



792
/ 11

R.G. N. 384/2009

REPUBBLICA ITALIANA
INNOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA - Sezione Lavoro

Composta dai Magistrati:

Dr. Roberto SANTORO Presidente
Dr. Clotilde PARISE Consigliere
Dr. Gaetano CAMPO Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

nella causa promossa in appello con ricorso depositato in data 20-5-2009

da:

EFFEPI di GREGORI ALESSANDRA s.a.s.
ALESSANDRA GREGORI

col Proc. dom. in Venezia - Avv. Luca Pusateri e Andrea Zuccolo

e col patrocinio dell'Avv. to Marco Vorano per mandato a margine del ricorso d'appello

- appellante -

contro

TRAN KIM ANH

col Proc. dom. in Venezia - Avv. Paolo Romor

CAUSA DI LAVORO
SENT. N. 792/11
N. 384 R.G. 2009
N. 311/2009 CRON.
LETTURA DISP. 2/11/11
OGGETTO:
RISARCIMENTO del DANNO

A

e col patrocinio dell'Avv.to Federica Foresti e Andrea Grigoli
per mandato a margine della memoria di costituzione

-appellato-

Oggetto: in riforma della sentenza n. 532\2008 del Tribunale di
Verona.

In punto: Risarcimento del danno. Pagamento crediti di lavoro.

Causa trattata all'udienza del 22-11-2011.

CONCLUSIONI:

A

CONCLUSIONI per l'appellante :***in limine***

si chiede, sussistendone i presupposti di legge, la immediata sospensione della esecuzione della sentenza impugnata;

nel merito ed in via istruttoria

vengono reiterate le medesime conclusioni assunte in primo grado

Con vittoria di diritti, spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.

CONCLUSIONI per l'appello

Nel merito: rigettare l'appello promosso dalla società EFFEPI di Gregori Alessandra s.a.s. e da Gregori Alessandra in qualità di socia accomandataria illimitatamente responsabile e, per l'effetto:

- a) revocare la sospensione (parziale) della esecutorietà della stessa, disposta con provvedimento del 14.07.2009;
- b) confermare integralmente la sentenza resa dal Tribunale di Verona - sezione Lavoro n. 532/08, pubblicata in data 19.02.2009;

In via istruttoria: Si richiamano i documenti in narrativa allegati. Se necessario, si ribadiscono le istanze istruttorie orali svolte con l'atto introduttivo, che qui si ritrascrivono:

“si chiede di poter provare per interrogatorio formale della convenuta e per testi le circostanze di fatto capitolate da 1 bis a 8 e 11, 11 bis, 11 ter, 17, 25, 28, 37, 41, che si intendono qui integralmente trascritte premessa la formula “Vero che”, nonché le seguenti ulteriori circostanze di fatto:

- a) vero che nell'aprile 2003 nessun operaio (ad eccezione della sig.ra Tran) era presente in azienda per svolgere attività lavorativa dopo le ore 17.00 e il sabato pomeriggio.*
- b) Vero che il giorno 9 luglio la sig.ra Tran rimase al lavoro fino alle ore 18.30;*
- c) Vero che nell'anno 2003 la famiglia della sig.ra Tran era composta dal marito Tran Than Bin (all'epoca disoccupato) e tre figli di anni 23, 21 e 14 (all'epoca tutti studenti).*
- d) Vero che la ricorrente, a decorrere dal mese di marzo 2003, ha ripetutamente chiesto in prestito a sua nipote (la sig.ra Tran Thuy Minh Phuong) alcune somme di denaro, per poter provvedere al pagamento dell'affitto della propria abitazione ed alle spese alimentari di prima necessità per sé e la propria famiglia;*
- e) Vero che dopo la risoluzione del rapporto di lavoro la ricorrente è rimasta disoccupata per più di un anno e successivamente ha trovato solo lavori saltuari e stagionali e, a tutt'oggi, non ha ancora trovato un'occupazione stabile;*
- f) Vero che, prima del gennaio 2003, la sig.ra Tran:*

Angela Caporale, Nadia Casin, il dipendente della convenuta di nome Fiorenzo, con riserva di indicarne altri all'atto di esibizione da parte della convenuta dei libri matricola (per individuare i nominativi dei dipendenti presenti nel periodo di causa, essendo, per la maggior parte, extracomunitari) oltre che delle relative ultime buste paga (da cui desumere gli indirizzi di residenza degli stessi).

Si chiede sin d'ora abilitazione alla prova contraria, nonché autorizzazione al deposito di memorie o istanze che si rendessero necessarie.

Ove ritenuto necessario, si chiede che venga disposta

- *CTU medico-legale al fine di determinare la compatibilità delle lesioni subite dalla ricorrente con l'infortunio subito, l'entità delle menomazioni permanenti derivate alla ricorrente dall'infortunio per cui è causa, nonché la durata dei periodi di inabilità temporanea parziale e totale conseguenti a tale infortunio;*
- *CTU medico-legale per l'accertamento delle condizioni di salute della ricorrente e della sussistenza del nesso eziologico tra il disturbo depressivo di cui ha sofferto dal 2003 e le pratiche di mobbing subite sul luogo di lavoro e descritte in narrativa, nonché la percentuale del danno biologico, anche ai fini della quantificazione del danno morale,*
- *Solo in ipotesi di contestazione dei conteggi, si chiede CTU contabile al fine della quantificazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, delle retribuzioni spettanti per l'attività lavorativa*

prestata nei mesi di maggio, giugno e luglio 2003, del TFR, dell'indennità di disoccupazione alla medesima spettante e delle differenze retributive e di TFR per il lavoro straordinario prestato dal 12.09.1996 al 9.04.2003"

In ogni caso: spese, diritti ed onorari di lite rifusi, oltre accessori di legge (R.F., IVA e CPA).

Svolgimento del processo.

Con sentenza n. 532\2008 emessa in data 16-10-2008, il Tribunale di Verona ha accolto le domande proposte da Tran Kim Anh nei confronti di Effepi s.a.s., condannando la società resistente al risarcimento del danno biologico e morale conseguente ad un infortunio sul lavoro occorso alla lavoratrice in data 8-1-2003, liquidato nella misura di € 8.099,85, al pagamento della somma di € 6.500,00 a titolo di risarcimento del danno per comportamenti di mobbing, al pagamento della somma di € 7.656,10 a titolo di TFR, della somma di € 24.995,45 a titolo di compenso per prestazioni di lavoro straordinario e della somma di € 494,80 a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, oltre alla rifusione delle spese di lite.

Con ricorso in appello depositato in data 20-5-2009, Effepi s.a.s. ha impugnato la sentenza di primo grado. Con riferimento all'infortunio sul lavoro, esclude la propria responsabilità affermando di avere allegato di avere impartito alla lavoratrice precise istruzioni dirette all'uso di guanti metallici nell'esecuzione dell'attività di taglio delle stoffe ed evidenziando che la stessa lavoratrice ha ammesso di non avere utilizzato questa misura di prevenzione. Censura la valutazione operata dalla sentenza circa l'incongruenza tra la ricostruzione dei fatti svolta nella memoria di costituzione e il reale svolgimento dell'infortunio, nonché il giudizio di assenza di carter di protezione sulla lama in



movimento, affermando che la lama era diretta al taglio di materiali leggeri come le stoffe e che la protezione non era prevista neppure dalla impresa costruttrice. Quanto al capo della sentenza di primo grado relativo al mobbing, l'appellante sottolinea l'assenza di qualsiasi attività istruttoria in proposito, contestando il cambiamento dell'orario di lavoro e l'applicazione di sanzioni disciplinari senza la preventiva contestazione, mentre, quanto al cambiamento di mansioni, pur ammettendo la circostanza, la riferisce alla necessità di salvaguardare il posto di lavoro. Relativamente al mancato pagamento delle retribuzioni, ne afferma la rilevanza solo sul piano dei rapporti obbligatorio, con esclusione di intenti persecutori. Con riferimento al preteso licenziamento orale, afferma che si è trattato di uno sfogo verbale a fronte di inadempimenti della lavoratrice. Con riferimento al capo di condanna al pagamento del TFR, l'appellante richiama il contenuto del proprio documento n. 6, da cui si ricaverebbe il pagamento nel corso del rapporto di lavoro della somma di € 2.586,60 a titolo di anticipo. Quanto al lavoro straordinario evidenzia l'assenza di prova sul punto e la contestazione dei fatti svolta nel giudizio di primo grado. L'appellante impugna anche il capo relativo alla indennità sostitutiva del preavviso, conseguente al capo di appello relativo al mobbing.

Si è costituita nel presente grado di giudizio la signora Tran, resistendo all'appello e chiedendone il rigetto.

La causa è stata decisa nel presente grado di giudizio all'udienza di discussione del 22-11-2011.

Motivi della decisione.

A

Il motivo di appello riferito al capo della sentenza di primo grado che ha riconosciuto il diritto della lavoratrice al risarcimento del danno biologico e morale per l'infortunio sul lavoro subito in data 8-1-2003 non è fondato e va respinto.

Relativamente alla natura della responsabilità ex art. 2087 c.c. e agli oneri di allegazione e di prova che incombono sulle parti, l'esame della giurisprudenza di merito e di legittimità evidenzia due orientamenti.

Il primo e più tradizionale indirizzo interpretativo evidenzia la insufficienza del mero riscontro del danno e del suo collegamento causale con lo svolgimento della prestazione lavorativa. Di conseguenza, l'onere incombente sul datore di lavoro di provare di avere adottato ogni misura necessaria a evitare l'infortunio presuppone che il lavoratore dimostri che vi è stata omissione nella predisposizione delle misure idonee a impedire l'evento lesivo. In sostanza, secondo questo orientamento, affermato di recente da Cass. 21331\2007, il lavoratore sarebbe gravato dall'onere di allegare e dimostrare tanto il fatto materiale che le regole di condotta che egli assume essere state violate. Questo principio viene peraltro affermato con accenti diversi da quelle decisioni che affermano la necessità che il lavoratore dia la prova anche delle cause che hanno determinato l'infortunio (cfr. Cass. 11932\2004), mentre altre pronunce affermano l'onere del lavoratore di provare la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale con il danno (cfr. Cass. 9856\2002).

Un secondo orientamento, più di recente elaborato dalla S.C., ha invece diversamente modellato il profilo della ripartizione tra le



parti degli oneri probatori, seguendo una interpretazione maggiormente ancorata ai principi costituzionali, ed in particolare all'art. 24 della costituzione, e aderente agli indirizzi espressi dalle Sezioni Unite della stessa Corte tanto in ambito lavoristico che in sede civile.

In particolare, prendendo le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 13533\2001, in materia di regime probatorio applicabile alla ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., per cui il creditore ha solo l'onere di provare il titolo che costituisce la fonte della obbligazione, essendo egli esentato dalla prova del fatto negativo dell'inadempimento, la S.C. ha di recente, anche con la sentenza n. 10529\2008 richiamata dalla sentenza impugnata, applicato tale principio anche alla materia in esame.

A questo proposito, va rilevato come le stesse Sezioni Unite, con la sentenza n. 141\2006, in materia di oneri probatori relativamente ai requisiti dimensionali dell'impresa, ai fini dell'applicazione dell'art. 18 l. 300\1970, nell'addossare al datore di lavoro il relativo onere probatorio, abbiano valorizzato il principio, riconducibile all'art. 24 della Costituzione, relativo alla vicinanza o disponibilità del mezzo di prova. Si tratta di un principio desunto dalla norma costituzionale richiamata, che impone all'interprete di interpretare le norme in modo da non rendere il diritto di agire in giudizio eccessivamente difficile per le parti.

La dottrina più attenta ha sottolineato la particolare rilevanza che tale principio ha nel processo del lavoro, caratterizzato dalla sostanziale disuguaglianza delle parti che si riflette anche sui

diversi "saperi" che fanno parte dei rispettivi bagagli cognitivi, per cui la conoscenza delle regole di prevenzione, strettamente legata alle conoscenze dei processi produttivi di un determinato ambiente di lavoro, non può che far capo principalmente al datore di lavoro. L'orientamento più recente della S.C. si inserisce quindi nel solco tracciato dalle due sentenze delle Sezioni Unite che sono state richiamate e nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata delle norme in materia, dal momento che l'aspetto della ripartizione tra le parti degli oneri probatori incide sulle concrete possibilità di esercizio del diritto in giudizio.

Proprio in questa prospettiva, sentenze come la n. 10529\2008, n. 9817\2008, ma anche n. 4184\2006 e 23162\2007, affermano il principio per cui dalla natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. discende l'applicabilità dell'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento delle obbligazioni. In applicazione di questa disciplina, il creditore che agisce per il risarcimento del danno deve provare la fonte del suo diritto, il danno e la sua riconducibilità al titolo della obbligazione, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte. In questo senso, l'art. 1218 c.c. pone una inversione legale di colpa e opera una inversione dell'onere probatorio, nel senso che è il debitore dell'obbligazione di sicurezza a dover provare l'assenza di colpa, dimostrando di avere adottate tutte le misure idonee a evitare l'evento lesivo o provando che il fatto si è verificato a causa di un comportamento anomalo o abnorme del lavoratore, senza che ciò fondi una responsabilità oggettiva del datore di lavoro.



Ritiene la Corte di dover recepire questo indirizzo interpretativo, autorevolmente fondato su due pronunce delle Sezioni Unite e basato su una lettura costituzionalmente orientata delle regole in materia.

L'applicazione di questi principi alla fattispecie in esame porta a condividere il giudizio espresso dalla sentenza di primo grado a proposito della responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio subito dalla lavoratrice.

Nel caso in esame va rilevato che nella memoria di costituzione nel giudizio di primo grado la causa dell'infortunio viene ravvisata nel comportamento della lavoratrice che, pur essendo istruita circa l'uso dei guanti metallici nella lavorazione da eseguire presso la macchina tagliatrice, non li avrebbe indossati provocando l'infortunio.

Occorre tuttavia rilevare che le prove testimoniali richieste sul punto risultano del tutto inammissibili per la loro genericità.

Quanto all'addestramento e alle direttive ricevute dalla lavoratrice, i capitoli 36 e 37 della memoria difensiva, relativi alla formazione da parte del datore di lavoro circa l'uso della macchina, risultano riferiti a circostanze del tutto indeterminate, prive di riferimenti specifici al contenuto della formazione e alla sua collocazione temporale, nel senso che si afferma che l'addestramento avvenne "per alcune ore", senza ulteriori specificazioni.

In proposito va tuttavia rilevato che il comportamento in questione non costituisce atto abnorme o esorbitante dal normale ciclo produttivo compiuto dal lavoratore e non esclude profili di

responsabilità del datore di lavoro riferibili ai doveri di controllo circa l'uso degli strumenti di prevenzione previsti dall'art. 2087 c.c. e 4 D.PR. 547/1955, in quanto, per la responsabilità del datore di lavoro vi è piena equipollenza tra l'omissione di specifici mezzi di prevenzione e l'omissione di un adeguato controllo riguardo alla loro utilizzazione (cfr. Cass. 10097/2011).

In sostanza, deve ritenersi che il datore di lavoro non abbia assolto all'onere di dimostrare di avere posto in essere tutte le misure necessarie a evitare l'infortunio e di avere controllato che le misure affermate siano state effettivamente seguite dalla lavoratrice.

Il secondo motivo di appello investe il capo della sentenza di primo grado che ha condannato la società appellante al risarcimento del danno per mobbing.

Nel caso in esame occorre rilevare che i comportamenti del datore di lavoro valorizzati dalla sentenza di primo grado per accertare l'esistenza della fattispecie del mobbing risultano provati dai documenti prodotti in giudizio e in parte ammessi dalla stessa società appellante.

In particolare, la sentenza di primo grado ha accertato l'illegittimità delle due sanzioni disciplinari irrogate alla lavoratrice in data 11 aprile e 30 aprile 2003, perché non precedute da contestazione disciplinare.

A questo proposito va rilevato che la comunicazione dell'11-4-2003 ha ad oggetto l'irrogazione di un richiamo scritto in relazione a presunti errori nell'esecuzione della mansioni della



lavoratrice. Emerge dall'esame della comunicazione che l'applicazione del richiamo non è stato preceduto da alcuna contestazione disciplinare, né la lettera contiene l'invito alla lavoratrice a esporre le proprie difese sul punto. La successiva comunicazione del 30-4-2003 richiama lo stesso episodio oggetto della lettera di richiamo e applica alla lavoratrice la sanzione della multa. Anche questa sanzione è palesemente illegittima per assenza della preventiva contestazione disciplinare e per la violazione del principio del ne bis in idem, in quanto per lo stesso fatto la società aveva applicato la sanzione del richiamo.

Quanto al cambiamento delle mansioni pure accertato dalla sentenza di primo grado, la circostanza non viene contestata dalla società appellante, che tuttavia riferisce questo comportamento alla necessità di salvaguardare il posto di lavoro della lavoratrice. Si tratta tuttavia di affermazioni, peraltro dedotte per la prima volta solo in appello, del tutto sganciate da specifiche allegazioni di circostanze di fatto da cui desumere una situazione aziendale tale da rendere necessario l'esercizio dello jus variandi di cui all'art. 2103 c.c. come misura diretta alla salvaguardia del posto di lavoro della lavoratrice.

In particolare, la società avrebbe dovuto allegare e provare che la situazione dell'azienda avrebbe determinato la soppressione del posto di lavoro della lavoratrice appellata e che il cambiamento delle mansioni costituiva l'unica reale misura alternativa al licenziamento.

In mancanza di questa prova, il cambiamento delle mansioni della lavoratrice risulta privo di qualsiasi giustificazione e, pur

A

trattandosi di facoltà legittimamente esercitabile dal datore di lavoro, può essere apprezzata, unitamente ad altri elementi, per l'accertamento della fattispecie del mobbing.

Le stesse considerazioni svolte a proposito del mutamento delle mansioni valgono per il cambiamento dell'orario di lavoro, anch'esso provato attraverso i documenti allegati dalla lavoratrice (cfr. documenti n. 12, 15, 19 e 21).

Anche in questo caso in primo grado non vi è stata alcuna allegazione a ragioni oggettive, legate a specifiche esigenze aziendali, a giustificazione del cambiamento dell'orario contrattualmente stabilito.

Anche la circostanza relativa al licenziamento orale da parte del datore di lavoro ha trovato conferma nella trascrizione della registrazione del colloquio prodotta in giudizio dalla lavoratrice.

In proposito va rilevato che la società appellante nel corso del giudizio di primo grado ha rinunciato agli effetti del disconoscimento effettuato, riconoscendo così la provenienza e il contenuto della conversazione, il cui contenuto non offre margini a dubbi di sorta circa la volontà espressa dal legale rappresentante della società di risolvere il rapporto di lavoro con l'appellata.

L'omesso e reiterato pagamento delle retribuzioni si pone poi come ulteriore circostanza confermativa della volontà del datore di lavoro di sottoporre la lavoratrice e vessazioni tali da indurla a risolvere il rapporto di lavoro. In questo senso, l'inadempimento contrattuale reiterato, in assenza anche in questo caso di specifiche e provate situazioni di fatto idonee a giustificarlo, può essere

apprezzato, unitamente agli ulteriori elementi accertati, come uno dei comportamenti idonei a configurare la fattispecie del mobbing. A questo proposito va infatti rilevato che per "mobbing" si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti: a) la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio (cfr., Cass. 3785\2009; Cass. 22858\2008, relativamente alla riferibilità al mobbing anche dell'esercizio di atti leciti da parte del datore di lavoro, finalizzati tuttavia alla vessazione del dipendente).

Le considerazioni che precedono portano quindi al rigetto di questo motivo di appello.



Risulta infondato anche il motivo di appello incentrato sul capo n. 5 della sentenza di primo grado, che ha condannato la società appellante al pagamento in favore della lavoratrice della indennità sostitutiva del preavviso.

La sentenza di primo grado ha riconosciuto il diritto della lavoratrice come conseguenza della risoluzione del rapporto di lavoro per dimissioni dovute al comportamento vessatorio tenuto dal datore di lavoro.

Il rigetto di questo motivo di appello è quindi conseguente al rigetto del motivo di appello riferito all'accertamento del mobbing.

La sussistenza di un comportamento vessatorio del datore di lavoro integra la nozione di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. e legittima il recesso del lavoratore dal rapporto di lavoro, con il conseguente riconoscimento del diritto alla indennità sostitutiva del preavviso.

Riguardo agli altri motivi di appello, occorre rilevare che, a proposito della domanda diretta al riconoscimento del compenso per le prestazioni di lavoro straordinario, la sentenza di primo grado ha applicato in modo non corretto il principio di non contestazione.

A questo proposito va infatti rilevato che la società appellante, nella memoria di costituzione nel giudizio di primo grado, ha in realtà contestato il fatto costitutivo della domanda, affermando, al capitolo 10, che l'orario di tutti i dipendenti non superava quello contrattuale, e, ai capitoli 11 e 12, che nelle occasioni in cui



l'orario veniva superato, i dipendenti fruivano di riposi compensativi e di una voce indennitaria che copriva tutte le eventuali differenze retributive.

Alla luce delle difese svolte dalla società appellante, avrebbero dovuto quindi essere ammesse le prove richieste dalle parti in materia di orario di lavoro, in particolare quella dedotta al capitolo 1 bis del ricorso di primo grado, con l'abilitazione della società appellante alla prova contraria, così come stabilito nella ordinanza emessa contestualmente alla presente sentenza.

L'accertamento della prestazione di lavoro straordinario incide anche sul calcolo del TFR e sul relativo motivo di appello, che andrà quindi esaminato congiuntamente.

P.Q.M.

A) respinge l'appello relativamente ai capi 1, 2 e 5 della sentenza impugnata;

B) Provvede sulla prosecuzione della causa con separata ordinanza.

Venezia, 22-11-2011.

Il giudice relatore



Il Presidente



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

d.s. **SANTIN**


DEPOSITATA MINUTA IL 30/11/2012

PUBBLICATA IL 10/2/2012

DATO AVVISO
 TELEMATICO
 Oggi 10/2/12