati da questa Corte in materia di accertamento dell'inadempimento datoriale ed anche di valutazione comparativa dei rispettivi inadempimenti.

10. La natura contrattuale della responsabilità incombente sul datore di lavoro in relazione al disposto dell'art. 2087 cod. civ. è ormai da tempo consolidata. L'incorporazione dell'obbligo di sicurezza all'interno della struttura del rapporto obbligatorio non rappresenta una mera enclave della responsabilità aquiliana nel territorio della responsabilità contrattuale, relegata sul piano del *non facere*. È fonte, invece, di obblighi positivi (e non solo di mera astensione) del datore il quale è tenuto a predisporre un ambiente ed una organizzazione di lavoro idonei alla protezione del bene fondamentale della salute, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa con la conseguenza che è possibile per il prestatore di eccepirne l'inadempimento e rifiutare la prestazione pericolosa (art. 1460 cod. civ.).

Alla luce della sua formulazione 'aperta' - declinata attraverso i parametri della 'particolarità del lavoro', intesa come complesso di rischi e pericoli che caratterizzano la specifica attività lavorativa, della 'esperienza', intesa come conoscenza di rischi e pericoli acquisita nello svolgimento della specifica attività lavorativa e della 'tecnica', intesa come

progresso scientifico e tecnologico attinente a misure di tutela su cui il datore di lavoro deve essere aggiornato - la giurisprudenza consolidata è concorde nell'assegnare all'art. 2087 cod. civ. il ruolo di norma di chiusura del sistema di prevenzione, operante cioè anche in assenza di specifiche regole d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma volta a sanzionare, anche alla luce delle garanzie costituzionali del lavoratore, l'omessa predisposizione di tutte quelle misure e cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della maggiore o minore possibilità di venire a conoscenza e di indagare sull'esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico (v., tra le tante, Cass. 14 gennaio 2005, n. 644; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2491; Cass. 23 settembre 2010, n. 20142; Cass. 3 agosto 2012, n. 13956; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24742).

Se è vero, poi, che va attribuita alla disposizione di cui all'art. 2087 cod. civ. anche una 'funzione dinamica', in quanto norma diretta a spingere l'imprenditore ad attuare, nell'organizzazione del lavoro, un'efficace attività di prevenzione attraverso la continua e permanente ricerca delle misure suggerite dall'esperienza e dalla tecnica più aggiornata al fine di garantire, nel migliore dei modi possibili, la sicurezza dei luoghi di lavoro, tuttavia la responsabilità datoriale non è suscettibile di essere ampliata fino al punto da comprendere, sotto il profilo meramente oggettivo, ogni



ipotesi di lesione dell'integrità psico-fisica dei dipendenti (e di correlativo pericolo). L'art. 2087 cod. civ. non configura infatti un'ipotesi di responsabilità oggettiva essendone elemento costitutivo la colpa, quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore.

Né invero può desumersi dall'indicata disposizione un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire così un ambiente di lavoro a 'rischio zero' quando di per sé il pericolo di una lavorazione o di un'attrezzatura non sia eliminabile; egualmente non può pretendersi l'adozione di accorgimenti per fronteggiare evenienze infortunistiche ragionevolmente impensabili (v. Cass. 27 febbraio 2017, n. 4970; Cass. 22 gennaio 2014, n. 1312). Questo perché, ove applicabile, avrebbe come conseguenza l'ascrivibilità al datore di lavoro di qualunque evento lesivo, pur se imprevedibile ed inevitabile. Come più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte (v. Cass. 15 giugno 2016, n. 12347; Cass. 10 giugno 2016, n. 11981) non si può automaticamente presupporre, dal semplice verificarsi del danno, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate, ma è necessario, piuttosto, che la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto.



