

TRIBUNALE DI MODENA SEZIONE LAVORO

Nel procedimento n. **109/2022 r.g.** vertente tra:
XXXXXXXXX, rappresentata e difesa

dall'Avv. Antonio Cesarano;

RICORRENTE

contro

XXXXXXXXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, XXXXXXXXX, con sede in
XXXXXXXXX, rappresentata e difesa dagli Avv.ti

Giovanni Battista Benvenuto e Giorgio Scherini;

RESISTENTE

il Giudice del Lavoro, dott. Vincenzo Conte, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA ex art. 700 c.p.c.

rilevato che:

– con ricorso ex art. 700 c.p.c. del 03.02.2022, XXXXXXX, premesso di essere operaia di II° livello con mansioni di addetta alle pulizie, contestava la legittimità del provvedimento di sospensione dal servizio e dalla retribuzione adottato da XXXXXX in data 19.11.2021 e chiedeva l'immediata reintegrazione nel posto di lavoro, "con le stesse mansioni, in strutture non sanitarie e/o con mansioni anche diverse", con condanna della convenuta a risarcire i danni patiti, consistenti nelle retribuzioni maturate dalla data di sospensione dal lavoro fino a quella dell'effettiva reintegra (o, in via subordinata, il pagamento di un assegno alimentare per tutta la durata dell'emergenza);

– la ricorrente deduceva che: 1) svolgeva la mansione di addetta alle pulizie presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Modena; 2) a seguito di visita del medico competente, veniva dichiarata: "idonea alla mansione con limitazione – no mansione da svolgere in strutture sanitarie, socio sanitarie e socio assistenziali pubbliche e private"; 3) successivamente, la datrice di lavoro adottava un provvedimento di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, verosimilmente legato alla mancata vaccinazione; 4) la sospensione derivava da "una impropria e falsa applicazione del D.L.44/2021 convertito con legge n. 76/2021", in quanto non rientrava tra il personale sanitario; 5) la resistente operava anche in ambienti non sanitari; 6) la datrice di lavoro era obbligata a

ricollocarla in altre strutture non sanitarie; 7) il provvedimento datoriale era discriminatorio e ledava la dignità umana e professionale del lavoratore; 8) non disponeva di altre fonti di reddito e non era in grado di provvedere al sostentamento delle figlie;

rilevato che:

– XXXXXX si costituiva in giudizio con memoria difensiva del 10.03.2022; la resistente eccepiva l'inammissibilità del ricorso cautelare e l'insussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora; **considerato** che:

– il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del fumus boni iuris, ossia l'evidente fondatezza della pretesa, 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 che 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” (cfr. T. Bari, 19.3.2008, T. Torino, 26.11.2020);

rilevato che:

– la vicenda si inserisce all'interno di una cornice fattuale incontrovertita tra le parti. XXXXXX, addetta alle pulizie presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Modena, è stata sospesa dal lavoro, ai sensi del D.L. n. 44/2021, in quanto lavoratrice non vaccinata contro il virus Covid-19.

considerato che:

– le eccezioni di inammissibilità sono infondate.

– l'istituto del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. ha le caratteristiche della residualità e della atipicità. Il ricorso d'urgenza è inammissibile allorché l'ordinamento giuridico appresti una forma di tutela tipica, tale da consentire la realizzazione dell'interesse perseguito dall'istante (cfr. Cass. n. 5925/1999). L'azione ex art. 700 c.p.c. è esperibile solamente nelle ipotesi in cui manchino specifici mezzi processuali.

L'impugnazione del giudizio del medico competente, ai sensi dell'art. 40 T.U. n. 81/2008, non è alternativa alla tutela giurisdizionale invocata da parte ricorrente, quindi non può dichiararsi inammissibile il ricorso per difetto di residualità. L'ordinamento non prevede mezzi tipici di contrasto al provvedimento di sospensione dal lavoro, sicché non è accoglibile l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

– è pur vero che la sussistenza del requisito del periculum va negata nel caso in cui la pretesa violazione sia conosciuta e tollerata per un lungo periodo di tempo senza che nelle more venga assunta alcuna iniziativa processuale (T. Torino, ord. 05.07.2007, Trib. Torino, Ord. 18.04.2014). Tuttavia, nel caso di specie non può ritenersi che la ricorrente abbia tollerato oltre misura il provvedimento datoriale, atteso che l'azione giudiziale è stata proposta a circa tre mesi dalla sospensione, tempo compatibile con la prospettata urgenza.

