

**Consiglio di Stato - Sez. VI; Sent. n. 4553 del 15.07.2010***omissis***FATTO**

Con la sentenza in epigrafe il Tar della Campania ha accolto il ricorso proposto dagli attuali appellati (per i quali non sia stato dichiarato in primo grado il sopravvenuto difetto di interesse per intervenuta transazione), dipendenti della Circumvesuviana s.r.l., per la condanna dell'impresa datrice di lavoro al risarcimento del danno subito per aver continuativamente prestato servizio, per esigenze aziendali, nel giorno destinato al riposo settimanale, senza fruire di alcun riposo compensativo.

Affermava il Tar che la maggiorazione retributiva corrisposta, anche in tal caso, per il lavoro festivo non poteva costituire in alcun modo corrispettivo del riposo settimanale non goduto; quest'ultimo anche nelle modalità di fruizione peculiari previste dalla disciplina di lavoro del personale addetto al settore trasporti di linea (art.8 l.n.138 dl 1958) costituiva infatti un diritto irrinunciabile e costituzionalmente tutelato, non sostituibile con una maggiorazione della retribuzione. Le somme richieste erano invece dovute a titolo risarcitorio del danno biologico azionato in via contrattuale, laddove la erogata maggiorazione retributiva compensava solo la deroga al principio del riposo nel giorno della domenica o comunque nel settimo giorno (cioè era compensativa dello spostamento nel tempo della fruizione del giorno di riposo). Il c.d. danno da usura fisica, conseguente alla mancata fruizione del giorno di riposo dopo sei giorni di lavoro, distinto dall'ulteriore ed eventuale danno alla salute, doveva ritenersi assistito da una presunzione assoluta e rientrava, come voce autonoma, nel danno biologico. Ed infatti le maggiorazioni o i compensi previsti dagli accordi sindacali non hanno ad oggetto il risarcimento del danno da usura psicofisica per il riposo non goduto ma remunerano i lavoratori per la deroga al godimento del riposo nel settimo giorno.

Appella la Circumvesuviana s.r.l. lamentando anzitutto che il Tar avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'intervenuta interruzione del giudizio in ragione dell'estinzione della Gestione commissariale; questo andava riassunto nei confronti del nuovo soggetto gestore, la società ora appellante. Il venir meno della gestione governativa comportava poi la carenza di jus postulandi dell'Avvocatura dello Stato, con ulteriore ipotesi, ex art.310 c.p.c., di interruzione del giudizio. Il Tar ha inibito l'integrazione del contraddittorio nei confronti della società appellante escludendola da un processo in cui non poteva ritenersi rappresentata dall'Avvocatura.

Nel merito, il Tar non ha considerato che nei settori di attività "a regime continuo" quale il settore dei servizi pubblici, la stessa Corte costituzionale (30 giugno 1971, n.146) e la legislazione hanno riconosciuto la legittimità del principio che il riposo settimanale possa effettuarsi mediante la turnazione in modo da garantire l'espletamento del servizio anche nei giorni festivi, tanto che la contrattazione collettiva ha introdotto diverse maggiorazioni per il lavoro festivo (art.11 CCNL del 12.3.80). Il Tar avrebbe poi ignorato la differenziazione tra danno alla salute psicofisico e danno biologico, operando la presunzione di danno solo nel primo caso, danno risarcito con le maggiorazioni previste dal contratto collettivo; il danno biologico non può invece essere ritenuto presuntivamente esistente e deve essere dimostrato a prescindere dalla presunzione di colpa nascente insita nella responsabilità nascente dall'illecito contrattuale.

Inoltre, il Tar circa ha ommesso ogni statuizione circa l'eccezione di prescrizione sollevata dalla società appellante, intervenuta in primo grado, affermando per implicito l'applicabilità della prescrizione decennale appare contraddittorio, qualificando l'azione volta ad ottenere il



risarcimento del danno consistente nella "lesione dell'integrità fisica" come attinente non a diritti scaturenti dal rapporto di lavoro, ma a quei diritti patrimoniali consequenziali rientranti ai sensi dell'art.7 della l.n.1034 del 1971 nella giurisdizione del giudice ordinario. La pretesa, qualora se ne riconoscesse il diritto, deve essere qualificata come di natura retributiva, per la quale sussiste la prescrizione quinquennale ai sensi dell'art.2948 c.c., e non di natura risarcitoria, come anche affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

DIRITTO

1. Gli appellati indicati in epigrafe, dipendenti della Gestione Governativa della Circumvesuviana, ora Circumvesuviana s.r.l., avevano chiesto in primo grado il risarcimento dei danni, anche biologici, a seguito di prestazioni lavorative rese nel giorno del riposo settimanale senza avere fruito di alcun riposo compensativo. Il primo giudice, con la sentenza suindicata, ha accolto il ricorso e ha condannato la Circumvesuviana s.r.l. alla liquidazione e al risarcimento del danno da usura psicofisica subito per mancata fruizione del riposo compensativo per il periodo richiesto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria. Si è statuito che la prescrizione è decennale e sono stati utilizzati i criteri dettati dall'ipotesi transattiva del 20 aprile 1995, la quale aveva previsto l'abbattimento del 15% sul numero totale delle giornate di lavoro effettuate da ogni dipendente nel giorno del riposo settimanale.

2. La sentenza viene appellata dalla Circumvesuviana s.r.l. per i seguenti motivi: 1) essendosi estinta la Gestione Governativa, si sarebbe verificata l'interruzione del processo ai sensi degli artt. 300 e 301 del c.p.c. e ciò si sarebbe dovuto limitare a dichiarare il primo giudice; 2) il danno biologico non potrebbe essere presunto dovendosi, invece, provare; 3) la prescrizione sarebbe quinquennale, ai sensi dell'art. 2948, n. 4), del c.c..

3 La controversia così sottoposta all'attenzione del Collegio ha trovato già soluzione in numerose decisioni di questo Consesso, dalle quali non v'è ragione di discostarsi, e che scontano un orientamento diverso da quello assunto inizialmente dalla Sezione, a seguito dell'avvenuta evoluzione del concetto di danno biologico quale elaborato dalle SS.UU. della Cassazione (cfr; VI 17 giugno 2009, n.3967, 1 luglio 2009, n.5125, .1 settembre 2009, n.4268).

3. Il primo motivo di gravame è infondato.

Premesso che nei giudizi davanti ai Tribunali amministrativi regionali trova applicazione, relativamente agli eventi interruttivi del processo, l'art. 24 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, in base al quale l'interruzione del processo si ha con riguardo al verificarsi di uno di tali eventi in capo a "una delle parti private", si deve logicamente dedurre che il venir meno della "parte pubblica" non sia di per sé causa automatica di interruzione del processo. Del resto, questa sezione ha già avuto modo di affermare che la disposizione di cui all'art. 24 della l. n. 1034/1971 non si applica in caso di soppressione o di estinzione di un ente pubblico (21 maggio 2001, n. 2783 e 5 gennaio 2001, n. 8).

In ogni modo, sul piano del fatto processuale, nel caso in esame, risulta che, successivamente all'eccezione sollevata dalla gestione commissariale originariamente costituita, il processo è stato in effetti interrotto e la Circumvesuviana s.r.l. si è costituita in giudizio a seguito di rituale notifica dell'atto di riassunzione, svolgendo le sue difese ed eccependo, tra l'altro, la prescrizione poi dedotta come motivo di appello (comunque in precedenza sollevata dall'Avvocatura di Stato).

4. Il secondo motivo di appello, alla luce della citata giurisprudenza di questa Sezione può invece trovare accoglimento.

Al riguardo, il Collegio (pur dando conto, come s'è detto, dell'esistenza, nell'ambito della stessa giurisdizione amministrativa, di un precedente orientamento di segno contrastante) ritiene di prestare puntuale adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel caso in cui il



lavoratore sia stato adibito ad attività lavorativa anche nel giorno destinato al riposo settimanale (senza, peraltro, aver goduto di alcun riposo compensativo), laddove il medesimo lavoratore richieda, in relazione alle indicate modalità della prestazione, il risarcimento del danno non patrimoniale per usura psicofisica, ovvero per la lesione del diritto alla salute o del diritto alla libera esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana, questi è tenuto, comunque, ad allegare e provare in termini reali, sia nell'an che nel quantum, il pregiudizio del suo diritto fondamentale, nei suoi caratteri naturalistici nonché nella sua dipendenza causale dalla violazione dei diritti patrimoniali di cui all'art. 36, Cost.

L'opzione interpretativa qui condivisa appare al Collegio quella maggiormente persuasiva nell'ambito dell'attuale fase di evoluzione giurisprudenziale circa l'onnicomprensiva categoria del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ. il quale, pur nelle ipotesi in cui consegue alla violazione di diritti inviolabili della persona (es.: diritto alla salute), costituisce pur sempre un'ipotesi di danno conseguenza, il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza materiale ed in ordine alla sua riferibilità eziologica alla condotta del soggetto asseritamente danneggiante (arg. ex Cass. Civ., Sez. Un., sent. 11 novembre 2008, n. 26972).

Nella richiamata ricostruzione sistematica risulteranno, quindi, tendenzialmente escluse ipotesi in cui il ristoro del danno non patrimoniale (anche sotto la specie di danno biologico da usura psicofisica) possa essere in concreto ristorato a prescindere dalla sua concreta allegazione e prova.

4.1. La mancata allegazione degli elementi probatori relativi alla lamentata violazione del diritto alla salute rende, quindi, non accoglibile la domanda risarcitoria proposta nel corso del primo giudizio ed esime il Collegio dall'esame puntuale in ordine al se il preteso diritto risarcitorio debba essere azionato entro il termine di prescrizione decennale di cui alle ordinarie ipotesi di responsabilità contrattuale, ovvero entro il termine quinquennale di cui è menzione all'art. 2948, n. 4) cod. civ.

Ai limitati fini che qui rilevano, il Collegio ritiene comunque maggiormente persuasiva la seconda delle richiamate opzioni interpretative, conformemente all'orientamento interpretativo di questo Consiglio di Stato secondo cui, pretese economiche quali quelle nella specie vantate dagli originari ricorrenti hanno per oggetto il pagamento di somme, periodicamente dovute in considerazione della invalidità dell'accordo di volta in volta formatosi con il datore di lavoro in ordine allo svolgimento dell'attività lavorativa, con la conseguenza che trova applicazione nel caso di specie la regola generale della prescrizione quinquennale dei crediti di cui è menzione all'art. 2948, n. 4), cod. civ.4. Alla luce di quanto esposto, il ricorso in appello deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, e conseguentemente, in riforma della sentenza gravata, deve essere disposta la reiezione del primo ricorso.

Sussistono giusti motivi onde disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello nei termini di cui in motivazione, e in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere



S.I.Ve.M.P

Consiglio di Stato Sentenza n. 4553/2010

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere, Estensore
Rosanna De Nictolis, Consigliere
Domenico Cafini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione