

- TRIBUNALE DI MODENA - GIUDICE DEL LAVORO - 7
- REL. DOTT. MARTINELLI - 19-04-2022 -
- TUTELA CAUTELARE - RECLAMO AL COLLEGIO -
- INIDONEITA' ALLA MANSSIONE -
- SOSPENSIONE DAL LAVORO E
- DALLA RETRIBUZIONE -
- LEGITTIMITA' -

R.G. 145/2022



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE ORDINARIO DI MODENA
TERZA SEZIONE CIVILE
SOTTOSEZIONE LAVORO

Il Tribunale, in composizione collegiale, in persona dei Magistrati:

Dott.ssa Emilia Salvatore; Presidente

Dott. Edoardo Martinelli; Giudice relatore ed estensore

Dott. Vincenzo Conte; Giudice terzo componente

a scioglimento della riserva assunta all'esito dell'udienza del 23.3.2022,

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

Sul reclamo proposto *ex art. 669 terdecies* c.p.c. in data 15.2.2022 e iscritto a ruolo R.G. lav.
145/2022

tra

(C.F.), con il patrocinio degli Avv.ti Laura
Caputo e Fabrizio Fiorini, con domicilio eletto in Modena, via Emilia Est, n. 18

RICORRENTE

e

S.P.A. (C.F.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con il
patrocinio dell'Avv. Giovati Antonio, con patrocinio eletto in Parma, Strada Mazzini, n. 6

RESISTENTE

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come in atti.

Il Giudice del Lavoro ha pronunciato in data odierna la presente ordinanza

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 15.2.2022 il Sig. _____ ha proposto reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza *ex art. 669 septies* c.p.c. pronunciata dal Tribunale di Modena in data 22.1.2022 e pubblicata in data 3.2.2022.

Nel censurare l'impugnata ordinanza di rigetto della propria iniziativa cautelare *ex art. 700* c.p.c. con cui si richiedeva il ripristino, sia sul piano lavorativo che retributivo, del rapporto di lavoro subordinato esistente *inter partes* e sospeso, unilateralmente ad opera della società convenuta, con provvedimenti rispettivamente del 13.7.2020 (per il profilo lavorativo) e del novembre 2020 (per il profilo retributivo), ha prospettato: 1) il mancato assolvimento dell'onere della prova sussistente in capo alla resistente in ordine all'impossibilità di ricollocare utilmente il Sig. _____ in seno all'azienda; 2) l'illegittima adibizione di lavoratori – assunti in epoca più recente – in settori in cui il Sig. _____ avrebbe potuto lavorare; 3) la mancata violazione da parte del Sig. _____ delle prescrizioni di cui all'art. 2104 c.c. in sede di esecuzione della prestazione lavorativa; 3) la natura arbitraria e illegittima della determinazione datoriale per essersi risolta, in via di fatto, in una sospensione *sine die* del rapporto e non già in una sospensione del contratto di lavoro per – la censurata e non condivisa ipotesi di – sopravvenuta e temporanea impossibilità della prestazione lavorativa.

Nel lamentare altresì l'illegittimità del provvedimento di trasferimento disposto dalla resistente in data 27.6.2019 (per difetto in concreto di esigenze tecnico-produttive e di salvaguardia delle condizioni di salute proprio del Sig. _____), nel lamentare la gravosità e illegittimità del riparto dei carichi processuali operato nel corso della prima fase del presente giudizio, ha rassegnato le seguenti conclusioni: «**A**)-*In via principale ed inaudita altera parte, sussistendo i requisiti-presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora, accertare e dichiarare, per tutte le*

ragioni di fatto e di diritto di cui in narrativa, la illiceità-illegittimità della sospensione del sig. _____ dal lavoro a far data dal 13.07.2020 e dalla retribuzione dal novembre 2020, adottando tutte le misure di legge in punto al ripristino del rapporto di lavoro e alla riammissione in servizio ed al ristoro delle retribuzioni sospese ad oggi; B)- Conseguentemente, ordinare a _____ s.p.a. di riammettere immediatamente in servizio il sig. _____ nel posto di lavoro e nelle mansioni svolte anteriormente alla sospensione del rapporto di lavoro (mansioni di confezionamento o raddrizzatura o rettifica o comunque mansioni compatibili con l'inquadramento applicato)».

Con tempestiva memoria si è costituito in giudizio la società resistente che, ripercorse le vicende fattuali che hanno contraddistinto il rapporto di lavoro oggi in discussione, nel ribadire la legittimità del proprio operato anche alla luce dell'istruttoria compiuta nel corso della prima fase di giudizio, ha rassegnato le seguenti conclusioni: «*IN VIA PRINCIPALE rigettare perché inammissibile, improponibile, improcedibile, non fondata, non provata, prescritta o come meglio ogni domanda di parte reclamante, confermando integralmente l'ordinanza pronunciata in data 22 gennaio 2022, all'esito del giudizio avente RG n. 581/2021, dal Giudice Unico del Lavoro dell'intestato Tribunale di Modena, dott. Marangoni;*

IN OGNI CASO, IN SUBORDINE, accogliere tutte le domande formulate da _____ S.p.a. con la memoria di costituzione dalla stessa depositata nel giudizio RG n. 581/2021 promosso, ex artt. 669-sexies, 700 e 409, c.p.c. dal sig. _____ ».

All'esito dell'udienza del 23.3.2022 – celebrata secondo le modalità “cartolari” previste dall'art. 221, co. 4, DI 34/2020 e s.m.i. – il Collegio ha trattenuto la causa in decisione per la pronuncia della presente ordinanza.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, la tutela cautelare atipica presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del cd. "fumus boni iuris" (consistente nell'apparenza del diritto a salvaguardia del quale si intende richiedere la tutela, la cui

sussistenza deve apparire come verosimile e probabile alla luce degli elementi di prova esistenti (*prima facie*) e del "*periculum in mora*" (costituito dal fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, e dunque non ristorabile per equivalente).

Con la conseguenza per cui è preclusa la concessione del provvedimento interinale richiesto allorquando manchi anche uno solo dei predetti requisiti: «*L'accertamento, nell'ambito del procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., dell'insussistenza di un rischio di pregiudizio irreparabile ("periculum in mora") esonera il giudice dalla disamina dell'altro requisito del "fumus boni iuris"*» (così *ex multis* T. Bari, 19.3.2008; v. anche in proposito T. Torino, 26.11.2020).

Spostando le considerazioni al caso di specie, si ritiene che esuli dal perimetro del *thema decidendum* lo scrutinio di ogni doglianza espressa da parte ricorrente con riferimento al provvedimento datoriale del giugno 2019, di mutamento di mansioni da “addetto alla lavorazione di produzione” a “addetto alla raddrizzatura manuale”.

Tanto in ragione: 1) del significativo lasso temporale intercorso tra tale determinazione datoriale e l'originaria iniziativa cautelare assunta dal Sig. (15.6.2021): decorso del tempo del tutto incompatibile con il requisito strutturale di celerità che contraddistingue il giudizio cautelare e con la natura imminente del pregiudizio di cui si lamenta l'esistenza; 2) dell'attuale inesistenza giuridica dell'assetto di interessi disposto con tale determinazione datoriale, per essere stato lo stesso modificato dai successivi provvedimenti di sospensione del rapporto di lavoro assunti rispettivamente nel luglio e novembre 2020 dall'odierna resistente; 3) delle conclusioni rassegnate dallo stesso ricorrente nella presente fase di giudizio, per vero circoscritte a tali ultime due determinazioni della società.

Manifestazioni di volontà, queste ultime, su cui si ritiene vertere l'odierna materia del contendere.

Definito il perimetro della controversia, per la sua definizione si ritiene opportuno richiamare in questa sede il condiviso principio di diritto espresso dalla S.C. con pronuncia n. 15372 del 9.8.2004: *«In base agli artt. 1218 e 1256 cod. civ., la sospensione unilaterale del rapporto da parte del datore di lavoro è giustificata, ed esonera il medesimo datore dall'obbligazione retributiva, soltanto quando non sia imputabile a fatto dello stesso, non sia prevedibile ed evitabile e non sia riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale ovvero a contingenti difficoltà di mercato.*

La legittimità della sospensione va verificata in riferimento all'allegata situazione di temporanea impossibilità della prestazione lavorativa: solo ricorrendo il duplice profilo dell'impossibilità della prestazione lavorativa svolta dal lavoratore e dell'impossibilità di ogni altra prestazione lavorativa in mansioni equivalenti, è giustificato il rifiuto del datore di lavoro di riceverla».

Nell'ottica di corrispettività che contraddistingue il contratto di lavoro subordinato, il rifiuto del datore di lavoro a godere della prestazione e a corrispondere la retribuzione si compendia così in un atto unilaterale che può trovare la propria giustificazione solamente a fronte di una (imprevedibile, sopravvenuta, non imputabile a parte datoriale) situazione di impossibilità, per il prestatore di lavoro, di poter temporaneamente svolgere la propria prestazione lavorativa.

Si ritiene che competa al datore di lavoro dimostrare i fatti costitutivi del proprio provvedimento inibitorio.

Fatti costitutivi che, contrariamente alle eccentriche sul punto deduzioni attoree, non hanno ad oggetto la violazione a cura del prestatore di lavoro delle prescrizioni di cui all'art. 2104 c.c.

Onere probatorio che, nel caso di specie, si ritiene essere stato pienamente assolto dalla società resistente.

Punto di partenza per ogni considerazione è la incontestabile (v. *supra*) avvenuta adibizione, con decorrenza dal giugno 2019, del ricorrente a mansioni di addetto alla raddrizzatura manuale (v. anche doc. 10 ricorso).

Mansioni che la società ha ritenuto di non poter affidare oltre al Sig. _____, a partire dal marzo 2020, per avvenuta soppressione della mansione stessa (v. doc. 13 memoria difensiva).

Scelta, quest'ultima, che si ritiene immune da censure poiché suffragata da (insindacabili: v. *infra*) ragioni tecnico-produttive da individuarsi nell'avvenuto acquisto di una macchina in grado di svolgere le attività di raddrizzatura in maniera totalmente automatizzata. Macchinario che, inoltre, provvede altresì alla smagnetizzazione della barra raddrizzata: incombenza che non veniva svolta dal Sig. _____.

Si richiamano sul punto anche le deposizioni dei testimoni _____, rese nel corso della prima fase di giudizio.

L'istruttoria svolta nel corso della prima fase di giudizio ha inoltre evidenziato che la mansione originariamente affidata all'odierno ricorrente è stata definitivamente soppressa in azienda, tanto da non essere stata assegnata ad altro dipendente della società _____ (v. deposizione testimoni _____, _____ rilasciate nel corso della prima fase di giudizio).

Il riscontro in sede istruttoria di una concreta ed effettiva ragione tecnico-aziendale che ha comportato la soppressione della mansione di addetto alla raddrizzatura manuale esclude ogni profilo di censurabilità dell'operato dell'odierna reclamata.

Conclusione questa che si pone in linea di continuità con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità (reso in sede di scrutinio di una fattispecie estintiva del rapporto di lavoro, ove il regime di tutela posto a favore del prestatore di lavoro è sicuramente più favorevole rispetto all'ipotesi oggi in esame, in cui si discute di un provvedimento datoriale inibitorio temporaneo che preserva l'esistenza del contratto) secondo cui: «*In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è sufficiente, per la legittimità del recesso, che le addotte ragioni inerenti*

all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività, causalmente determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'individuata posizione lavorativa, non essendo la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto di lavoro sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità, in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost.; ove, però, il giudice accerti in concreto l'inesistenza della ragione organizzativa o produttiva, il licenziamento risulterà ingiustificato per la mancanza di veridicità o la pretestuosità della causale adottata» (Cass., 3.5.2017, n. 10699).

Si ritiene che parte resistente abbia anche dimostrato l'impossibilità di ricollocare il ricorrente presso il reparto confezionamento.