11. Posta, come detto, la rilevanza contrattuale dell'art. 2087 cod. civ., va, poi, ricordato che, sul piano della ripartizione dell'onere probatorio, al lavoratore spetta lo specifico onere di riscontrare il fatto costituente inadempimento dell'obbligo di sicurezza nonché il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso ed il danno da lui subito, mentre - in parziale deroga al principio generale stabilito dall'art. 2697 cod. civ. - non è gravato dall'onere della prova relativa alla colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra ad integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, onere che, invece, incombe sul datore di lavoro e che si concreta nel provare la non imputabilità dell'inadempimento. Diversamente, invece, si atteggia il contenuto dei rispettivi oneri probatori a seconda che le misure di sicurezza - asseritamente omesse - siano espressamente e specificamente definite dalla legge (o da altra fonte ugualmente vincolante), in relazione ad una valutazione preventiva di rischi specifici (quali le misure previste dal d.lgs. n. 81/2008 e successive integrazioni e modificazioni come dal precedente d.lgs. n. 626/1994 e prima ancora dal precedente n. 547/1955), oppure debbano essere ricavate dallo stesso art. 2087 cod. civ., che impone l'osservanza del generico obbligo di sicurezza. Nel primo caso - riferibile alle misure di sicurezza cosiddette 'nominate' - il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa - ovvero il rischio specifico che si intende prevenire o contenere



- nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura ed il danno subito. La prova liberatoria incombente sul datore di lavoro si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore, ossia nel riscontro dell'insussistenza dell'inadempimento e del nesso eziologico tra quest'ultimo e il danno. Nel secondo caso - in cui si discorre di misure di sicurezza cosiddette 'innominate' - la prova liberatoria a carico del datore di lavoro (fermo restando il suddetto onere probatorio spettante al lavoratore) risulta invece generalmente correlata alla quantificazione della misura della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza, imponendosi, di norma, al datore di lavoro l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge (o altra fonte equiparata), siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli 'standards' di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe (v. Cass. 25 maggio 2006, n. 12445; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3033; Cass. 2 luglio 2014, n. 15082; Cass. 26 aprile 2017, n. 10319; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4084; Cass. 31 ottobre 2018, n. 27964).

12. Gli aspetti che principalmente rilevano nella presente fattispecie sono quello relativo all'accertamento della responsabilità datoriale e quello, conseguente, relativo all'eccezione di inadempimento.

13. Quanto al primo aspetto, ritiene il Collegio che sia stata innanzitutto trascurata la verifica, ai fini del diverso

atteggiarsi dell'onere probatorio, secondo la distinzione tra misure 'nominate' e 'misure innominate' prevista dalle pronunce da ultimo citate.

14. Nel caso in esame non pare ragionevolmente in contestazione che la società abbia rispettato le misure di sicurezza 'nominate' e le normative specifiche.

Non è infatti in discussione che l'Azienda abbia ottemperato a quanto previsto dall'art. 45 del d.lgs. n. 81/2008 in materia di primo soccorso e di assistenza medica di emergenza, tenuto conto delle altre eventuali persone presenti sui luoghi di lavoro e stabiliti i necessari rapporti con i servizi esterni, anche per il trasporto dei lavoratori infortunati.

Né è in discussione il rispetto del D.M. 15 luglio 2003, n. 388 a mente del quale il datore di lavoro è tenuto a fornire ai lavoratori che prestano la propria attività in luoghi isolati, diversi dalla sede aziendale o unità produttiva; a) una cassetta di pronto soccorso, tenuta presso ciascun luogo di lavoro, adeguatamente custodita in un luogo facilmente accessibile ed individuabile con segnaletica appropriata, contenente la dotazione minima indicata nell'allegato 1, che fa parte del medesimo decreto, da integrare sulla base dei rischi presenti nei luoghi di lavoro e su indicazione del medico competente, ove previsto, e del sistema di emergenza sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale, e della quale sia costantemente assicurata, la completezza ed il corretto stato d'uso dei presidi ivi contenuti; b) un mezzo di comunicazione



idoneo ad attivare rapidamente il sistema di emergenza del Servizio Sanitario Nazionale.

Neppure è in contestazione che di tale nuovo modulo organizzativo sia stato adeguatamente vagliato l'impatto sulla salute e sicurezza dei lavoratori nell'ambito della valutazione dei rischi di cui agli artt. 17 e 28 del d.lgs. n. 81/2008.

E' del pari incontroverso che sia stata attuata nei confronti dei macchinisti in generale e del ██████████ in particolare la costante sorveglianza sanitaria tesa proprio a ridurre a prevenire rischi di malori in ottemperanza alle disposizioni di cui al d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 247 'Attuazione della direttiva 2007/59/CE relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità' (si veda, in particolare, l'art. 15 di tale d.lgs. sulle visite periodiche e i controlli relativi ai requisiti medici).

Quanto all'art. 4 del D.M. 24 gennaio 2011, n. 19 (Regolamento sulle modalità di applicazione in ambito ferroviario, del decreto 15 luglio 2003, n. 388, ai sensi dell'articolo 45, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81) individuante l'obbligo per i gestori delle infrastrutture e per le imprese ferroviarie di predisporre "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 attraverso il coordinamento con i gestori delle infrastrutture e con i servizi di pubblici di pronto soccorso per



interventi in ciascun punto della rete ferroviaria nei tempi più rapidi possibili anche per il trasporto degli infortunati”, oltre a rilevarsi che si tratta di disposizione meramente programmatica non può non evidenziarsi che risulta documentalmente provato che l’adempimento (e cioè la predisposizione delle procedure) sia stato realizzato attraverso l’adozione di specifici protocolli coinvolgenti i gestori delle infrastrutture ferroviarie territoriali ed i servizi di pronto intervento sanitario prevedenti la classificazione delle situazioni di emergenza che rendono necessaria l’attivazione del 118 e gli strumenti operativi a concreto supporto delle parti coinvolte (collegamenti telefonici dedicati tra FRI e le centrali operative del 118, sistema di telefonia mobile GSM-R attivo anche in galleria, interconnessione con altre reti GSM di operatori pubblici per consentire un servizio di *roaming* sulle aree non coperte dal sistema) nonché attraverso precise disposizioni per il tecnico polifunzionale (in ordine sia all’attivazione dell’emergenza sia alla messa in sicurezza del convoglio).

Il modello organizzativo dell’equipaggio c.d. misto costituito da un agente abilitato alla condotta e da un tecnico polifunzionale treno è stato, del resto, autorizzato dall’Autorità preposta alla sicurezza del trasporto ferroviario e cioè dall’Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie che, istituita con d.lgs. 10 agosto 2007, n. 162 ‘Attuazione delle direttive 2004/49/CE e 2004/51/CE relative alla sicurezza e allo sviluppo delle ferrovie comunitarie’, ha assunto nella



materia della sicurezza del trasporto e dal gruppo FS S.p.A. le attribuzioni già di competenza del Ministero dei Trasporti sul sistema ferroviario nazionale, comprese determinate linee regionali, e svolge i compiti e le funzioni (normativi, autorizzativi e di controllo) per essa previsti dalla direttiva 2004/49/CE con poteri di regolamentazione tecnica di settore e detta, in conformità con le disposizioni comunitarie e con quelle assunte dall'Agenzia europea per la sicurezza delle ferrovie di cui al regolamento CE/881/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, i principi ed i criteri necessari per la sicurezza della circolazione ferroviaria. Tra i poteri dell'Agenzia vi sono, in particolare, quelli (art. 6, co. 2, del d.lgs. n. n. 162/2007) di definire il quadro normativo in materia di sicurezza, proponendone il necessario riordino, e di emanare anche su proposta dei Gestori delle infrastrutture e delle Imprese ferroviarie, le norme tecniche e gli *standards* di sicurezza e vigilare sulla loro applicazione nonché di controllare, promuovere e, se del caso imporre, le disposizioni e l'emanazione delle prescrizioni di esercizio da parte dei Gestori delle Infrastrutture e delle Imprese ferroviarie, in coerenza con il quadro normativo nazionale ed ancora di impartire a tali Gestori raccomandazioni in materia di sicurezza, nonché in ordine agli accorgimenti e procedure necessarie ed utili al perseguimento della sicurezza ferroviaria.