– come noto, il ricorso ex art. 700 c.p.c. costituisce misura cautelare con funzione anticipatoria degli effetti della decisione dimerito. Nonostante la L. n. 80/2005 abbia operato un'attenuazione del vincolo di strumentalità, la parte è tenuta ad indicare la causa petendi e il petitum (mediato e

immediato) del successivo giudizio di merito (ex multis, Trib. Torino 15 ottobre 2018; Trib. Modena, 5 giugno 2015; Trib. Torino 8 febbraio 2011; Trib. Bari 30 settembre 2010; Trib. Modena 13 settembre 2007). Secondo la prevalente giurisprudenza, nel ricorso devono specificarsi il petitum mediato e la causa petendi, ma non anche le analitiche conclusioni che integrano il petitum immediato del giudizio di merito. La mancata indicazione nel ricorso cautelare della causa di merito comporta l'inammissibilità dello stesso, sempre che dal tenore dello stesso non sia possibile dedurre chiaramente il contenuto del futuro giudizio di merito; in altre parole, il ricorso contenente una domanda cautelare proposta prima dell'inizio della causa di merito deve contenere l'esatta indicazione di quest'ultima o, almeno, deve consentirne l'individuazione in modo certo. Nel caso di specie, il contenuto della futura causa di merito può desumersi dal tenore complessivo del ricorso, poiché la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di sospensione dal servizio e dalla retribuzione, formulando espressa domanda di condanna della convenuta al pagamento delle retribuzioni maturate medio tempore. E' di tutta evidenza come siano chiaramente individuati la causa petendi e il petitum (mediato e immediato) della futura azione di merito. **considerato** che:

– ricorre il requisito del fumus boni iuris.

L'art. 4 del D.L. n. 44/2021 (Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario) stabilisce: "1. Fino al 31 dicembre 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a

vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata altresì nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità alle previsioni contenute nel piano di cui al primo periodo. [...]". Il comma 4 bis ha esteso l'obbligo vaccinale "a

tutti i soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'articolo 1-bis, incluse le strutture semiresidenziali e le strutture che, a qualsiasi titolo, ospitano persone in situazione di fragilità.” Dunque, anche il personale esterno che opera all'interno delle strutture sanitarie è destinatario dell'obbligo vaccinale.

La determinazione datoriale, attuativa dell'obbligo di legge, non ha in alcun modo conculcato il diritto della ricorrente di rifiutare la somministrazione del vaccino anti Sars Covid-2. Il diritto alla libertà di autodeterminazione, che trova copertura costituzionale negli artt. 2 e 32, deve essere bilanciato con altri diritti di rilevanza costituzionale. L'inserimento del lavoratore nel contesto sociale – id est microcosmo lavorativo – impone un bilanciamento con il diritto alla salute dei pazienti della struttura sanitaria (soggetti fragili, con pregresse e invalidanti patologie) e degli altri dipendenti, nonché con il principio di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost. La Corte Costituzionale ha confermato la natura ambivalente della tutela costituzionale della salute, da un lato quale diritto all'autodeterminazione del singolo e dall'altro quale interesse della collettività: “l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017) [...] Dunque, i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.)” (Sent. n. 5/2018, analogamente Sent. n. 267/2017); analogamente Sent. n. 258/1994: “Tali considerazioni meritano attenta riflessione ma non possono essere correttamente apprezzate se non in necessario bilanciamento con la considerazione anche del parallelo profilo che concerne la salvaguardia del valore (compresente come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva, alla cui tutela – oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso –

sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie.”

A fronte del principio di solidarietà collettiva, gravante sulla generalità dei consociati (compresi i lavoratori), deve ritenersi legittima e ragionevole la scelta legislativa che impone la temporanea sospensione dal lavoro e dalla retribuzione del dipendente non vaccinato, in luogo dell'interruzione del rapporto di lavoro (tutelato dall'art. 4 Cost.), onde preservare l'incolumità degli utenti della struttura sanitaria e del personale dipendente. Trattasi di misura

connotata da una evidente finalità precauzionale, in quanto diretta a prevenire la diffusione del contagio all'interno delle strutture sanitarie.