Alla data del marzo 2020 presso tale reparto risultava infatti essere adibito il Sig. _____

_____, dipendente assunto ex L. 68/1999 nel gennaio 2018 (v. deposizione testimoni _____; v. anche doc. 3 memoria difensiva).

L'istruttoria esperita nella prima fase di giudizio ha permesso inoltre di apprezzare come, per tale reparto, fossero adibiti due lavoratori e che vi fosse la (del tutto ragionevole e insindacabile ex art. 41 Cost.) necessità aziendale di mantenere fra i due lavoratori addetti al confezionamento, almeno un lavoratore con una piena capacità lavorativa, in grado di sopperire alle limitazioni dell'altro addetto.

Si richiamano sul punto la deposizione rilasciata dal testimone _____ nel corso della prima fase di giudizio.

Parte resistente ha inoltre dimostrato (onde consentire la collocazione del ricorrente presso il reparto confezionamento) la non collocabilità presso altro reparto del Sig. _____; il tutto in ragione delle proprie limitazioni che non gli consentono di poter proficuamente svolgere la propria mansione al reparto rettifica (v. deposizione testimone _____).

La società ha inoltre dimostrato in via documentale che il ricorrente non può effettuare, per totale inidoneità fisica, mansione di addetto al magazzino (v. docc. 17 e 18 memoria difensiva).
Evenienza questa che esclude, per la riscontrata radicale inidoneità fisica del Sig. [redacted] ogni confronto tra la propria posizione lavorativa e quella del Sig. [redacted] (adibito per l'appunto al reparto magazzino).

L'adibizione del ricorrente al reparto cd. "rettifica" è preclusa dalla avvenuta adibizione a tale reparto del Sig. [redacted], soggetto anche lui assunto in virtù delle prescrizioni di cui alla L. 68/1999.

Sempre a tale riguardo poi parte ricorrente, nella registrazione prodotta, ha confermato la prospettazione della società nella misura in cui ha riconosciuto che la propria adibizione a tale settore avrebbe implicato, per la datrice di lavoro [redacted], l'assolvimento di un onere formativo – affatto trascurabile – di durata pari ad un anno (v. doc. 6/b prima fase, minuto 31).

La riscontrata incollocabilità in azienda – anche presso altri reparti o altri stabilimenti – del ricorrente trova poi documentale conferma nelle relazioni di analisi mansionale elaborate rispettivamente in data 16.7.2020; 4.12.2020 e 5.7.2021 (v. docc. 20, 23, 26 memoria difensiva).

Trattasi di convergente elemento indiziario il cui valore probatorio è apprezzabile in ragione del fatto che: 1) le valutazioni ivi compiute tengono conto delle prescrizioni e degli analitici dati (es. indice NOSH) espressi dal Collegio Medico Unico (organo terzo, a rilevanza pubblicistica) in sede di declaratoria di inabilità permanente del Sig. [redacted] alla mansione di addetto al magazzino (v. docc. 17 e 18 memoria difensiva); 2) gli accertamenti ivi compiuti trovano riscontro nell'istruttoria esperita in corso di causa; 3) in nessuna delle due fasi di giudizio parte ricorrente ha allegato elementi probatori di segno contrario, idonei a sovvertire il quadro probatorio sin qui descritto.

Sempre a tale riguardo e a definitiva confutazione della tesi attorea circa la possibilità di collocare il Sig. [redacted] presso il reparto cd. "rettifica", va evidenziato che al ricorrente fosse preclusa l'adibizione a mansioni di movimentazione carichi con indice NIOSH superiore a 0,75 e che prevedessero ripetute flessione-estensioni del rachide (v. docc. 17 e 18 memoria difensiva).

Ebbene parte resistente ha evidenziato con apprezzabile (v. *supra*) riscontro probatorio come l'adibizione del ricorrente al cd. reparto rettifica avrebbe comportato lo svolgimento di mansioni con indice NIOSH pari a 0,97 (e così superiore alla prescritta soglia di 0,75), con frequente sollecitazione del rachide (v. pag. 3, docc. 20, 23, 26 memoria difensiva).