Il modello dell'equipaggio 'misto' è stato in particolare contemplato e disciplinato dal Regolamento per la circolazione



ferroviaria emanato dall'Agencia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie con decreto n. 4/2012 il quale prevede che l'equipaggio misto sia utilizzabile solo per i servizi di trasporto effettuati su linee dotate di una certa tecnologia (cioè attrezzate con SCMT o SSC e con mezzi di trazione attrezzati con SCMT o SSC e GSM/GSM: si vedano anche le prescrizioni di esercizio PEIF n. 20/2012 e n. 22/2014) e solo per i servizi programmati nella fascia oraria 05:00 - 24:00 ed è stato altresì specificamente preso in considerazione dalla Disposizione n. 35/2002 emanata dal gestore dell'infrastruttura RFI la quale indica i casi in cui è possibile che il treno sia affidato ad un solo agente di condotta e detta al riguardo specifiche istruzioni.

Peraltro tale modello organizzativo, come è pacifico tra le parti, è stato condiviso da tutte le parti sociali (ad eccezione della ORSA) firmatarie del c.c.n.l. che ha introdotto la figura del tecnico polifunzionale treno in relazione al modulo ad equipaggio misto.

Risultano, come detto, sottoscritti i particolareggiati protocolli con il servizio 118 (della Regione Liguria e della Regione Toscana) per garantire i primi interventi di soccorso a bordo ed un collegamento celere con strutture sanitarie all'arrivo del treno nel primo punto utile di accesso.

E' invero incontroverso che entrambe le linee cui il Lorenzoni è stato addetto fossero provviste dei sistemi di controllo della marcia o di supporto alla condotta dianzi enunciati e che il personale viaggiante avesse in dotazione un



apparato di collegamento in telefonia mobile con il dirigente centrale operativo.

Dunque le misure espressamente definite in relazione alla preventiva valutazione di rischi specifici erano state rispettate e di tale rispetto in realtà non dubita la stessa sentenza impugnata che tuttavia ritiene che le procedure adottate da Trenitalia (secondo i protocolli e le disposizioni sopra indicate) non fossero comunque sufficienti a garantire, per le caratteristiche peculiari delle tratte, che l'infortunato potesse ricevere le cure necessarie in tempi utili.

15. Ed allora la questione si sposta sul piano delle misure 'innominate', che continuano a dover essere ricavate dai riferimenti di massima di cui all'art. 2087 cod. civ. in relazione alla tutela della salute dei lavoratori genericamente intesa che impone al datore di lavoro di adottare non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata e quelle generiche dettate dalla comune prudenza, ma anche tutte le altre misure che in concreto si rendano necessarie per la tutela della sicurezza del lavoro in base alla particolarità dell'attività lavorativa, all'esperienza ed alla tecnica.

Poiché, come sopra precisato e come più volte affermato da questa Corte di legittimità (v. oltre alle già citate Cass. n. 4970/2007 e Cass. n. 15082/2014 anche Cass. 27 giugno 2014, n. 14616, Cass. 17 aprile 2012, n. 6002, Cass. 11 aprile 2007, n. 8710; Cass. 1° giugno 2004, n. 10510), "da detta norma non può desumersi la prescrizione di un obbligo



assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno”, con la conseguenza di ritenere automatica la responsabilità del datore di lavoro tutte le volte che il danno si sia comunque verificato (o possa verificarsi), occorre pur sempre che l'evento (o il pericolo di verificarsi dell'evento) sia riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento. In sostanza, il datore di lavoro non è tenuto ad adottare ogni precauzione astrattamente possibile ma quelle che in concreto, in relazione alle caratteristiche dell'attività, alle mansioni del lavoratore, alle condizioni dell'ambiente esterno e di quello di lavoro, appaiano idonee ad evitare eventi prevedibili.