La direttiva UE n. 2020/739 del 03.06.2020 (recepita con l'art. 4, D.L. n. 125/2020, conv. dalla L. n. 159/2020) ha incluso il Covid-19 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell'ambiente di lavoro, estendendo le misure di prevenzione previste dalla direttiva 2000/54/CE, recepita dal D. Leg. n. 81/2008. La disciplina emergenziale ha qualificato come infortunio il contagio da Covid nei luoghi di lavoro (art. 42, comma 2, D.L. n. 18/2020), prevedendo una presunzione semplice di origine professionale per gli operatori sanitari, in ragione del rischio biologico specifico e del costante contatto con l'utenza (cfr. Circolare INAIL 13/2020). Anche il Piano vaccinale conferma che gli ospiti delle residenze sanitarie assistenziali "sono ad alto rischio di malattia grave a causa dell'età avanzata, la presenza di molteplici comorbilità", soggetti "considerati ad elevata priorità per la vaccinazione", insieme agli operatori sanitari e sociosanitari.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittimo l'obbligo vaccinale contro il virus Sars-CoV-2 previsto dall'articolo 4 del D.L. 44/2021: "L'obbligo vaccinale per il personale sanitario 'è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula, come detto, la sicurezza delle cure, impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia. Il diritto all'autodeterminazione di quanti abbiano deciso di non vaccinarsi è da ritenersi recessivo rispetto alla tutela di beni supremi quale è la salute pubblica, specie in considerazione del fatto che il provvedimento di sospensione, ove adottato, non ha funzione sanzionatoria e non pregiudica in alcun modo il rapporto di lavoro" (C. St. n. 583/2022, C. St. n. 7045/2021).

La normativa in esame dispone che "7. Per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, il datore di lavoro

adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.” Il legislatore ha previsto il reimpiego in mansioni diverse del lavoratore sospeso. L’obbligo di repechage costituisce principio generale nella materia lavoristica; dunque, prima di procedere alla sospensione, il datore di lavoro deve verificare il ricollocamento del dipendente in altri ambienti lavorativi o l’affidamento di mansioni diverse da quelle assegnate al momento dell’assunzione. Come ben chiarito dal Tribunale di Milano, “l’onere probatorio che grava sul datore di lavoro in caso di sospensione del rapporto per impossibilità temporanea della prestazione è, dunque, analogo a quello previsto per il caso di licenziamento per impossibilità definitiva della prestazione (i.e. impossibilità del c.d.repechage): in ambedue i casi il datore di lavoro è onerato di provare di non poter utilizzare il lavoratore in altra posizione di lavoro o in altre mansioni equivalenti o inferiori (Trib. Ravenna, sez. lav., 6 settembre 2017, n. 276)” (Sent. n. 2135/2021).

XXXXXX non ha provato l’impossibilità di reimpiego della ricorrente in ambiti lavorativi non sanitari, né essa ha dimostrato l’assenza di altre posizioni aziendali, compatibili con la tutela della salubrità dell’ambiente lavorativo. Non risulta in atti che l’azienda abbia verificato la possibilità di adibire la lavoratrice ad altre mansioni, anche inferiori, non implicanti il rischio di una diffusione del contagio da Covid-19. Non sono stati prodotti i contratti di appalto conclusi dalla società, carenza probatoria che impedisce di verificare l’esistenza di altri cantieri nella provincia di Modena o in province limitrofe, diversi da quelli ove prestava attività lavorativa XXXXXX.

Sotto tale profilo, il provvedimento di sospensione si appalesa illegittimo. L’accertata illegittimità non può, tuttavia, condurre alla riammissione della ricorrente presso l’Azienda Ospedaliera di Modena, poiché non vi è prova che la lavoratrice abbia, medio tempore, aderito alla campagna vaccinale.

considerato che:

– il pregiudizio irreparabile, richiesto dall’art. 700 c.p.c., deve essere inteso non solo nel senso di irreversibilità del danno alla situazione soggettiva di cui si invoca la cautela ma anche come

insuscettibilità di ottenere tutela piena ed effettiva della situazione medesima all'esito del giudizio di merito. Tale requisito non può ricorrere con riferimento ai diritti derivanti dai rapporti obbligatori, essendo questi per loro natura suscettibili in ogni caso di riparazione economica. L'esistenza del periculum in mora "deve essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socio economica del "lavoratore", talché il ricorrente è tenuto ad allegare e provare circostanze (in ordine alla sua

situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione – e quindi la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione – possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile, così da permettere alla controparte l'esercizio di un'effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile, non potendo il "periculum in mora" reputarsi esistente "in re ipsa" neppure nel fatto stesso della disoccupazione" (Tribunale S. Maria Capua V., sez. lav., 13/05/2010);

– la mera perdita della retribuzione non concretizza di per sé il pregiudizio imminente ed irreparabile di cui all'art. 700 c.p.c., trattandosi di danno sempre risarcibile ex post. Siffatto presupposto si realizza, per contro, allorquando la perdita della fonte di reddito incida su diritti essenziali del lavoratore, tali da richiedere un immediato soddisfacimento, quali il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa, il diritto alla salute ovvero altri diritti insuscettibili di risarcimento per equivalente, come, ad esempio, il diritto alla formazione, all'elevazione professionale o all'immagine. Ne discende che il lavoratore che agisce in via d'urgenza deve allegare le circostanze di fatto in relazione alle quali il provvedimento datoriale produce – in concreto – effetti lesivi di carattere irreparabile che non possono reputarsi insiti nella mera circostanza della perdita della retribuzione.

Nella specie, emerge per tabulas che la ricorrente è madre affidataria delle minori Ilary e Chiara (cfr. stato di famiglia), con le quali convive in una abitazione condotta in locazione (con canone mensile di 200,00 euro) (cfr. doc.ti 3,4 ricorrente). L'autocertificazione reddituale dell'anno 2021,

non smentita da evidenze di segno contrario, attesta un reddito inferiore alle soglie di legge, tale da giustificare l'esenzione dal contributo unificato. A fronte di tale compendio probatorio, deve ritenersi che la sospensione dal lavoro sia idonea a pregiudicare in modo irreversibile diritti fondamentali della persona, impedendo all'attrice di provvedere ai bisogni primari propri e del nucleo familiare. L'atto datoriale priva la lavoratrice delle risorse economiche necessarie a garantire una vita dignitosa a sé e ai componenti della famiglia, arrecando un pregiudizio irreparabile.

ritenuto che:

– la domanda di risarcimento danni si appalesa inammissibile, posto che in sede cautelare non può essere richiesta una tutela piena del diritto leso, stante la strumentalità dell'azione ex art. 700 c.p.c. Il pregiudizio irreparabile deve essere inteso non solo nel senso di irreversibilità del danno alla situazione soggettiva di cui si invoca la cautela ma anche come insuscettibilità di ottenere tutela piena ed effettiva della situazione medesima all'esito del giudizio di merito; tale requisito non può ritenersi sussistente con riferimento ai diritti derivanti dai rapporti obbligatori, essendo questi per loro natura suscettibili in ogni caso di riparazione economica (T. Bologna, ord. 27.06.2007; T. Bologna, ord. 12.04.2007). Si osserva come la pretesa in esame sia finalizzata ad ottenere la condanna della convenuta alla corresponsione di somme di denaro a titolo risarcitorio. Tale domanda interinale non può trovare quindi accoglimento, in quanto finalizzata ad ottenere una utilità che potrà in tesi trovare ristoro all'interno di un ordinario procedimento di cognizione.

considerato che:

– le spese di lite devono essere poste a carico della convenuta in ragione della soccombenza ex art. 91 c.p.c., da liquidarsi secondo i parametri del D.M. n. 55/2014.

P.Q.M.

1) ACCOGLIE, per quanto di ragione, il ricorso proposto da XXXXX e, per l'effetto, accertata e dichiarata l'illegittimità del provvedimento di sospensione dal lavoro del 19.11.2021, condanna XXXXXX a ripristinare il rapporto di lavoro con la ricorrente in strutture non sanitarie e/o con mansioni anche diverse da quelle

affidate in sede di assunzione;

2) CONDANNA XXXXX a rifondere le spese di lite in favore della ricorrente, che liquida in €. 800,00, oltre rimborso spese generali, nella misura del 15%, IVA (se dovuta) e C.P.A.

Si comunichi.

Modena, 01 giugno 2022

Il Giudice del Lavoro Dott. Vincenzo Conte