Avendo parte resistente assolto agli oneri probatori su di sé incombenti, devono pertanto ritenersi immuni da censure le statuizioni datoriali rispettivamente assunte nel luglio e novembre 2020.

Da ultimo, contrariamente a quanto prospettato da parte ricorrente, si esclude che tali determinazioni siano state assunte dalla società [redacted] con efficacia *sine die*.

Nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro e nelle more del presente processo, parte resistente ha reiteratamente manifestato la propria volontà di porre termine al rapporto di lavoro oggi in discussione mediante irrogazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (epilogo coerente alla riscontrata perdurante situazione di impossibilità per il Sig. [redacted] di fornire la propria prestazione lavorativa: *«La malattia del lavoratore deve distinguersi dalla sua inidoneità al lavoro in quanto, pur essendo entrambe cause d'impossibilità della prestazione lavorativa, esse hanno natura e disciplina diverse, per essere la prima di carattere temporaneo e implicante la totale impossibilità della prestazione, che determina, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., la legittimità del licenziamento quando ha causato l'astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comporto, laddove la seconda ha carattere permanente o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, e non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione consentendo la risoluzione del*

contratto, ai sensi degli artt. 1256 e 1463 cod. civ., eventualmente previo accertamento di essa con la procedura stabilita dall'art. 5 dello statuto dei lavoratori, indipendentemente dal superamento del periodo di comporto.» (Cass.,31.1.2012, n. 1404).

Recesso la cui efficacia è stata inibita dalle disposizioni legislative in punto cd. blocco dei licenziamenti ed è stata postergata nella pendenza del presente giudizio cautelare e della procedura avviata avanti a ITL Modena (v. docc. 21, 22, 36, 37 memoria difensiva).

Trattasi di fatti non imputabili alla società resistente.

In definitiva quindi, alla luce delle considerazioni sin qui compiute, a mente della cognizione sommaria che contraddistingue la presente fase di giudizio, si ritiene che l'odierna iniziativa cautelare promossa da parte ricorrente non sia sorretta dal cd. requisito del *fumus boni iuris*.

Iniziativa cautelare che si rivela altresì priva dell'ulteriore requisito del cd. *periculum in mora*.

Si rileva che con il provvedimento del novembre 2020 (sospensione dell'erogazione della retribuzione) il prestatore di lavoro ha avuto immediata e piena conoscenza della prospettata lesione della propria sfera giuridica e, nonostante ciò e senza adeguata giustificazione, si è risolto ad instaurare il presente procedimento cautelare ad oltre sei mesi di distanza dall'impugnata determinazione datoriale.

Ingiustificato ritardo incompatibile, come già ricordato, con la natura celere del giudizio cautelare e con la natura imminente del pregiudizio che tale procedimento interinale tende a scongiurare.

La riscontrata infondatezza della domanda attorea esclude ogni modifica della statuizione espressa dal Giudice della prima fase di giudizio in punto allocazione dei carichi processuali.

Nell'evidenziarsi una perdurante situazione di soccombenza, si procede anche in questa sede ai sensi dell'art. 91 c.p.c.

Si procede alla liquidazione delle spese di lite, valevole esclusivamente per la presente fase di giudizio essendo confermata in ogni suo punto l'ordinanza pronunciata dal Tribunale di

Modena in data 22.1.2022, in base agli incumbenti processuali disposti, al tipo e valore della presente controversia.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, co. 1 *quater*, D.P.R. 115/2002 per il raddoppio del valore del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del Lavoro, in composizione collegiale, così provvede:

- 1) Rigetta le domande di cui al ricorso;
- 2) Condanna parte ricorrente a rifondere a parte resistente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, le spese di lite, quantificate per la presente fase, in complessivi € 1.823,00, oltre rimborso spese generali in misura del 15%, IVA e CPA.

Modena, 19.4.2022

Il Giudice estensore

Dott. Edoardo Martinelli

Il Presidente

Dr.ssa Emilia Salvatore