16. Nella specie la Corte territoriale ha fatto riferimento ad un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere; tuttavia le circostanze a detto fine valutate dal giudice d'appello risultano estranee alla corretta individuazione dei reciproci oneri probatori in relazione alle situazioni ed ai termini sopra considerati.

Inoltre l'accertamento in fatto di un 'arretramento di tutela' non integra di per sé un inadempimento ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. per il quale come detto non poteva prescindersi dalla indicata impostazione iniziale e cioè dall'individuazione, conformemente alle deduzioni del lavoratore ricorrente, delle misure innominate e delle regole di condotta in concreto non adottate per tutelare l'integrità fisica e la personalità del prestatore e dalla dimostrazione della



nocività dell'ambiente di lavoro sotto il profilo dell'inesatta esecuzione della prestazione di sicurezza.

17. Ove poi accertato l'inadempimento datoriale con riferimento all'inosservanza delle misure di sicurezza, una giustificazione del comportamento inadempiente del lavoratore, doveva e deve necessariamente passare attraverso una comparazione tra il comportamento datoriale, cronologicamente anteriore, ed il successivo rifiuto della prestazione da rendersi in un contesto di pericolosità ambientale.

Va, infatti, ricordato l'insegnamento giurisprudenziale di questa Corte Suprema secondo cui nei contratti a prestazioni corrispettive, tra i quali rientra il contratto di lavoro, qualora una delle parti adduca, a giustificazione della propria inadempienza, l'inadempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, considerando non tanto il mero elemento cronologico quanto i rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite rispetto alla funzione economico-sociale del contratto, il tutto alla luce dei reciproci obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ. e ai sensi dello stesso cpv. dell'art. 1460 cod. civ., affinché l'eccezione di inadempimento sia conforme a buona fede e non pretestuosamente strumentale all'intento di sottrarsi alle proprie obbligazioni contrattuali (v. Cass. 4 novembre 2003, n. 16530; Cass. 7 novembre 2005, n. 21479; Cass. 16 maggio 2006, n. 11430; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2729).



Tale principio è stato ritenuto applicabile anche nell'ipotesi che l'inadempimento del lavoratore trovi giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità psicofisica del prestatore (v. Cass. n. 21479/2005 cit.; Cass. 7 maggio 2013, n. 10553; Cass. 1° marzo 2012, n. 3187; Cass. 7 maggio 2013, n. 10553; Cass. 26 agosto 2013, n. 19573; Cass. 1° aprile 2015, n. 6631).

Così anche in tale ipotesi il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 cod. civ. per la proposizione dell'eccezione *'inadempimenti non est adimplendum'* sussiste quando nella comparazione tra inadempimento e prestazione rifiutata, il rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 cod. civ. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite.

18. La Corte territoriale non ha effettuato l'indicata verifica comparativa.

19. Le considerazioni svolte, afferenti a valutazioni concernenti l'esistenza dell'inadempimento e la legittimità del rifiuto della prestazione, consentono di ritenere assorbito l'esame del secondo e del quinto motivo di ricorso.

20. Conclusivamente vanno accolti il primo e il quarto motivo di ricorso, rigettato il terzo, assorbito il secondo e il quinto.



La sentenza impugnata va cassata in relazione ai motivi accolti con rinvio alla Corte d'appello di Genova che, in diversa composizione, procederà ad un nuovo esame tenendo conto dei principii sopra indicati e provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio di legittimità

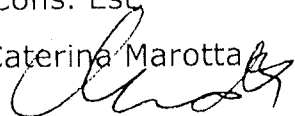
P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e il quarto motivo di ricorso, rigetta il terzo, assorbito il secondo e il quinto; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 10 gennaio 2019

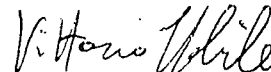
Il Cons. Est.

Dott. Caterina Marotta



Il Presidente

Dott. Vittorio Nobile



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA

