

RESPONSABILITA' CIVILE: Danni - Conseguenti ad attività lavorativa - Prova - Onere - Criterio di riparto.

Cons. Stato, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 5269

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 772.

“[...] in materia di diritti soggettivi l'onere della prova segue le ordinarie regole civilistiche e che, con riguardo alla responsabilità contrattuale ai sensi degli artt. 1218 e 2087 del codice civile, la giurisprudenza afferma che spetti alla parte attrice dimostrare, oltre alla sussistenza del rapporto di lavoro, l'esistenza del danno, l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ., il nesso causale tra pregiudizio e ambiente lavorativo; mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie a impedire il verificarsi del danno, ovvero l'integrale riconducibilità di questo a cause diverse dall'inosservanza dell'obbligo di garantire la sicurezza dei dipendenti [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione senza discussione depositata da parte appellante;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2022 il Cons. Cecilia Altavista e udito per la parte appellata l'Avvocato dello Stato Liborio Coaccioli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Coin il presente appello è stata impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'-OMISSIS- sede di -OMISSIS- n. -OMISSIS-, che ha respinto il ricorso proposto da personale della polizia penitenziaria, in servizio presso la Casa Circondariale di -OMISSIS-, per il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti per aver prestato, dal settembre 2004 alla data della domanda (11 settembre 2014), la propria attività lavorativa nel giorno destinato al riposo settimanale, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

Con il ricorso avevano esposto di avere prestato attività lavorativa per sette giorni consecutivi e di avere recuperato il giorno di riposo festivo non goduto solo alcune settimane dopo, in violazione dell'art. 11 comma 5 della legge 15 dicembre 1990, n. 395 che prevede il recupero del riposo settimanale non goduto per esigenze di servizio entro le due settimane successive; che tale sistema di

organizzazione del lavoro era divenuta una prassi presso la Casa Circondariale di -OMISSIS-; lamentavano quindi che l'Amministrazione avesse posto in essere una violazione delle norme a tutela del lavoratore, ai sensi dell'art. 2087 del codice civile, da cui era derivato loro un danno per lo stress psico fisico subito dal prolungato lavoro festivo; deducevano di avere già agito in giudizio per il pagamento dei compensi dovuti per il lavoro festivo; quantificavano il danno non patrimoniale per l'usura psico -fisica subita per il lavoro festivo per circa dieci anni nella misura pari al doppio della retribuzione per ciascuna giornata di lavoro effettuata nel giorno di riposo settimanale o alla diversa somma ritenuta di giustizia con interessi e rivalutazione monetaria. Chiedevano in via istruttoria di acquisire gli atti di programmazione dei servizi e dei prospetti delle ore svolte settimanalmente dai ricorrenti; di disporre verificazione o CTU per stabilire *“l'entità delle giornate di riposo soppresse dal marzo 2014 ad oggi”*; chiedevano l'acquisizione di prova testimoniale circa il recupero del giorno festivo non fruito oltre le due settimane.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio con atto di stile e depositava una sentenza della Sezione di -OMISSIS- n. -OMISSIS- (avverso cui è allo stato pendente appello r.g. n. -OMISSIS-) di reiezione di analogo ricorso di altro personale della Polizia penitenziaria.

Con ordinanza n. -OMISSIS- il Tribunale amministrativo disponeva incumbenti istruttori a carico dell'Amministrazione richiedendo il deposito di *“un prospetto per ogni singolo agente ricorrente che illustri in quali giorni ha prestato servizio festivo nel periodo 2004 – 2014 e quando ha potuto recuperare il riposo non fruito”*.

Il 21 novembre 2017 la direzione della casa circondariale di -OMISSIS- depositava un prospetto contenente per ogni ricorrente l'indicazione dei giorni festivi lavorati e dei giorni festivi recuperati per ogni mese, ma senza specificazione circa il momento in cui fosse avvenuto il recupero dei singoli giorni festivi lavorati.

In vista dell'udienza pubblica la parte ricorrente ha depositato una nota redatta da un commercialista con la indicazione dei giorni di riposo recuperati tardivamente per ogni ricorrente per ogni anno e, nella memoria, ha dedotto che dal prospetto depositato dall'Amministrazione risulterebbero chiaramente i numerosi giorni di recupero effettuati tardivamente.

Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso ritenendo sulla base dei prospetti depositati che non sempre le giornate festive lavorate venissero recuperate in ritardo rispetto alle due settimane successive e comunque il recupero avveniva entro il mese successivo. Ha dato atto di avere disposto istruttoria nonostante si trattasse giudizio in materia di diritti soggettivi, in cui non dovrebbe trovare ingresso il metodo acquisitivo, per il tempo trascorso e la difficoltà per i ricorrenti di ricostruzione della attività lavorativa svoltasi nel corso di dieci anni; ha però escluso la sussistenza della prova del

danno, in quanto le esigenze di servizio di un corpo di polizia comportano l'ordinaria prestazione del servizio anche nei giorni festivi, mentre il recupero del lavoro festivo, anche se avvenuto in un momento posteriore alle due settimane successive non provoca uno stress fisico a cui consegua il risarcimento.

Con il presente appello è stata contestata la sentenza di primo grado deducendo di avere sufficientemente provato il danno, avendo esposto la prassi della casa circondariale dei recuperi tardivi dei giorni festivi prolungata per circa dieci anni; inoltre, dai prospetti presentati dall'Amministrazione risulterebbe la prova delle giornate festive lavorate e dei recuperi tardivi, avvenuti nella terza settimana lavorativa; comunque l'Amministrazione nel giudizio di primo grado non aveva contestato alcuna circostanza di fatto; mentre il giudice di primo grado non aveva esaminato la richiesta di ammissione della prova testimoniale. Il giudice di prime cure avrebbe quindi errato sia con riferimento alle risultanze documentali sia in quanto avrebbe contraddetto i principi enucleati dalla giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato in ordine al riconoscimento e alla prova del danno da usura psicofisica nei rapporti di lavoro, che porrebbe invece a carico del datore di lavoro l'onere della prova in ordine alle ore e ai giorni lavorati. Inoltre, trattandosi di ricorso collettivo neppure sarebbe necessaria la prova delle conseguenze dannose in capo a ciascuno dei ricorrenti, come sarebbe stato affermato dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2013.

E' stata quindi riproposta la domanda di liquidazione del danno in via equitativa, indicando comunque per ogni ricorrente, una somma pari al doppio della retribuzione giornaliera per ciascuna giornata di lavoro effettuata nel giorno di riposo settimanale.

Il Ministero della Giustizia si è costituito con atto di forma.

La parte appellante ha presentato istanza di passaggio in decisione senza discussione orale.

All'udienza pubblica del 14 giugno 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

L'appello è infondato.

Ai sensi dell'art. 11, commi 4 e 5, della legge 15 dicembre 1990, n. 395 *“Il personale del Corpo di polizia penitenziaria ha diritto ad un giorno di riposo settimanale.*

Il personale che, per particolari esigenze di servizio, non possa usufruire del giorno di riposo settimanale, ha diritto a goderne, entro le due settimane successive, secondo i criteri stabiliti dall'Amministrazione. La medesima disciplina si applica al personale che, per particolari esigenze di servizio, presta servizio in un giorno festivo non domenicale”.

Da tale norma risulta, in primo luogo, che la fruizione dei riposi compensativi sia rimessa a successive concrete determinazioni dell'Amministrazioni.

Sotto tale profilo, ritiene il Collegio di richiamare, altresì, l'art. 10 comma 4 del D.P.R. 11 settembre 2007, n. 170 “*Recepimento dell'accordo sindacale e del provvedimento di concertazione per il personale non dirigente delle Forze di polizia ad ordinamento civile e militare (quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007)*”, e l'art. 16 del D.P.R. 18 giugno 2002, n. 164, *Recepimento dell'accordo sindacale per le Forze di polizia ad ordinamento civile e dello schema di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare relativi al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003*” per cui “*Al personale impiegato in turni continuativi, qualora il giorno di riposo settimanale o il giorno libero coincida con una festività infrasettimanale, è concesso un ulteriore giorno di riposo da fruire entro le quattro settimane successive*”, in conformità all' art. 63 della legge 1 aprile 1981, n. 121, che per la Polizia di Stato prevede il recupero dei giorni di riposo non fruiti per esigenze di servizio entro le quattro settimane successive.

Si deve poi considerare che l'art. 2 comma 2 del d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 di “*Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*” - che all'art. 9 prevede il diritto al riposo settimanale pur con apposite deroghe e con facoltà di recupero in media nell'arco di quattordici giorni - ha escluso l'applicazione delle norme del decreto legislativo nell'ambito delle strutture penitenziarie “*in presenza di particolari esigenze inerenti al servizio espletato*”

Ritiene, quindi, il Collegio che il mancato rispetto del limite delle due settimane indicato dalla legge n. 395 del 1990 di per sé non integri la violazione delle norme a tutela del lavoratore, in quanto trattandosi di un Corpo di Polizia, le possibilità in concreto di recupero dei giorni festivi lavorati devono essere temperate anche con le prevalenti esigenze dell'Amministrazione.

