

DIRITTO DEL LAVORO

a cura di

Vincenza Marina Marinelli

La presente sezione presenta alcuni spunti di riflessione di notevole interesse per il giurista del lavoro.

Nell'ordine, si è esaminata una pronuncia della Corte Costituzionale che, intervenendo sulle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità, ha esteso l'ambito di protezione della donna lavoratrice durante il periodo di interdizione obbligatoria dal lavoro.

In seconda battuta, si dà conto di altra sentenza della Corte di Cassazione sul dibattuto tema dell'infortunio *in itinere*. In dottrina, si offrono due saggi in materia di usi aziendali e di malattia professionale per esposizione a radiazioni ionizzanti, entrambi nell'analisi dei recenti orientamenti giurisprudenziali.

CORTE COSTITUZIONALE

SENTENZA	14 dicembre 2001, n. 405
PARTI	Mei Antonella contro Poste Italiane

Tutela delle lavoratrici madri

Ai sensi degli articoli 2, 3, 29, 31 e 37 della Costituzione, è in palese contrasto con il dettato costituzionale che impone al legislatore di attuare speciali misure di protezione della maternità e dell'infanzia, l'art. 17, 1° co., della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), nella parte in cui esclude la corresponsione dell'indennità di maternità nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa della lavoratrice che si sia verificato durante i periodi di interdizione obbligatoria dal lavoro.

Nota

Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale di Prato ha dubitato fondatamente della legittimità costituzionale dell'art. 17, 1° co., della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), il quale escludeva la corresponsione dell'indennità di maternità nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa che si fosse verificato durante i periodi di interdizione dal lavoro. Il giudizio era stato incardinato da una dipendente delle Poste Italiane S.p.a., la quale chiedeva che le fosse corrisposta l'indennità di maternità nei periodi di astensione obbligatoria, assumendo di essere stata licenziata per giusta causa durante il periodo di interdizione anticipata dal lavoro, e di non aver percepito la relativa indennità, in quanto l'applicazione del predetto art. 17, 1° co., da parte del datore di lavoro, escludeva, per l'appunto, tale diritto in caso di licenziamento ex art. 2119 c.c.

Va ricordato brevemente che le disposizioni in materia di tutela del ruolo socio-familiare della lavoratrice sono contenute precipuamente nella citata legge n. 1204 del 1971, i cui contenuti sono stati di recente trasposti nella legge 8 marzo 2000, n. 53, intitolata "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi della città". Deve ricordarsi, inoltre, come il trattamento di maternità sia stato esteso alle lavoratrici autonome e alle libere professioniste dalle leggi 29 dicembre 1987, n. 546, e 11 dicembre 1990, n. 379; e, ancora, che a sostegno della maternità è stata prevista la concessione di un assegno nei casi di limitate risorse economiche del nucleo familiare di appartenenza della madre (art. 66 della legge 23 dicembre 2000, n. 448; art. 49 della legge 23 dicembre 1999, n. 488; art. 80 della legge 23 dicembre 2000, n. 388; art. 74 del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

In particolare, l'effettività della normativa in materia di tutela della maternità è garantita dalla circostanza giusta la quale il divieto di licenziamento opera "in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e puerperio". Pertanto, la lavoratrice eventualmente licenziata che dimostri l'attualità, al tempo del licenziamento, della condizione di gravidanza e puerperio, ha diritto alla reintegrazione nel rapporto di lavoro, mediante la produzione - entro 90 giorni dal giorno successivo a quello di irrogazione del licenziamento - del certificato che attesti la propria condizione fisica.

Orbene, come detto l'effettività della normativa è garantita, in particolare, proprio dall'art. 2 della legge n. 1204 del 1971, laddove il legislatore dispone un generale divieto di licenziamento della lavoratrice, dall'inizio del periodo di gestazione sino al compimento del primo anno di vita del bambino, con conseguente inefficacia dell'atto risolutivo, fatte però salve alcune eccezioni al divieto, specificamente elencate, con carattere tassativo, al 3° comma dell'art. 2 della citata legge n. 1204, e richiamate dal censurato art. 17 del medesimo testo legislativo.

Tra queste ipotesi eccezionalmente previste, integra una legittima esclusione dal generale divieto, il verificarsi di una "colpa grave della lavoratrice, costi-

tuate giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro". Va osservato come il concetto di "giusta causa", ai sensi dell'art. 2119 c.c., prevede che le parti di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, possano recedere senza necessità di preavviso, "qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". La gravità dell'accadimento, nell'economia generale del rapporto lavorativo, consente, altresì, la risoluzione *ante tempus* anche nel contratto a tempo determinato.

Nel circoscritto ambito che qui interessa, la giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di precisare (tra le tante, v. Cass. n. 797 del 27 gennaio 1998; Cass. n. 894 del 29 gennaio 1998) come tale colpa integra un'ipotesi assai qualificata dal punto di vista soggettivo, in ragione delle specifiche condizioni psico-fisiche in cui versa la donna gestante o puerpera, e comprende pertanto situazioni più complesse rispetto ai comuni schemi previsti dall'art. 2119 del codice civile. Questa norma, come noto sopravvive e integrante il successivo complesso sistema delle fonti in tema di licenziamento individuale (di cui al combinato disposto della legge n. 604 del 15 luglio 1966; dell'art. 18 della legge n. 300 del 20 maggio 1970, della legge n. 108 dell'11 maggio 1990, nonché della legge n. 1204 del 1971, oggetto dell'esaminando giudizio, per quel che concerne il divieto di licenziamento della lavoratrice madre), produce il massimo effetto sanzionatorio previsto dal nostro ordinamento lavoristico. E ciò in considerazione del fatto che, la fattispecie che ne giustifica l'applicazione, non risulterebbe adeguatamente sanzionata né dal licenziamento per giustificato motivo soggettivo ex art. 3, L. n. 604 del 1966 (la cui irrogazione consentirebbe la prosecuzione del rapporto lavorativo lungo lo spazio temporale del preavviso, o, eventualmente la sua monetizzazione comunque con effetto reale sul rapporto di lavoro), né, e *a fortiori*, dall'irrogazione di una sanzione disciplinare a carattere conservativo, secondo quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7, L. n. 300 del 1970.

Tanto premesso, deve dirsi che la pronuncia che ci occupa lascia inalterato il quadro delle eccezioni al generale divieto di recesso da parte datoriale - e tra quelle, pertanto, anche la legittimità del recesso corroborato da una giusta causa - ma interviene a sanzionare, come costituzionalmente illegittime ai sensi degli articoli 2, 3, 29, 31 e 37 della Costituzione, le ulteriori conseguenze negative che a quel recesso si riconnettono. Ed infatti, sostiene la Corte, l'atto di recesso per giusta causa è da considerarsi già efficacemente sanzionatorio del grave comportamento della lavoratrice, sicché l'esclusione, con unico intento punitivo, da ogni forma di tutela per la maternità, integrerebbe una illegittimità disparità di trattamento tra lavoratrici, con ripercussioni negative anche sul nascituro, e ciò in palese contrasto con il dettato costituzionale, il quale impone al legislatore di attuare speciali misure di protezione della maternità e dell'infanzia. A corroborare tale interpretazione è poi lo stesso ordinamento positivo, laddove, invece, in presenza di specifici requisiti temporali, detta indennità è corrisposta anche alle lavoratrici disoccupate da più di sessanta giorni, tra l'inizio della disoccupazione e quello della astensione, senza distinguere in merito alle ragioni di detta disoccupazione. Ed infatti, non è chi non veda come, la mancata espunzione della norma illegittima dall'ordinamento, perpetrerebbe una ingiustificata ed illogica disparità di trattamento tra soggetti nelle medesime condizioni fisiche. Ciò in ragione del fatto che si produrrebbe l'ammissione o meno della lavoratrice all'indennità di maternità, a seconda che la stessa risulti essere stata licenziata per giusta causa nei sessanta giorni precedenti l'inizio dell'astensione; e la esclusione dalla medesima indennità nei confronti di colei che risultasse licenziata per giusta causa durante il periodo di astensione obbligatoria. Come riportato in epigrafe, e in relazione alle esaminate argomentazioni, la Corte Costituziona-

le ha coerentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, 1° co., della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui esclude la corresponsione dell'indennità di maternità, nell'ipotesi di licenziamento prevista dalla lettera a) dell'art. 2 della medesima legge, estendendo la detta illegittimità, all'art. 24 del Testo Unico n. 151 del 2001, nel quale è stato trasfuso il contenuto della norma esaminata.

Vincenza Marina Marinelli

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA	10 maggio 2001, n. 10750
PRESIDENTE	De Musis
ESTENSORE	Guglielmucci

Infortunio *in itinere*

In caso di infortunio in itinere, la valutazione circa la legittima utilizzazione del mezzo privato non può essere limitata a situazioni necessarie, ma deve essere valutata secondo un criterio di normalità-razionalità che tenga conto degli standards comportamentali esistenti nella società civile rispondenti a valori-guida dell'ordinamento quali un più intenso legame con la comunità familiare ed un rapporto con l'attività lavorativa, e con quanto vi è connesso, diretto ad una maggiore efficienza delle prestazioni lavorative non in contrasto con una riduzione del conflitto fra la stessa ed il tempo libero.

Nota

Alcune considerazioni merita la sentenza sopra specificata in tema di infortunio *in itinere*, per avere cassato con rinvio la sentenza con la quale il Tribunale di Modena - capovolgendo l'esito del giudizio di primo grado - aveva ritenuto che al ricorrente non spettasse la rendita per invalidità permanente a seguito dell'infortunio occorsogli, mentre, dopo aver speso la pausa pranzo presso la propria abitazione, ed ivi aver consumato il pasto, faceva ritorno in ufficio a bordo di un ciclomotore.

La Corte - considerata la cronologia delle varie fasi del giudizio rispetto al D.Lgs. n. 38 del 2000 di riordino e ridefinizione della speciale assicurazione in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali - richiama spesso volte il principio *tempus regit actum* per argomentare circa l'esattezza dell'ultimo indirizzo giurisprudenziale in argomento, consolidatosi prima della trasposizione legale dell'infortunio *in itinere* nella norma di cui all'art. 12 del predetto testo normativo: trattasi di quell'indirizzo cui sembra decisamente essersi ispirato il legislatore delegato, nell'adempimento della delega contenuta nell'art. 55, lett. u), della legge n. 144 del 17 maggio 1999. Più precisamente il criterio e principio direttivo, indicato dal delegante al Governo, prescriveva la previsione di una specifica disposizione per la tutela dell'infortunio *in itinere* che recepisce i principi giurisprudenziali consolidati in materia.

Brevemente, va ricordato che l'istituto dell'infortunio *in itinere* è stato solo di recente trasposto nella norma di cui all'art. 12 del predetto D.Lgs. n. 38 del 2000, dopo che il colpevole astensionismo legislativo sullo specifico punto, protrattosi per oltre quaranta anni, aveva alimentato un clima di incertezza interpretativa da parte della giurisprudenza, faticosamente impegnata a collocarlo nell'ambito operativo dell'art. 2 del T.U. n. 1124 del 1965. Tale è la norma ove ancor oggi rileva, nell'eziologia dell'evento protetto - in ossequio al principio del rischio professionale che informa la speciale assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali - l'"occasione di lavoro", connessa all'adibizione ad alcune particolari lavorazioni, tassativamente qualificate dalla legge come pericolose.

Si è avuto modo di sottolineare (V.M. MARINELLI, *La cristallizzazione dell'orientamento giurisprudenziale nell'attuazione della delega in tema di infortunio in iti-*

nera, in *Arg. Dir. Lav.*, n.3/2001, pag. 185 e segg.) come appare in netto contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, nonché con il disposto dell'art. 38 - il quale, in ordine agli eventi protetti ivi menzionati, non certo deve interpretarsi nel senso di ammettere discriminazioni tra lavoratori, addetti o meno alle speciali lavorazioni pericolose (laddove le stesse non rilevino per l'esposizione aggravata a particolari rischi) - l'aver collocato scientemente l'infortunio sulle vie del lavoro all'interno della speciale assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, poiché l'istituto, tanto nell'ultima consolidata interpretazione giurisprudenziale, quanto nella recente trasposizione legale, supera oramai, ed accantona, l'iniziale, giustificata e qualificante "occasione di lavoro".

Tale discriminazione tra lavoratori ugualmente esposti al rischio della strada, per recarsi e tornare dal luogo di lavoro, quale che sia l'attività svolta, *ma* ammessi, o meno, alla tutela per le conseguenze dannose dell'infortunio *in itinere* solo se assicurati nel regime antinfortunistico prescritto dal T.U. n. 1124 del 1965, era stata già da tempo persuasivamente argomentata dalla migliore dottrina, la quale caldeggiava una soluzione legale di segno opposto, rispetto a quella attuale. In altri termini, delle due l'una: o il legislatore avrebbe dovuto dare vita, attesa l'eziologia dell'evento da ultimo accolta (completamente scollegata dallo svolgimento di un'attività pericolosa) ad una speciale assicurazione, a copertura di tutti indistintamente i lavoratori, vittime di un infortunio occorsi sulle vie del lavoro; oppure, in linea con la *ratio* dell'assicurazione, soggettivamente limitata, contro gli infortuni e le malattie professionali, circoscrivere l'indennizzabilità relativamente agli eventi connessi con le lavorazioni pericolose, giusta i requisiti richiesti dall'art. 2 del T.U. n. 1124 del 1965. A corroborare tale assunto, si ponga mente all'ulteriore grave discriminazione operata dal legislatore delegato, e ancor prima dalla giurisprudenza, a danno di quei datori di lavoro, obbligatoriamente tenuti ad assicurare i dipendenti adibiti alle lavorazioni pericolose. Ed infatti, questi sono tenuti alla corresponsione dei premi all'INAIL in relazione al tasso infortunistico aziendale, con ciò venendosi ad aggravare incolpevolmente la loro posizione contributiva, in relazione ad un evento per il quale non è possibile approntare alcuna specifica attività di prevenzione.

Ed infatti, l'unica ragione per la quale, sin dai primordi della speciale assicurazione, si era ricompreso il c.d. infortunio *in itinere* nella tutela antinfortunistica a misura di rischio professionale, era da ricercarsi, comunque, nel concetto del "rischio generico aggravato", all'interno della nota tricotomia "rischio generico, rischio specifico e rischio generico aggravato", in relazione al quale l'indennizzabilità di un evento occorso in un contesto spazio-temporale estraneo alla prestazione lavorativa in senso stretto, si giustificava con il perpetrarsi del rischio lavorativo. In altri termini, inizialmente la Corte di Cassazione riteneva indennizzabile l'infortunio *de quo* qualora l'attività strumentale e preparatoria, anteriore o successiva alla vera e propria prestazione lavorativa (e tra essa anche l'attività di spostamento su strada tra abitazione e luogo di lavoro), si rendeva necessaria per le particolari caratteristiche e modalità della prestazione lavorativa. In tal modo, il generico rischio della strada, al quale sono esposti tutti gli utenti della stessa, poteva diventare rischio specifico di lavoro quando a quel rischio si accompagnava un elemento aggiuntivo e qualificante, per il quale l'infortunio su strada veniva a trovarsi in un rapporto di stretta e necessaria connessione con gli obblighi lavorativi (tale era, per esempio, l'utilizzo di un particolare autoveicolo, o il trasporto di materiali e attrezzi ingombranti).

Ecco quindi che solo la ricorrenza di un rischio particolarmente qualificato, unitamente all'adibizione del lavoratore assicurato alle prescritte attività pericolose, giustificava una tutela aggiuntiva rispetto agli altri lavoratori, comunque esposti al rischio della strada.

Le argomentazioni addotte nella parte motiva della sentenza in epigrafe, corroborano quanto denunciato, circa la necessità di una sollecita rimozione della disparità di tutela tra lavoratori, atteso che, lo stesso principio di diritto indicato dal Collegio giudicante al giudice di rinvio, indica come legittimo l'utilizzo del mezzo privato, addirittura non limitandolo a situazioni necessitate. Anzi, questo viene addirittura riconnesso, dal giudice di legittimità, ad un "... criterio di *normalità-razionalità* che tenga conto degli *standards* comportamentali esistenti nella società civile rispondenti a valori-guida dell'ordinamento quali un più intenso legame con la comunità familiare ed un rapporto con l'attività lavorativa, e con quanto vi è connesso, diretto ad una maggiore efficienza delle prestazioni lavorative non in contrasto con una riduzione del conflitto fra la stessa ed il tempo libero".

Quanto rappresentato dalla Corte nella parte motiva, e meglio esplicitato nell'indicazione, sopra riportata, del principio di diritto, cui dovrà attenersi il giudice del rinvio, appare non solo completamente sconnesso dallo svolgimento dell'attività lavorativa, ma addirittura inserito in un contesto argomentativo che richiama i generali *standards* comportamentali dell'intera società civile, rispondenti a valori-guida ordinamentali, idonei a produrre il rafforzamento dei legami affettivi con la comunità familiare, l'ottimizzazione delle risorse lavorative, nonché la riduzione del conflitto tra la prestazione lavorativa, resa in regime di subordinazione, ed il tempo libero di cui un individuo può disporre.

Per quanto sin qui detto, rimane solo da chiedersi come mai l'ordinamento giuridico possa giustificare l'applicazione di principi-guida e valori costituzionalmente protetti - i quali, ontologicamente parlando, dovrebbero trascendere l'interesse ed il merito delle persone - solo in favore di chi risulti essere assicurato contro gli infortuni e le malattie professionali.

Vincenza Marina Marinelli

NICOLETTA CICCONETTI

GLI USI AZIENDALI NEL RECENTE ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA

Nozione e problematiche

Le espressioni uso, consuetudine, prassi o pratica aziendale sono locuzioni diffuse e frequenti nella quotidiana realtà aziendale.

La definizione che la giurisprudenza e la letteratura giuslavoristica sono solite attribuire agli usi aziendali costituisce ormai un dato acquisito: è la "prassi adottata dal datore di lavoro nei confronti dei lavoratori in seno ad una azienda come entità unitaria".¹

¹ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1965, 55.

La prassi si concretizza non solo nella concessione di prestazioni economiche suppletive quali gratifiche o premi, in circostanze e su presupposti determinati o ricorrenti, ma può riguardare più in generale anche le condizioni di lavoro. Basti pensare alle ipotesi in cui l'imprenditore consenta a coloro che abbiano maturato i requisiti per la cessazione del rapporto di lavoro di rimanere in azienda fino al raggiungimento di una certa età o anzianità di servizio, oppure riduca l'orario di lavoro, o conceda giorni di riposo, fermo restando il diritto alla retribuzione, in coincidenza di particolari eventi, o conceda la fruizione di permessi sindacali oltre quelli previsti dalla legge.

È necessario precisare che mentre la definizione degli usi in argomento è pacifica, controversa è la questione fondamentale della loro natura giuridica e della loro efficacia.

La dottrina ha da sempre evidenziato le peculiarità della prassi aziendale rispetto alla generica consuetudine, di quella cioè che sorge e si sviluppa nella società civile. Se quest'ultima può essere chiamata "norma ambientale", l'uso di cui trattasi non è altro che "l'ambiente aziendale che si proietta sul contratto".

La stessa dottrina rammenta che gli usi in parola ebbero un tempo grandissima rilevanza, in quanto manifestazione del giornaliero svolgersi del rapporto di lavoro, vale a dire proiezione e sintesi della attuazione concreta del lavoro, spontaneamente venuti ad esistere sotto la pressione delle esigenze aziendali. La pratica sanzionata dagli usi, formatasi in verità attraverso il preponderante condizionamento della parte più forte dal punto di vista economico, veniva a costituire così la disciplina ritenuta allora la migliore del rapporto di lavoro subordinato, perché la più aderente ai meccanismi lavorativi.

Con la istituzionalizzazione dell'ordinamento corporativo nel nostro paese, gli usi hanno visto diminuita la loro influenza la quale non ha avuto un rinnovato rilievo in seguito al venire meno di quell'ordinamento, essendo stati sostituiti i contratti collettivi corporativi dai contratti collettivi di diritto comune.

Nell'attuale momento storico, il dinamismo assorbente della norma intersindacale, che si è andata ad affiancare a quella legislativa, tende a lasciare poco spazio alla regolamentazione posta dagli usi. Ormai, pur non negandosi il valore della loro spontaneità, è dominante il principio collettivo: l'equilibrio e il temperamento degli interessi in gioco è garantito dalla discussione del contratto di lavoro tra i vari schieramenti sindacali e la controparte aziendale.²

Oggi il tema degli usi aziendali va più correttamente inquadrato nella problematica delle fonti del diritto del lavoro in modo da ritagliarne l'ambito di applicazione all'interno della gerarchia delle fonti stesse.

In proposito, bisogna tenere presente che dalla specialità del lavoro subordinato discendono fonti che possono assumere forme e connotati diversi dal diritto comune e che possono qualificarsi fonti in senso lato e non tradizionale.

² BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, 221 ss.; RIVA SANSEVERINO L., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1982, 27.

Gli usi aziendali, i contratti collettivi interni all'azienda e i regolamenti d'impresa rientrano tra le fonti aziendali. Fonti, per l'appunto, nella accezione impropria o soltanto sostanziale del termine, che stanno cioè ad indicare gli

strumenti che comunque concorrono ad organizzare il complesso lavorativo.³

Da segnalare è poi una isolata e recente statuizione della Cassazione, la quale ricomprende gli usi aziendali nel novero delle "fonti sociali" di obbligazione, insieme al contratto collettivo ed al regolamento d'impresa, poiché come questi non sono "espressione di funzione pubblica", né attengono ai soli "interessi individuali", ma danno vita ad una "uniforme disciplina" a livello aziendale. Ebbene, la natura di fonte sociale degli usi in narrativa fa sì che essi siano modificabili anche in *peius* dalle fonti sovraordinate (contratti collettivi nazionali ed aziendali), nonché, per gli stipulanti, dagli accordi individuali.⁴

Nonostante le difficoltà nella ricostruzione dogmatica della materia, indiscusso è il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria e vincolante delle fattispecie riconducibili agli usi aziendali, quale mezzo di regolamentazione del rapporto di lavoro. Il problema è però, come si diceva, nel fondamento di tale efficacia e dunque nella natura giuridica degli usi in rassegna.

In base ad alcuni orientamenti ora superati, la prassi aziendale viene paragonata agli usi normativi ai sensi dell'art. 2078 c.c., oppure è utilizzata per integrare il contenuto dei contratti individuali di lavoro in virtù dell'art. 1374 c.c..

Alla luce di insegnamenti successivi, gli usi aziendali si confondono con quelli negoziali dell'art. 1340 c.c. o con le regole interpretative del contratto, previste dall'art. 1368 c.c..

Stante rispettivamente la tesi normativa e negoziale, la prassi aziendale è vista come figura autonoma, generante diritti ed obblighi all'interno dell'impresa.

Nell'ottica, invece, della dottrina maggioritaria gli usi aziendali risalgono al contratto: agli atti di autonomia individuale per chi pone l'accento sulla pattuizione conclusa fra il datore ed il singolo lavoratore; agli atti di autonomia collettiva per chi focalizza l'attenzione sul carattere generale dell'istituto in oggetto.⁵ Nel primo caso si perviene ad un accordo tacito in seguito allo scambio proposta-accettazione da parte del datore di lavoro con i suoi dipendenti e quindi ad una pluralità di intese interindividuali, per cui perderebbe significato non solo il concetto di uso ma altresì il collegamento di questo con "l'unità aziendale".⁶ Viceversa, la seconda teoria, individuando la *ratio* della prassi nella contrattazione sindacale, riconduce il fenomeno nella sua giusta dimensione.

L'indirizzo normativo, come accennato, non ha avuto alcun seguito. La spiegazione di ciò risiede nella circostanza che, se per l'uso legislativo l'elemento dell'*opinio iuris seu necessitatis* non è da tutti conside-

rato imprescindibile, il requisito della generalità non può mai venire meno e, al riguardo, è facile constatare che nella consuetudine aziendale fa difetto proprio quella moltitudine di individui tipica del suddetto requisito.

Siccome per azienda si intende il nucleo produttivo, ossia lo stabilimento, in una impresa si possono formare tanti usi quanti sono gli stabilimenti di cui si compone. Se il lavoratore appartiene ad uno di questi, ha diritto di essere attratto nella sfera del relativo uso.⁷

Il termine aziendale non significa che la prassi vige necessariamente nei confronti di tutto il personale dell'azienda, in quanto anche un numero più ristretto

³ SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1992, 19 ss.

⁴ Cass., 17 febbraio 2000, n. 1773, Mass. Giur. Lav., 2000, n. 6, 584.

⁵ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Gli usi aziendali*, cit., 178 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA L., *Usi aziendali e diritto del lavoro*, Mass. Giur. Lav., 1990, 684 ss.; LIEBMAN S., *Reiterazione di un comportamento datoriale favorevole e contratto di lavoro: "uso aziendale" o modificazione del contratto?* (nota a Cass., 24 maggio 1991, n. 5903), Mass. Giur. Lav., 1991, 641; LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro*, Dir. Rel. Ind., 1991, II, 141; MENGONI L., *In tema di usi aziendali* (nota a Cass., 18 dicembre 1976, n. 4681), Mass. Giur. Lav., 1978, 471; SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, cit., 56; GALANTINO L., *La prassi aziendale*, Dir. Lav., 1968, I, 229 ss. Particolarmente forte è la critica dello Spagnuolo Vigorita, secondo cui gli artt. 1340 e 1368 c.c. fanno riferimento pur sempre ad usi dotati dei medesimi elementi strutturali dell'uso normativo (artt. 1 e 8 disp. prel. c.c.), distinti da questo soltanto per il profilo funzionale del collegamento con il negozio.

⁶ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Gli usi aziendali*, cit., 56. L'uso aziendale può costituire una fonte autonoma di diritto solo se ricondotto all'uso normativo o negoziale e non invece al contratto.

⁷ GALANTINO L., *La prassi aziendale*, cit., 221-222.

ne può essere coinvolto. La decisione spetta al vertice dell'impresa che nell'adottare il comportamento può limitarlo ad alcuni dei lavoratori ovvero circoscriverne l'estensione.⁸

⁸ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Gli usi aziendali*, cit., 69.

La scelta del datore di lavoro è fatta in piena libertà: può tenere conto sia del tipo di qualifica o mansione svolta dai lavoratori, come ad esempio mansioni comportanti rischi o disagi, sia della situazione personale o familiare in cui essi si trovano, come ad esempio l'anzianità di servizio o carichi familiari gravosi. È noto, d'altronde, che il datore può decidere di riservare ai propri dipendenti trattamenti diversificati, purché ciò non sia discriminatorio e di conseguenza vietato dal legislatore.⁹

Dal canto loro, gli usi che qui si commentano non nascono dall'incontro di volontà di due parti collettive, ma neanche si tratta di quegli atti unilaterali che l'imprenditore, titolare del potere direttivo, è legittimato ad emanare.

Peraltro, ai fini dell'individuazione dell'uso, se da un lato è indifferente che la condotta sia perpetrata dal datore o dal lavoratore, dall'altro non preme sapere se la condotta di quest'ultimo sia autorizzata oppure unicamente tollerata dal datore medesimo.¹⁰

⁹ FANTINI L., *Gli "Usi aziendali" fra incertezze dottrinali ed equivoci giurisprudenziali*, Il Dir. del Lav., 1999, 550.

¹⁰ Cass., 30 ottobre 2000, n. 14311. La vicenda, che ha dato origine ad una prassi di tolleranza, si è svolta presso il Banco di Sicilia, dove per un certo periodo di tempo vi è stata acquiescenza in merito al prelievo, da parte di un cassiere, di modeste somme di denaro per esigenze personali.

Gli usi aziendali come usi normativi oppure negoziali

L'attribuzione di un'autonoma rilevanza agli usi aziendali, ricostituendone la figura come quella di una vera e propria consuetudine, particolare perché interna ad una azienda, porta ad incentrare l'indagine su quelle che sono le caratteristiche degli usi normativi e negoziali.

L'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile colloca gli usi all'ultimo gradino della scala delle fonti del diritto, quale fonte subordinata e sussidiaria rispetto alla legge. L'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile chiarisce che "nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati" (consuetudine *secundum legem*).

Entrambi gli articoli, però, non esauriscono del tutto la questione che a noi interessa.

Nel sistema delle fonti del diritto del lavoro, è l'art. 2078 c.c. a regolare esplicitamente la vigenza degli usi, statuendo che si può fare ad essi ricorso in mancanza di disposizioni di legge e di contratto collettivo (consuetudine *praeter legem*).

In sostanza, è principio riconosciuto del nostro ordinamento che la consuetudine è sempre sussidiaria, nel duplice significato che è condizionata al richiamo

fattone da leggi e regolamenti (art. 8 disp. prel. c.c.) e che si applica in difetto di legge e di contratto collettivo (art. 2078 c.c.).¹¹

Infine, la vera particolarità dell'art. 2078 c.c. risiede nel secondo capoverso del 1° comma, dove si impone la prevalenza degli usi più vantaggiosi per i lavoratori sulle norme dispositive di legge.

Gli usi di cui finora si è parlato sono gli usi normativi, detti anche legislativi o giuridici, i quali si caratterizzano, secondo il pensiero ormai

nelle materie regolate dalla legge gli usi valgono solo se da essa richiamati (*secundum legem*), si deve dedurre che nelle materie non regolate gli usi valgono sebbene non richiamati (*praeter legem*: l'efficacia di questa seconda specie di usi è riconosciuta

espressamente, sia pure per il diritto del lavoro, dall'art. 2078 c.c., il quale richiede altresì la mancanza di disposizioni dei contratti collettivi). In quest'ultimo caso, dunque, la consuetudine è fonte autonoma di diritto che ha in sé il fondamento della propria efficacia.

¹¹ Ad avviso di una certa dottrina (NICOLINI G., *Lezioni di diritto del lavoro*, Maggioli, Rimini, 1985, 21 ss.) e giurisprudenza (Cass., 12 aprile 1980, n. 2335, Giur. It., 1982, 237), "la legge, richiamando l'uso, ne riceverebbe il contenuto per modo che esso verrebbe incorporato nella norma scritta, di cui diventa parte integrante e acquisterebbe forza di legge". In base a tale impostazione, la legge è fonte unica di diritto. In realtà, se si specifica che

largamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per l'elemento materiale od oggettivo che consiste nella generale, costante ed uniforme ripetizione di

un dato comportamento e per quello psicologico o soggettivo che si configura nella certezza di osservare, così operando, un obbligo giuridico (*opinio iuris ac necessitatis*).¹²

Agli usi normativi si contrappongono gli usi negoziali o contrattuali. Per quanto concerne il dibattito sugli usi legali e negoziali, c'è da dire che se alcuni autori propendono per una differenziazione di carattere strutturale, la maggior parte di essi sono inclini ad una distinzione di carattere funzionale.

I primi asseriscono che gli usi negoziali sarebbero privi del requisito della generalità e della costanza-durevolezza nel tempo della condotta, in quanto per la loro formazione è sufficiente una prassi d'affari anche recente e ristretta a poche categorie di persone;¹³ oppure sarebbero privi del convincimento di obbedire ad un precetto giuridico, perché dettati dalle circostanze del mercato e quindi da ragioni di opportunità e convenienza.¹⁴ All'opposto, la dottrina prevalente sostiene che il discrimine fra usi normativi e negoziali è nella diversità della funzione svolta dagli uni e dagli altri.

In particolare, l'uso normativo agisce sul piano delle fonti del diritto essendo subordinato alla legge ed ai regolamenti; l'uso negoziale agisce sul piano del contenuto del contratto, vale a dire si inserisce in quest'ultimo anche se non previsto e conosciuto ed è parificato alle clausole contrattuali, cioè è fornito della stessa efficacia di queste.

Mentre, dunque, gli usi normativi operano come diritto oggettivo, quelli negoziali come fattori costitutivi della volontà contrattuale. Ne discende che i primi concorrono a regolare le conseguenze giuridiche di un atto o negozio (art. 1374 c.c.), ma solo se richiamati dalla legge per integrarla e senza potervi derogare neppure in ordine a norme suppletive o dispositive (consuetudine *contra legem*), poiché fonte subordinata (artt. 1 e 8 disp. prel. c.c.); gli usi contrattuali, invece, integrano la volontà delle parti e, al pari delle clausole del contratto, esplicano la loro efficacia senza il richiamo legislativo e possono altresì derogare alle norme dispositive di legge.¹⁵

Invero, risulta minoritaria la soluzione secondo la quale gli usi azien-

costituiscono l'esteriorizzazione di una norma giuridica e...devono essere quindi osservati con la coscienza di osservare una norma giuridica (*opinio iuris*), per gli usi negoziali, che non sono diritto oggettivo, tale requisito ovviamente non ricorre". Ma lo stesso Autore afferma che non è sicuro che il suddetto elemento debba sussistere per gli usi normativi. Si veda Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, Riv. Dir. Comm., 1981, I, 135. Secondo PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., 520: "l'elaborazione più progredita ha messo in evidenza che la convinzione dell'obbligatorietà del comportamento, da cui l'uso normativo trae origine, è un elemento inconsistente ed irreali. Ciò impedisce di ravvisare, nella

mancanza di detta convinzione, un elemento idoneo a qualificare gli usi negoziali".

¹⁵ RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 67 ss.; PASETTI G., *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Cedam, Padova, 1982, 75 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 1987, 336 ss.; RIZZO V., *Sub art. 1340 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli - Bologna, 1991, 344 ss.; BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, cit., 224; PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., 520 ss.; GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, cit., 30; FRANCESCHELLI R., *Consuetudine (diritto moderno)*, cit., 500; ANGELINI L., *Sulla formazione dell'uso aziendale*, cit., 816.

¹² In tal senso, GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1992, 30; SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, cit., 33; MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 211; NAPOLETANO D., *Corso di diritto del lavoro. Il rapporto individuale di lavoro*, Napoli, 1968, 33. Esclude invece la necessità dell'elemento soggettivo dell'*opinio iuris*, BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, 45 ss. (il quale attribuisce ad esso valore di "criterio di riconoscibilità" della consuetudine) e, sulla sua scia, PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, Enc. Dir., IX, 1961, 513 ss.; FRANCESCHELLI R., *Consuetudine (diritto moderno)*, Noviss. Dig. It., IV, Torino, 1981, 312; MISCIONE M., *Usi aziendali e parità di trattamento*, Riv. Dir. Comm., 1981, 136 ss.; NICOLINI G., *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982, 70 ss., spec. nota 135, 109.

¹³ PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., 520, obietta che: "nessun fondamento hanno quelle tesi che ritengono di poter differenziare l'uso normativo da quello negoziale in base all'elemento della *vetustas* ad a quello della generalità. Ciò equivale a far dipendere la distinzione tra le due categorie di usi dalla loro maggiore o minore diffusione, dal fatto che essi siano più o meno consolidati". Cfr anche ANGELINI L., *Sulla formazione dell'uso aziendale* (nota a Trib. Milano, 21 novembre 1990), Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, 816, secondo cui "è troppo semplicistica la constatazione che, in ragione dei più limitati effetti giuridici, l'uso negoziale richiederebbe requisiti giuridici meno rigorosi".

¹⁴ In senso conforme ASQUINI A., *Usi legali e usi negoziali*, Riv. Dir. Comm., 1944, I, 71: "mentre gli usi legali

dali costituiscono una species del genus di quelli legali, "dai quali si distinguono solo perché sorgono e producono effetti in un più ristretto ambito (quello aziendale)".¹⁶

Di certo, non si esclude che la prassi attinente al rapporto di lavoro possa assumere valenza normativa, ricorrendone i presupposti giuridici. Tuttavia, i comportamenti abituali che delineano gli usi aziendali sono osservati solamente nel contesto di una impresa e difettano dell'espansione ad un'area geografica più ampia di quella del microcosmo aziendale e, a maggior ragione, all'intero ramo produttivo.¹⁷

¹⁶ SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, cit., 56 (la frase riportata nel testo è dall'Autore utilizzata in senso critico).

¹⁷ DEL PRATO E., *L'individuazione dell'uso aziendale*, Giur. It., 1987, I, 1373.

Requisiti necessari per la formazione degli usi negoziali-aziendali

Per meglio comprendere gli usi aziendali, quali usi negoziali, è indispensabile illustrare i loro requisiti.

Riguardo alla generalità, è più volte ripetuto nelle massime giurisprudenziali che "non è affatto necessario che gli usi aziendali si formino o vengano presso la generalità delle aziende del settore, essendo sufficiente l'affermazione di essi anche presso una sola azienda", ovvero un suo comparto. In quest'ultimo caso, il datore di lavoro pone in essere comportamenti verso prestatori dell'impresa ben individuati.

Così come gli usi convenzionali mancano della diffusività propria degli usi normativi, in quanto sono "pratiche di affari seguite da una determinata cerchia, più o meno ampia, di contraenti", lo stesso dicasi per gli usi aziendali. E, difatti, la

nozione di cerchia di contraenti è "sufficientemente integrata dalla pluralità di dipendenti" in cui favore il beneficio è stato ripetuto.¹⁸

Quanto all'altro requisito degli usi normativi, l'*opinio iuris seu necessitatis*, è da escludere che gli usi negoziali siano supportati dall'idea che la condotta sia giuridicamente dovuta: "l'adozione duratura ed uniforme di una certa clausola esprime la convinzione dei contraenti circa la pratica convenienza del regolamento di interessi adottato".¹⁹

In tale prospettiva, i connotati strutturali degli usi normativi resterebbero, nel caso di usi negoziali-aziendali, quelli della costante ed omogenea ripetizione di un comportamento per un lungo lasso di tempo.²⁰

È indubbio che le erogazioni dell'imprenditore, ancorché originate da una scelta discrezionale, visto che non sono imposte né dal legislatore, né dal contratto collettivo, né da specifiche pattuizioni, se protratte, perdono la loro iniziale ed apparente liberalità e lo vincolano a continuarle.

In merito, risalente giurisprudenza ha statuito che non basta la riproposizione del provvedimento da parte del datore, poiché inequivocabilmente si deve poter evincere la presenza di un atto di volontà. Pur non essendo richiesta la cosiddetta *opinio iuris seu necessitatis*, occorre sempre la consapevolezza di attuare riconoscimenti migliorativi per categorie o gruppi di dipendenti dell'impresa.²¹

Si è parlato, perciò, della necessità di provare l'esistenza di un "animus", da intendersi come la persuasione di dover conservare la condotta a tempo indeterminato ed in modo che il suo dispiegarsi sia uniforme e continuo.²²

Sempre sull'elemento psicologico, la Cassazione si è pronunciata per

volontà contraria manifestata espressamente ad es. dalla direzione centrale dell'azienda (Cass., 27 maggio 1987, n. 4748, Foro It., 1987, I, 2737) o dal regolamento negoziale (Trib. Milano, 21 novembre 1990, Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, 815); Cass., 18 febbraio 1992, n. 1984, Rep. Foro

It., 1992, voce Lavoro (rapporto), n. 557.

²² VESCI G., *Giurisprudenza in tema di usi aziendali*, Mass. Giur. Lav., 1990, 243; TULLINI P., *Uso aziendale e principio volontaristico*, (nota a Pret. Ancona, 2 novembre 1990), Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, 808.

¹⁸ Cass., 12 settembre 1985, n. 6280, Rep. Giur. It., 1986, 2734; Cass., 12 novembre 1985, n. 5549, Foro It., 1986, I, 1373; Cass., 28 novembre 1985, n. 5906, Not. Giur. Lav., 1986, 518; Cass., 23 gennaio 1986, n. 436, Mass., 1986; Cass., 23 dicembre 1986, n. 7864, Giur. It., 1987, I, 1, 1369.

¹⁹ Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, cit., 135; Cass., 19 aprile 1980, n. 2585, Foro It., 1980, I, 2504.

²⁰ ANGELINI L., *Sulla formazione dell'uso aziendale*, cit., 817, secondo cui nessuno dovrebbe più dubitare della natura negoziale degli usi aziendali. Questo però non comporta che, per la loro configurazione come prassi, essi non siano tenuti a conservare, nel più limitato ambito aziendale, quel carattere di reiterazione costante ed uniforme nel tempo che occorre a fondare la nozione giuridica di uso.

²¹ Cass., 23 dicembre 1986, n. 7864, cit., 1369; Cass., 22 luglio 1987, n. 6392, Not. Giur. Lav., 1987, 831; Pret. Ancona, 2 novembre 1990, Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, 806. In queste sentenze la formazione dell'uso è esclusa per la mancanza di una volontà derogatoria del precedente contratto; in altre decisioni, invece, per la presenza di una

²³ Cass. S. U., 30 marzo 1994, n. 3134, Foro It., 1994, I, 2114; Cass. S. U., 17 marzo 1995, n. 3101, Foro It., 1995, I, 1143.

due volte a Sezioni Unite,²³ confermando che gli usi aziendali vanno ricondotti a quelli negoziali o di fatto, ma soprattutto stabilendo che, per la loro costituzione, “è necessaria la reiterazione spontanea di un determinato comportamento, valutabile a posteriori attraverso l’apprrezzamento globale della prassi già consolidata, con la conseguenza che la formazione degli usi resta esclusa in presenza di un obbligo giuridico pregresso, di fonte legale o contrattuale, incompatibile con la spontaneità della prassi, quale che sia il convincimento soggettivo in ordine all’obbligo medesimo”. Ed ancora, nella motivazione della sentenza n. 3134 del 1994, si legge: “è la mera reiterazione di comportamenti...” (ossia il mero fatto giuridico della reiterazione) “...ad integrare... la fattispecie costitutiva degli usi negoziali o di fatto, indipendentemente non solo dall’elemento psicologico, ma anche dalla ricorrenza dei requisiti (generalità, *opinio iuris seu necessitatis*) propri degli usi normativi”. La Corte disapprova, pertanto, l’impostazione di tipo soggettivistico e volontaristico, atteso che dimostra di non aver riguardo all’atteggiamento interiore del datore di lavoro rispetto a ciascuno degli atti di cui la prassi si compone.²⁴

²⁴ Cass., 2 febbraio 1996, n. 900, Il Lav. nella Giur., 1996, 7, 613; Cass., 17 maggio 2002, n. 7200, La Legge, Ipsosa, 2002.

²⁵ Cass., 7 agosto 1998, n. 7774, Mass. Giust. Civ., 1998, 1673. Nel caso di specie, si tratta di erronea inclusione di mensilità aggiuntive nel calcolo del compenso per il lavoro straordinario.

In senso conforme alle Sezioni Unite, la giurisprudenza accoglie la nozione di una intrinseca incompatibilità tra obbligo legale o contrattuale e formazione degli usi e sottolinea che, ove il datore di lavoro si reputi obbligato ad effettuare elargizioni per un’erronea interpretazione del contratto collettivo, l’uso aziendale non sussiste perché manca la spontaneità e la liberalità.²⁵

Alla stregua delle clausole d’uso, gli usi aziendali, in difetto di volontà contraria, si inseriscono nel negozio giuridico in via diretta ed automatica anche se ignorati e producono una vera e propria integrazione oggettiva, non fondata sul volere e conoscenza dei contraenti, né tanto meno su di una presunzione. Per quanto si è detto, la configurazione dell’uso aziendale (e degli usi negoziali in genere) è quella di un semplice fatto giuridico (la reiterazione), in relazione al quale la volontà delle parti non ha alcuna rilevanza, se non quella di cui all’art. 1340 c.c., cioè una rilevanza negativa, oltre che successiva alla nascita degli usi, in quanto volta ad impedire la loro inserzione nel contratto.

Nonostante il Supremo Collegio escluda l’utilità di rinvenire, nel modus operandi del datore di lavoro, un’intenzione negoziale di modificare o integrare i contratti nei quali gli usi vengono inglobati, non nega che esso debba essere volontario. La Cassazione postula, infatti, che l’azione sia sorretta “dall’animus solvendi”, dalla risolutezza di porla in essere, a prescindere dal raggiungimento di un certo risultato negoziale.²⁶

²⁶ Cass., 25 gennaio 1993, n. 823, Mass. Giur. Lav., 1993, 433.

²⁷ MAMMONE G., *Principio volontaristico e formazione dell’uso aziendale* (nota a Cass., 30 marzo 1994, n. 3134), Giust. Civ., 1995, I, 223. Siccome il comportamento datoriale, se obbligatorio, assume per sua natura rilevanza giuridica collettiva, si ritiene che la consapevolezza, caratterizzante la condotta, deve abbracciare la dimensione collettiva della condotta stessa e quindi la sua potenzialità di essere vincolante anche nei confronti dei futuri dipendenti.

In altre parole, l’agire che rappresenta il contenuto del “mero fatto giuridico” deve svolgersi con cognizione, benché la spinta iniziale ovvero i motivi del datore siano trascurabili. Non si richiede, quindi, che la condotta sia indirizzata ad un particolare scopo, ma solo che sia spontanea. Tale spontaneità, però, anche se non mossa da un fine negoziale, deve essere guidata da un atto di volizione che la renda consapevole.²⁷

Sul punto è di nuovo intervenuta la sezione lavoro della Corte, la quale in contrasto con le Sezioni Unite sopra citate, riconosce l’essenzialità dell’elemento intenzionale accanto a quello oggettivo del perdurare negli anni del comportamento datoriale.

Invero, l’uso aziendale presuppone il palese ed univoco impegno del titolare dell’impresa di estendere il trattamento di maggior favore a tutti coloro che si verranno a trovare nella stessa situazione dei beneficiari originari. Non è, d’altronde, concepibile che “una isolata attribuzione patrimoniale” a vantaggio di un lavoratore sia in grado di

²⁸ Cass., 6 novembre 1996, n. 9690, Giust. Civ., 1997, I, 1343. Nella fattispecie, una grande industria, per il trattamento di fine rapporto di alcuni suoi dipendenti, aveva applicato in diverse aziende del gruppo un sistema di computo più favorevole di quello previsto dalla contrattazione collettiva nazionale. Tutto ciò è avvenuto fino al 1985, anno in cui l'industria in parola è tornata ad applicare il

“integrare il rapporto di lavoro degli altri lavoratori, facendo sorgere un obbligo dell'imprenditore”, senza la valutazione della reale fermezza di quest'ultimo a vincolarsi per il futuro.²⁸

Inoltre, se è incontrovertito che rileva il solo e libero ripetersi della condotta, è altrettanto sicuro che un uso aziendale stabilizzato dimostra sia pure in modo implicito l'interesse negoziale di applicarlo anche nel prosieguo.²⁹

Sebbene la prassi aziendale abbia ragione di esistere solo conoscendo il “vero intento del soggetto erogante”,³⁰ nell'individuare il predetto intento non si può tralasciare l'analisi della normativa vigente all'epoca del suo manifestarsi, costituendone il substrato positivo.³¹

La prassi aziendale da uso negoziale o di fatto ad obbligo unilaterale di natura collettiva

La Cassazione, a partire dall'inizio degli anni '80 fino a circa la metà del decennio scorso, ha equiparato gli usi aziendali a quelli negoziali o di fatto di cui all'art. 1340 c.c., ossia alle clausole d'uso che, in assenza di una esplicita manifestazione di volontà contraria, si inseriscono nel contratto.³²

Dalle sentenze relative al problema de quo si evince con chiarezza che esse esprimono concetti identici, se non addirittura ripetono quasi alla lettera una consueta formula di rito: “la prassi aziendale, che consiste nella pratica seguita abitualmente dal datore di lavoro all'interno di una determinata impresa, non è riconducibile agli usi normativi, e quindi prescinde sia dal requisito della generalità, ... sia dal requisito dell'*opinio iuris*, né rientra negli usi interpretativi (quali le pratiche generali interpretative ex art.1368 c.c.), ma va inquadrata negli usi negoziali (art. 1340 c.c.), i quali, sul presupposto dell'accertata reiterazione di determinati comportamenti del datore di lavoro, si inseriscono non già nel contratto collettivo di lavoro, bensì in quello individuale ed hanno forza tra le parti sempre che il contenuto della prassi sia modificativo in *melius* della regolamentazione collettiva”.

Pertanto, la consuetudine aziendale, così qualificata, non può essere alterata in senso peggiorativo dal contratto collettivo nazionale o aziendale, come pure da atti unilaterali del datore di lavoro. Qualora però l'imprenditore realizzi un comportamento diverso, senza il dissenso dei diretti interessati e delle rappresentanze sindacali, l'uso aziendale anteriore viene sostituito da quello successivo, anche se meno favorevole, e confluisce nei contratti individuali di lavoro per fatti concludenti.³³

Accantonate le precedenti elaborazioni, la giurisprudenza è pervenuta a criticare sia l'applicazione agli usi aziendali dell'art. 1333 c.c., sulla conclusione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, che l'assimilazione dei suddetti usi a quelli negoziali o di fatto ai sensi dell'art. 1340 c.c.

Innanzitutto l'art. 1333 c.c. non è idoneo a spiegare la genesi degli usi aziendali, dal momento che prevede una proposta formale di conclu-

contratto collettivo nazionale, riconosciuto legittimo dalla giurisprudenza.

²⁹ Cass., 17 maggio 2002, n. 7200, cit.

³⁰ Cass., 12 agosto 2000, n. 10783, Mass. Giust. Civ., 2000, 1790.

³¹ Cass., 27 novembre 1999, n. 13294, Mass. Giust. Civ., 1999, 2377. Trattasi di una società che aveva concesso ai propri dipendenti, per un certo periodo, incentivi per il prepensionamento. La Cassazione, nel confermare la sentenza di merito, ritiene che l'uso così formatosi era collegato all'assetto normativo in vigore in quel momento e che, venuto meno quell'assetto, la prassi non ha più ragione di essere.

³² Tra le numerose sentenze si citano: Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, cit., 135; Cass., 19 aprile 1980, n. 2585, cit., 2504; Cass., 6 febbraio 1982, n. 711, Riv. It. Dir. Lav., 1982, II, 714; Cass., 21 novembre 1983, n. 6948, Mass. Giur. It., 1983, 1780; Cass., 12 settembre 1985, n. 6280, cit., 2734; Cass., 12 novembre 1985, n. 5549, cit., 1373; Cass., 28 novembre 1985, n. 5906, cit., 518; Cass., 10 gennaio 1986, n. 86, Mass. Dir. Civ., 1986, 41; Cass., 19 ottobre 1986, n. 6063, Foro It., 1986, I, 2734; Cass., 23 dicembre 1986, n. 7864, cit., 1369; Cass., 22 luglio 1987, n. 6392, cit., 831; Cass., 29 marzo

1990, n. 2549, Rep. Foro It., 1990, voce Lavoro (rapporto), n. 463; Cass., 10 aprile 1990, n. 3039, ivi, n. 462; Cass., 25 gennaio 1993, n. 823, Mass. Giur. Lav., 1993, 452; Cass., 24 maggio 1993, n. 9899, Dir. Lav., 1993, 551; Cass., S. U., 30 marzo 1994, n. 3134, cit., 2114; Cass., 18 aprile 1994,

n. 3651, Mass., 1994; Cass., S. U., 17 marzo 1995, n. 3101, cit., 1143.

³³ Cass., 12 marzo 1994, n. 2406, Mass. Giust. Civ., 1994, 300; Cass., 25 luglio 1996, n. 6690, Mass. Giust. Civ., 1996, 1043; Pret. Bari, 23 dicembre 1998, Riv. Giur. Lav., 1999, II, 680.

dere il contratto e non un comportamento puro e semplice. In secondo luogo, non si capisce perché, ai fini dell'obbligazione di cui all'art. 1333 c.c., l'attività del datore debba prolungarsi.

A sua volta, inammissibile risulta il richiamo all'art. 1340 c.c., considerato che questi si fonda sull'esistenza dell'uso fin dalla stipulazione del contratto e di conseguenza su contratti nei quali si sia già inserito.³⁴ Le clausole contemplate dall'art. 1340 c.c. sono, come è noto, quelle condizioni del mercato, che, da sempre accolte in una località o zona commerciale, completano il negozio giuridico se non escluse.

Nel tentativo di spiegare come il trattamento favorevole realizzato dal datore possa influire sui contratti in corso nel momento in cui l'uso si forma e senza che le parti facciano sentire la propria voce, la giurisprudenza di legittimità ha dichiarato che la prassi aziendale "fa sorgere un obbligo unilaterale di carattere collettivo", che incide sui rapporti individuali come fosse un contratto collettivo aziendale.

È fatto salvo, comunque, l'art. 1340 c.c., laddove vi sia un uso preesistente a nuovi contratti ed è fatta salva la concessione negoziale della prassi in questione.³⁵

Senonché sono intervenuti i giudici di merito, i quali, se da un lato offrono spunti chiarificatori, dall'altro sembrano ritornare a vecchie definizioni.

Nella specie, il Tribunale di Milano confuta la descrizione dell'uso sopra delineata, perché conduce all'anomala situazione della "stabilità degli effetti di un mero, non dovuto fatto giuridico, superiore alla stabilità del contratto collettivo".

Ad avviso dello stesso Tribunale, inoltre, "i comportamenti endoaziendali" dell'imprenditore, anche se ripetuti, non rientrano fra gli usi suppletivi dell'art. 1340 c.c. ovvero integrativi ex art. 1374 c.c., ma si profilano quali usi individuali, "posto che la disciplina civilistica delle clausole d'uso si ispira agli usi generali del mercato o pratica generalizzata degli affari". All'uopo, essi nel loro insieme, come attività complessiva, si rivelano utili per interpretare il contratto a mente dell'art. 1362 c.c..

In alcune ipotesi, prosegue il provvedimento della magistratura milanese, può prendere consistenza la fattispecie dell'art. 1333

c.c., la quale pretende però la verifica "dell'intento del datore di lavoro di obbligarsi unilateralmente", con onere della prova a carico del lavoratore.³⁶

Come si può vedere, benché molteplici siano le classificazioni degli usi di cui ci stiamo occupando, appare difficile giungere ad una loro definitiva sistemazione in quanto la problematica ad essi relativa riflette la perenne contrapposizione, propria di tutto il lavoro subordinato, tra sfera individuale e sfera collettiva.

La parificazione degli usi aziendali a quelli negoziali ha conseguenze sul piano dell'efficacia: è un uso che per la sua applicazione non ha bisogno di uno specifico richiamo della legge o del regolamento che disciplina la materia (art. 8 preleggi c.c.), ovvero che manchino disposizioni di legge o di contratto collettivo (artt. 1374 e 2078 c.c.).³⁷ Non si tratta, perciò, di fonte sussidiaria del diritto

³⁷ Sul punto Cass., 12 novembre 1985, n. 5549, cit., 1373, che, in tema di riconoscimento automatico della qualifica in applicazione di un uso aziendale, ha ammesso (contro l'opinione del giudice di merito) che "la censura secondo cui l'uso aziendale non potrebbe trovare spazio in materia di inquadramento e/o carriera del lavoratore all'interno dell'impresa, in quanto l'applicazione dell'uso postula o la mancanza di disposizioni di legge o di contratto collettivo (art. 2078 c.c.) o uno specifico richiamo della legge o della contrattazione collettiva (art. 8 preleggi c.c.) non ha fondamento, in quanto si basa su una nozione normativa dell'uso aziendale che deve essere respinta, trattandosi invece di uso negoziale".

³⁴ Cass., 6 novembre 1996, n. 9690, cit., 1343; Cass., 27 novembre 1999, n. 13294, cit., 2377.

³⁵ Cass., 6 novembre 1996, n. 9690, cit., 1343.

³⁶ Trib. Milano, 10 luglio 1998, Mass. Giur. Lav., 1999, 41.

to (*ius non scriptum*), che ha forza di norma legislativa (*ius scriptum*) e che nello schema delle obbligazioni può integrare gli effetti del contratto solo in assenza della legge, bensì di una clausola d'uso che finisce col riempire il contenuto del contratto di lavoro, salvo volontà contraria, come ogni altra clausola prevista espressamente dalle parti. Ne deriva che l'uso aziendale può derogare alle norme dispositive di legge avendo la loro stessa efficacia, a differenza degli usi normativi, per i quali la deroga è possibile se ammessa in modo esplicito dal legislatore e se più favorevoli ai lavoratori.

Da ultimo, la natura convenzionale dell'uso aziendale si riflette in campo processuale. Ricade, infatti, sulle parti che intendono avvalersene in giudizio l'onere di allegarlo e provarlo, nei limiti in cui è ammessa la prova delle dichiarazioni negoziali; viceversa l'uso normativo, fonte di norme giuridiche, può e deve essere rilevato d'ufficio dal giudice e può essere provato dagli interessati con qualsiasi mezzo.³⁸

Sempre dal punto di vista processuale, mentre per gli usi normativi è possibile ricorrere in Cassazione per la loro violazione o falsa applicazione, per quelli negoziali-aziendali un simile ricorso è precluso. Premesso che per quest'ultimi l'autorità giudiziaria è chiamata a vagliare il "complessivo comportamento datoriale" e "l'atteggiamento" del lavoratore,³⁹ è ovvio che essa compie una indagine di fatto, inammissibile dinanzi al Superiore Collegio.

È principio giurisprudenziale consolidato che "l'accertamento da parte del giudice del merito dell'esistenza di un determinato uso aziendale è incensurabile in sede di legittimità, ove ristretto da motivazione congrua ed esente da vizi logici".⁴⁰

In altra occasione, la magistratura ha ribadito che l'intento negoziale della consuetudine non può essere oggetto di apprezzamento in Cassazione, se non quando vi sia una violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale oppure un vizio di motivazione.⁴¹

La ricostruzione teorica dell'uso, quale obbligo unilaterale del datore di lavoro di carattere collettivo, si ripercuote di nuovo sulla sua efficacia.

Fin quando la prassi aziendale è assimilata alle clausole contrattuali, in quanto frutto di un accordo bilaterale, se per un verso non può essere modificata in *peius* dall'autonomia collettiva, dall'altro può valere solo nei confronti di coloro che sono già alle dipendenze dell'imprenditore. Per contro, la diversa qualificazione dell'uso in esame rende comprensibile la propagazione della sua vincolatività anche ai lavoratori che verranno assunti.

L'aspetto innovativo è proprio quello di accomunare, quanto agli effetti, la prassi aziendale al contratto collettivo, in modo che l'uso possa incidere sul programma negoziale degli eventuali prestatori che parteciperanno della medesima compagine aziendale ed in modo che possano scaturirne posizioni soggettive uniformi.

In definitiva, la dimensione collettiva dell'uso aziendale legittima le modifiche ai singoli contratti senza dover interpellare ogni volta il lavoratore e giustifica, al momento della contrattazione sindacale, la disquisizione sulle agevolazioni e concessioni introdotte dalla prassi.⁴²

³⁸ VESCI G., *Giurisprudenza in tema di usi aziendali*, cit., 245; MISCIONE M., *Usi aziendali e parità di trattamento*, cit., 140; RUCCI C., *In tema di recesso dal contratto collettivo* (con cenni sulla "disdetta" dell'uso aziendale), Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, 302. Cass., 12 febbraio 1985, n. 1197, Mass. Giust. Civ., 1985, 401; Cass., 16 giugno 1987, n. 5321, Mass. Ann. Cass., 1987, 1546, in cui si afferma: "gli usi di fatto o contrattuali devono essere idoneamente provati dalla parte che li allega".

³⁹ Cass., 12 agosto 2000, n. 10783, cit., 1790.

⁴⁰ Cass., 9 aprile 1981, n. 2051, Mass. Giur. Lav., 1982, 1517; Cass., 19 ottobre 1986, n. 6063, cit., 2734; Cass., 30 marzo 2001, n. 4773, La Legge, Ipsa, 2001.

⁴¹ Cass., 10 novembre 2000, n. 14606, La Legge, Ipsa, 2001.

⁴² LIEBMAN S., *"Usi aziendali", volontà negoziale dell'imprenditore e autonomia collettiva*, Giust. Civ., I, 1997, 1349 ss.; INNOCENZI L., (nota a Cass., 6 novembre 1996, n. 9690), Dir. Lav., 1998, II, 41; SPAGNUOLO VIGORITA L., *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 2, 97; FANTINI L., *Gli "Usi aziendali" tra incertezze dottrinali ed equivoci giurisprudenziali*, cit., 542.

FORTUNATO VITALE - TERESA VITALE - LUCIA VITALE

IL RICONOSCIMENTO DELLA MALATTIA PROFESSIONALE PER ESPOSIZIONE A RADIAZIONI IONIZZANTI

Le seguenti considerazioni sulla questione del *riconoscimento della malattia professionale per esposizione a radiazioni ionizzanti* traggono spunto da una sentenza del Tribunale di Roma, Giudice Monocratico del Lavoro, Dott. Grisanti, n.8522 del 03.05.2001, con la quale, accertata l'origine professionale della malattia "da radiazioni ionizzanti" indennizzabile nella misura del 100%, l'Inail è stato condannato alla costituzione in favore dei superstiti della rendita di cui agli artt.85 e 105 T.U. n.1124/65.

Nel caso di specie, il de cuius, deceduto in data 15 luglio 1997 per carcinoma polmonare, aveva lavorato per moltissimi anni, dal 1975, come operaio qualificato presso l'ENEA, espletando attività di assistenza alla conduzione di impianti termoidraulici e a combustione, e a lavorazioni meccaniche su impianti sperimentali. Ed in particolare, aveva lavorato presso il Centro Casaccia, prevalentemente all'interno e nelle aree circostanti la Hall tecnologica (CIII-4), e la Hall F-40, su impianti sperimentali per la modifica di impianti termoidraulici, per la realizzazione di sezioni di prova (in materiali metallici e trasparenti), e con uso *non occasionale e prolungato* delle sorgenti contenute in apparecchiature schermate ivi presenti.

Dette attività venivano svolte in zone classificate nei confronti del *rischio radiologico*, così come evidenziato nella denuncia di malattia e nella stessa scheda di lavoro del de cuius, il quale, pertanto, era considerato "*soggetto professionalmente esposto ai rischi da radiazioni ionizzanti*", e conseguentemente sottoposto a sorveglianza medica.

I Responsabili del Servizio del Personale e della Divisione Diagnostica e Controllo Avanzato, chiamati a testimoniare, confermavano che il de cuius, dal 1992 al 1995, aveva lavorato in un *ambiente soggetto a radiazioni ionizzanti*, a stretto e diretto contatto con strumenti utilizzanti sorgenti gamma sigillate. Di più, dichiaravano che nell'arco di 5/6 anni, negli anni 90, si era verificato il decesso di altri 4 dipendenti appartenenti allo stesso reparto del de cuius.

Alla luce delle circostanze e degli elementi suesposti, delle relazioni scritte rilasciate dallo stesso ENEA e delle dichiarazioni rese dai testi chiamati in giudizio, *l'esposizione al rischio specifico da esposizione alle radiazioni ionizzanti* del de cuius risultava indubbia.

* * *

Il punto 51 lettera A della Tabella allegata al D.P.R.n.336/94 prevede come *lavorazioni morbigene* quelle che espongono alle radiazioni ionizzanti; e come *malattie ad esse connesse*, quelle da radiazioni ionizzanti, precisando, che in caso di manifestazioni neoplastiche, il termine di indennizzabilità è da considerarsi illimitato.

Dalla lettura del dettato normativo, appare, pertanto, evidente come siano da considerarsi *tabellate* sia le lavorazioni morbigene su specificate cui era addetto il de cuius, sia la malattia (neoplasia polmonare) da cui lo stesso era affetto.

È noto che per le malattie e le lavorazioni tabellate opera a favore dell'assicurato

¹ V. sentenza della Cassazione, sezione lavoro, del 07.12.1991 n. 1376, la quale evidenzia, altresì, il *carattere tassativo* delle elencazioni contenute nelle indicate tabelle, così vietando l'applicazione analogica delle relative previsioni, ma non un'interpretazione estensiva delle medesime, con la conseguenza che la presunzione di eziologia professionale potrà essere invocata anche per lavorazioni non espressamente previste nelle tabelle, ma che possano ritenersi in esse strettamente incluse, alla stregua dell'identità dei connotati essenziali...

² Sull'onere della prova a carico dell'Inail in presenza di una malattia "tabellare" v. sentenze della Cassazione, sezione lavoro, del 13.10.1992 n.11143 e del 08.10.1992 n. 10953; e sentenza del 28.09.1998 n.9679 nella quale si precisa che la presunzione legale di eziologia professionale della malattia tabellata deve ritenersi vinta solo in caso di *positivo accertamento che la stessa non possa in concreto avere origine professionale...*

³ Sulla presunzione di eziologia professionale della malattia tabellata, denunciata entro il periodo massimo indennizzabile, v. sentenza della Cassazione, sezione lavoro, del 08.05.1996 n. 4297.

⁴ "Nel reato di lesione personale colposa consistente in una broncopneumopatia cronica ostruttiva, è da ritenere sussistente il nesso di causalità tra la malattia e l'esposizione lavorativa a fumi di saldatura, pur quando a determinare la malattia abbiano contribuito in maggior misura fattori estranei all'ambiente di lavoro quali l'obesità e il fumo di sigaretta"; Cassazione, sezione IV penale, sentenza 05.06.1997 n. 5272.

una *presunzione di eziologia professionale*.¹ La presunzione legale di eziologia professionale, in presenza di malattia e lavorazione tabellata, può essere vinta *solo* dall'allegazione e dimostrazione - delle quali è onerato l'Inail - che nel caso concreto, l'infermità sia, *con certezza*, dipesa da una causa extralavorativa, ossia dimostrando una *diversa patogenesi della malattia* stessa. Ed ancora, l'accertamento che la malattia sia astrattamente compresa fra quelle tabellate - e cioè derivante da una lavorazione tabellata - comporta *l'applicabilità della presunzione di eziologia professionale della patologia* sofferta dall'assicurato, con il conseguente onere dell'Inail di provare una diversa patogenesi della malattia stessa.²

Una volta provata l'origine professionale della malattia, ovvero la cd. *esposizione al rischio* (vedi le testimonianze e le relazioni dell'ENEA), una volta accertata, altresì, la sussistenza della patologia denunciata e tabellata (manifestazioni neoplastiche e, nella specie, neoplasia polmonare), *piena è l'operatività della presunzione legale di eziologia professionale* della malattia, con il conseguente onere dell'Inail di provare una diversa patogenesi della malattia stessa.³

Di poi, ammesso che all'insorgere della neoplasia polmonare abbiano contribuito anche *altri fattori*, quali il fumo di sigarette, ciò non vale, tuttavia, ad escludere il nesso di causalità esistente tra la lavorazione espletata e la manifestazione neoplastica stessa, atteso che, comunque, non può essere ritenuta ininfluyente la prolungata esposizione dell'assicurato alle radiazioni ionizzanti.⁴

Tant'è che "...In tema di assicurazione contro le malattie professionali, ove l'infermità invalidante derivi da *fattori concorrenti*, di natura sia professionale sia extraprofessionale, trova applicazione il *principio di equivalenza causale* stabilito in materia penale dall'art.41 c.p.; pertanto, a ciascuno di detti fattori deve riconoscersi *efficacia causativa dell'evento*, a meno che uno di essi assuma carattere di causa efficiente esclusiva"⁵

Tale principio di *sinergia delle cause* è sancito, altresì, all'art.79 del T.U., che, infatti, esige, qualora la inabilità derivi anche da fatti estranei al lavoro, che venga accertato il diverso grado percentuale di incidenza dei fattori causali concorrenti e la conseguente inabilità da essi derivata.

Nel caso di specie, il *nesso causale* tra la lavorazione svolta e la malattia contratta non è stato interrotto da alcun fattore riconosciuto di per sé solo idoneo a determinare l'evento, ed anzi appare più che probabile che i fattori causali concorrenti abbiano tra loro non solo interagito, ma anche determinato un reciproco potenziamento.