Pertanto, nel caso di specie, neppure risulta la prova delle circostanze di fatto relative all'effettivo ritardo e alla misura dello stesso nella fruizione del recupero.

Infatti, dal prospetto depositato in giudizio dall'Amministrazione, a seguito dell'ordinanza istruttoria, disposta - secondo quanto affermato dallo stesso giudice di primo grado nella sentenza appellata nonostante si tratti di domanda in materia di diritti soggettivi - risulta effettivamente avvenuto il recupero dei giorni festivi lavorati, come del resto affermato dalla stessa difesa appellante.

Non risulta invece chiaramente dal prospetto né è possibile desumerlo dalle indicazioni ivi contenute il momento ovvero il ritardo temporale in cui sia concretamente avvenuto il recupero per ogni dipendente, che costituisce il presupposto di fatto della domanda risarcitoria proposta.

Infatti, essendo indicati per ogni mese i giorni festivi lavorati e i giorni recuperati, solo con un ampio margine di incertezza, è possibile collegare ogni giorno festivo lavorato al corrispondente giorno di recupero.

Né maggiore utilità può avere la indicazione della relazione depositata dalla parte in primo grado circa i giorni recuperati in ritardo per ogni anno, non essendoci alcuna specificazione del periodo di giorni di ritardo in cui sia avvenuto il recupero.

Peraltro, la stessa parte appellante fa riferimento al recupero effettuato nell'arco di circa 22 giorni e comunque nella terza settimana successiva, con ciò confermando l'avvenuta fruizione del recupero in termini ragionevoli.

Ritiene, dunque, il Collegio che sulla base delle indicazioni normative sopra citate e delle circostanze di fatto emergenti dalla documentazione agli atti del giudizio, non sia stata raggiunta alcuna prova della sussistenza di una effettiva violazione delle norme a tutela della sicurezza del lavoro essendo la fruizione in ritardo, comunque, consentita dall'ordinamento della Polizia penitenziaria.

In ogni caso, neppure è stato allegato alcun elemento di fatto in ordine agli ulteriori fatti costitutivi della responsabilità, quali il nesso di causalità e la stessa esistenza del danno da usura psico-fisica subito dagli odierni appellanti per il ritardo nel godimento dei giorni festivi.

Né a diversa conclusione si poteva giungere con l'eventuale ammissione di prova testimoniale in primo grado, in relazione alla genericità del capitolo di prova relativo al recupero del giorno festivo oltre le due settimane successive.

Si deve, infatti, rilevare che in materia di diritti soggettivi l'onere della prova segue le ordinarie regole civilistiche e che, con riguardo alla responsabilità contrattuale ai sensi degli artt. 1218 e 2087 del codice civile, la giurisprudenza afferma che spetti alla parte attrice dimostrare, oltre alla sussistenza del rapporto di lavoro, l'esistenza del danno, l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ., il nesso causale tra pregiudizio e ambiente lavorativo; mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie a impedire il verificarsi del danno, ovvero l'integrale riconducibilità di questo a cause diverse dall'inosservanza dell'obbligo di garantire la sicurezza dei dipendenti (Cass. Sezione lavoro 15 giugno 2017, n. 14865; Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2018, n. 3104; Sez. III, 16 maggio 2022, n. 3830; Sez. III, 9 ottobre 2020 n. 5995; Sez. II, 12 aprile 2022, n. 2742).

Nel caso di specie, non risulta fornita la prova e neppure l'allegazione di alcuno di tali elementi per ogni singolo ricorrente.

Non si può, infatti, attagliare al caso di specie l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2013, citata dalla difesa appellante, la quale oltre a riguardare i lavoratori di una azienda di trasporti (e non di un Corpo di Polizia per cui il recupero tardivo è comunque consentito), ha ad oggetto il risarcimento danni per il mancato godimento dei riposi compensativi, danno ritenuto dalla sentenza provato tramite il ricorso alle presunzioni, basate sulle regole di esperienza.