Nonostante la documentazione probante acquisita agli atti relativa all'indubbia *esposizione al rischio di radiazioni ionizzanti* da parte del de cuius, e la suesposta normativa vigente in materia, il CTU nominato, premessa la complessità e disomogeneità di orientamenti nella letteratura medica, nella propria relazione - ricca di incertezze e di contraddizioni - concludeva, affermando: "...non è possibile esprimerci in termini di certezza, ...e in mancanza di dati probanti in termini di alta probabilità o di certezza...è possibile escludere l'esistenza della natura professionale della malattia neoplastica da cui era effetto il ricorrente. Di conseguenza, è da escludere anche il nesso causale o causale del decesso dell'assicurato con l'attività lavorativa".

Il Giudice Dott. Grisanti, tuttavia, reputava opportuno discostarsi dalle menzionate conclusioni cui era pervenuto il CTU, così dando piena applicazione a un *principio* che sempre più spesso viene disatteso o mal compreso.

Il *principio cardine* in tema di assicurazione contro le malattie professionali è che accertata la lavorazione tabellata, ed accertata la sussistenza della malattia anch'essa tabellata, spetta all'Inail provare, con assoluta certezza, una diversa patogenesi della malattia contratta.

Pertanto, il *compito del CTU* è quello non di dimostrare con assoluta certezza che la malattia riscontrata è stata determinata dall'attività lavorativa, bensì (qualora ciò risulti) che la malattia riscontrata è stata con assoluta certezza determinata da altri fattori estranei all'attività lavorativa, e di per sé soli idonei a causarla.

Colui che opera diversamente, si discosta dal sistema introdotto dal legislatore e dai principi che lo regolano, ispirati alla piena tutela dei lavoratori addetti a determinate lavorazioni, in ragione della idoneità (legalmente presunta) di queste lavorazioni a causare determinate malattie. La tabella allegata al T.U. è, infatti, il *frutto di un'elaborazione scientifica* che ha portato al risultato di riconoscere come casualmente legata ad una specifica lavorazione, una determinata malattia.

Il *cd. sistema misto*, introdotto dalla sentenza della Corte Costituzionale n.179/88, stabilisce che per le malattie tabellate, il lavoratore debba provare *soltanto* l'esistenza della malattia tabellata e l'esposizione al rischio morbigeno, rimanendo così presunti la eziologia professionale ed il relativo nesso di causalità.

Diversamente, nell'ipotesi di malattia non tabellata, occorrerà provare la eziopatogenesi lavorativa.

La Giurisprudenza di legittimità,⁶ nel tentativo di individuare la sussistenza del nesso di causalità tra lavorazione e malattia professionale non tabellata, pone l'attenzione sul *grado di probabilità di realizzazione dell'evento dannoso* a causa dell'adibizione a determinate lavorazioni. E precisa che si tratta di una prova storica, ossia che il nesso di causalità non va valutato in base ad un criterio astratto, qual è l'apprezzabile probabilità che da una certa attività lavorativa derivi il verificarsi o l'aggravamento di una patologia, bensì in concreto, tenendo conto dell'incidenza che il rischio oggettivamente insito in tale attività abbia avuto sullo stato psico-fisico dell'assicurato.

Pertanto, l'accertamento giudiziale del nesso di causalità, si fonda su di un *livello apprezzabile di probabilità*, e mai di assoluta certezza della derivazione professionale della malattia (certezza, quasi mai raggiungibile). In altre parole, *la valutazione della sussistenza del nesso di causalità*, sebbene non possa essere operata in termini di assoluta certezza, *può però orientarsi verso un'apprezzabile probabilità*, tenendo conto delle circostanze di fatto, dell'analisi delle mansioni svolte, delle condizioni di lavoro, delle condizioni ambientali, della durata e dell'intensità dell'esposizione al rischio. Il Giudice sulla base di tali elementi può esprimere il proprio convincimento, determinando se la malattia sia o meno ricollegabile all'attività lavorativa, e traducendo le conclusioni probabilistiche del consulente in certezza giudiziale, con conseguente indennizzabilità della malattia professionale.

Nel caso di specie - fermo restando che trattasi di malattia tabellata e di lavorazione, altresì, tabellata, per le quali si presume il nesso di causalità e la eziopatogenesi lavorativa - ammesso e non concesso, che si tratti di malattia non tabellata, il carcinoma polmonare da cui era affetto il de cuius, tutti gli elementi acquisiti al processo, nonché le valutazioni probabilistiche del consulente tecnico, la oggettiva ed incontestabile esposizione al rischio da radiazioni ionizzanti, la

⁶ V. per tutte Cassazione, sezione lavoro, del 11.05.1999 n.4679: "Ai fini dell'accertamento della eziologia professionale di una malattia non tabellata il nesso di causalità deve essere valutato non in base ad un criterio astratto, qual è l'apprezzabile probabilità che da una certa attività lavorativa derivi il verificarsi o l'aggravamento di una patologia, bensì in concreto, tenendo conto dell'incidenza che il rischio oggettivamente insito in tale attività abbia avuto sullo stato psico-fisico dell'assicurato".

mancanza di altro fattore di per sé solo idoneo a determinare la patologia, la morte di almeno altri 4 colleghi che lavoravano nello stesso reparto negli anni 90, consentono, senza dubbio, di affermare *con apprezzabile probabilità* la sussistenza del nesso di causalità tra lavorazione espletata e malattia denunciata, con sua conseguente indennizzabilità.

* * *

Sul piano medico - diagnostico, tutto ciò è avvalorato dalle conoscenze mediche, che considerata la difficoltà diagnostica e le incertezze che ancora a tutt'oggi esistono in materia di rischio da radiazioni ionizzanti, affermano comunque la *indubbia incidenza di tali irradiazioni nella insorgenza delle neoplasie*.

Si legge nel Trattato di Ricci Pietrantonio e Grande Rosa Anna, della Facoltà di Medicina e Chirurgia di Catanzaro - Unità operativa e Cattedra di Medicina Legale e delle Assicurazioni - sulla "*Ricostruzione del nesso di causalità tra radiazioni ionizzanti e cancro: criteri medico legali*", che nel caso di radiazioni ionizzanti e manifestazioni neoplastiche, vale il criterio della "presunzione legale" per cui contratta la neoplasia, è sufficiente che il soggetto provi di essere stato occupato in lavorazioni a rischio (prova che nel caso di specie è stata acquisita).

Continua il Trattato precisando che l'esposizione a radiazioni ionizzanti può dare effetti patogeni che possono essere raggruppati in due categorie:

1. effetti stocastici o probabilistici
2. effetti non stocastici o deterministici

Per i primi non si è in grado di accertare se l'esposizione sia stata la causa diretta della malattia; pertanto, parleremo di *probabilità della sussistenza del nesso causale*. A tale categoria si ascrivono i tumori.

Per i secondi si può con certezza escludere o confermare il nesso di causalità tra la irradiazione e la malattia; difatti esistono determinati tipi di patologie che presentano caratteri patognomonici, e che compaiono in soggetti esposti ad elevate dosi di radiazioni ionizzanti di rilevazione certa.

Di poi, si sottolinea che in tale ambito è estremamente difficile stabilire quanto e quando l'esposizione sia stata causa o concausa della neoplasia, poiché esistono innumerevoli sostanze che sono causa di cancro. Tuttavia, *la comparsa di neoplasie in soggetti esposti al rischio specifico è più frequente, e la comparsa di tumore è anche tra gli effetti tardivi di esposizione a radiazione*. Tant'è che nella tabella allegata al T.U., per i casi di malattie da radiazioni ionizzanti, il periodo massimo di indennizzabilità per le manifestazioni neoplastiche è considerato illimitato (punto 51).

Si evidenzia ancora nel Trattato citato, che il criterio medico più valido per individuare il nesso di causalità, è costituito dalla documentazione che il soggetto è stato esposto a radiazioni ionizzanti per motivi di lavoro (e della quale, nel caso di specie, siamo in possesso). Pertanto, una volta qualificato un lavoratore come *soggetto esposto a rischio da radiazioni ionizzanti* (così come lo stesso ENEA ha riconosciuto nelle sue relazioni), attesa la ancora difficile diagnostica in tale settore, possono essere escluse dal nesso di causalità solo quelle neoplasie la cui genesi è sicuramente non radiologica.

Il citato Trattato conclude quindi affermando che il *tumore da radiazione ionizzante* è un *fenomeno di tipo probabilistico*, per il quale è compito finale del Giudice la valutazione dei casi intermedi e di quelli in cui la ricostruzione della dosimetria si presenti difficile, per carenza di documentazione che non sempre è di facile acquisizione o disponibile.

Conseguentemente, una volta fornita ed acquisita la prova della sussistenza del rischio specifico e della esposizione alle radiazioni ionizzanti, nonché della neoplasia, che nel caso di specie ha addirittura portato al decesso, *non si può negare*

che nell'insorgenza della manifestazione neoplastica la esposizione alle radiazioni ionizzanti abbia avuto un ruolo, anche se non diretto, senza dubbio di promotore o copromotore della malattia neoplastica, laddove si realizzano delle interconnessioni con situazioni preesistenti o sopravvenute, lavorative e non, attivi meccanismi patogenetici.

E il Giudice Dott. Grisanti, alla luce degli elementi acquisiti in corso di giudizio, ritenuti gravi, precisi e concordanti ai sensi dell'art.2729 c.c., accoglieva in toto la domanda degli eredi, non potendo non riconoscere nell'attività svolta dal de cuius il rischio insito di compromissione dell'integrità fisica dell'assicurato, nonché un indice di indubbia probabilità di con-causazione dell'evento (ovvero della malattia professionale), così restituendo al sistema normativo vigente in materia di Assicurazione contro gli Infortuni e Malattie professionali piena operatività e vigore, e riaffermando il ruolo preminente dell'Organo Giudicante nella valutazione dei casi di difficile diagnostica.