Invece, nel presente giudizio, la prova avrebbe dovuto riguardare il particolare danno verificatosi per il godimento del riposo compensativo, avvenuto in ritardo di qualche giorno o di una settimana rispetto alle previsioni di legge. Di tale danno non solo non è stata data specifica prova ma neppure l'allegazione per ognuno dei ricorrenti in primo grado.

In ogni caso, poi, la stessa parte odierna appellante ha indicato che il recupero è comunque avvenuto, anche se nella terza settimana successiva, con ciò nella sostanza ha confermato che il ritardo è stato solo di qualche giorno o di una settimana rispetto alla previsione della legge n. 395 del 1990.

Sotto tale profilo, neppure può giovare alle tesi degli appellanti la giurisprudenza della Cassazione citata nell'atto di appello; infatti tale giurisprudenza ritiene presunto il danno da usura psico fisica in caso di mancata fruizione del riposo compensativo per l'*"inadempimento datoriale all'obbligo di sicurezza derivante dal contratto di lavoro"* (cfr. Cassazione Sez. lavoro, 14 luglio 2015, n. 14710).

Si tratta, infatti, anche in tal caso di controversia relativa a lavoratori di una azienda di trasporti e in cui la responsabilità è stata affermata per il mancato godimento dei riposi.

La più recente giurisprudenza della Cassazione ha, infatti, chiarito, che i principi affermati dalla stessa Cassazione con riferimento al danno da usura psico- fisica per mancata fruizione dei riposi settimanali non possono essere trasportati allo slittamento del riposo in giorno non consecutivo al sesto e non domenicale; ciò sulla base del D.Lgs. n. 66 del 2003, art. 9, che consente deroghe alla fruizione del riposo settimanale nel settimo giorno, in relazione alla particolare natura dell'attività esercitata o alle previsioni della contrattazione collettiva, e della giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui l'art. 36 Cost., comma 3, garantisce al lavoratore un diritto perfetto e irrinunciabile al riposo settimanale, ma con il termine riposo settimanale *"il costituente ha inteso esprimere sostanzialmente il concetto della periodicità del riposo, nel rapporto di un giorno su sei di lavoro, senza con ciò escludere la possibilità di discipline difformi in relazione alla diversa qualità ed alla varietà di tipi del lavoro, sempreché si tratti di situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale, con riguardo ad altri apprezzabili interessi, e comunque non vengano superati i limiti di ragionevolezza sia rispetto alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso"*. Inoltre, poiché l'esercizio del diritto del lavoratore al riposo periodico viene regolato in modo assai vario, per essere adattato alle esigenze di lavori di ogni specie, e poiché non c'è una costituzionale riserva di legge, la relativa disciplina può essere disposta non solo da norme di legge, ma anche da contratti collettivi aventi forza di legge, da altri contratti sia collettivi che individuali, o da regolamenti. Secondo tale recente orientamento giurisprudenziale, dunque, solo in caso di perdita definitiva del riposo settimanale, il danno da usura psico-fisica, può essere liquidato in via equitativa, a prescindere dalla prova del

pregiudizio subito, mentre in caso di slittamento del riposo compensativo devono essere date la specifica allegazione e la prova circa i danni riportati dal lavoratore (Cass. civ. Sez. lavoro, 29 dicembre 2021, n. 41889).

Con riferimento alla presente controversia, si deve rilevare che, in primo luogo, non risulta provato lo stesso inadempimento all'obbligo di sicurezza essendo comunque consentito il lavoro nei giorni festivi.

Inoltre, con specifico riferimento alla Polizia penitenziaria questo Consiglio ha già affermato che *“il lavoro di agente di polizia penitenziaria è, infatti, per sua intrinseca natura un lavoro usurante, tant'è che la legge consente agli agenti di penitenziari un pensionamento anticipato rispetto ad altre categorie di lavoratori”*, per cui *“l'accertamento in merito alla sussistenza del danno da usura psico-fisica deve essere effettuato partendo dal presupposto che una certa lesione del bene salute, in lavori come quello di cui è causa, comunque si verifica”* (Cons. Stato Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2111).

Ne deriva che, nel caso di specie, il danno da usura psico fisica eventualmente provocato dal recupero tardivo avrebbe dovuto essere comunque specificamente allegato e provato per ogni ricorrente.

La sentenza di primo grado ha, quindi, correttamente respinto la domanda risarcitoria.

In conclusione l'appello è infondato e deve essere respinto con conferma della sentenza appellata.

In relazione alla natura della controversia le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere
Carmelina Adesso, Consigliere

L'ESTENSORE
Cecilia Altavista

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.