

compatibili con il suo stato di salute presso la sua ultima sede di lavoro – Foggia – o presso altra sede di lavoro più vicina alla sua residenza (tra cui, San Severo)”.

Parte resistente si è costituita nella presente fase cautelare ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

La causa, quindi, è stata riservata per la decisione.

Ciò posto, giova premettere che la tutela innominata ex art.700 c.p.c., atteso il carattere strumentale ed allo stesso tempo autonomo del relativo procedimento rispetto al giudizio di merito, può estrinsecarsi nella adozione di un provvedimento di natura anticipatoria ovvero conservativa rispetto alla decisione oggetto della domanda di merito.

In entrambi i casi, per il detto carattere della tutela cautelare atipica, il provvedimento di accoglimento del ricorso deve neutralizzare, sia pure per il tempo necessario per la decisione del giudizio di merito, il pericolo grave ed irreparabile che il diritto azionato subirebbe in attesa dell'esito del giudizio a cognizione piena.

Deve trattarsi, in definitiva, di un provvedimento che deve cristallizzare la situazione sostanziale oggetto di tutela ovvero impedire che la stessa si sviluppi lungo la direzione indicata dal ricorrente e rispetto alla quale una pronuncia tardiva risulterebbe *inutiliter data*.

Inoltre, occorre la verifica della sussistenza dei presupposti costituiti dal *fumus boni iuris* e dal *periculum in mora*, con la precisazione che la mancanza anche di uno solo dei detti requisiti comporta il rigetto della domanda.

Tutto ciò premesso, ritiene il Giudicante che, nel caso di specie, il ricorso d'urgenza vada accolto per quanto di ragione.

Nel merito, giova premettere, in linea di principio, che il provvedimento del datore di lavoro avente ad oggetto il trasferimento di sede di un lavoratore, non adeguatamente giustificato a norma dell'art. 2103 cod. civ., determina la nullità dello stesso ed integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro (v. Cass., Sez Lav., 10/11/ 2008 n. 26920).

Deve essere, altresì, rimarcato che secondo ormai costante orientamento ermeneutico della Suprema Corte: *“il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa, non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore; quest'ultima, inoltre, non deve presentare necessariamente i caratteri dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo”* (v. , *ex plurimis*, Cass. Lav. 2/3/2011 n. 5099; in senso conforme, Cass. Sez. Lav. nn. 9921/09, 7930/05, 11660/03, 11624/02 e 27/01).

E' stato parimenti precisato che il controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento a norma dell'art. 2103 del cod. civ. - volto all'accertamento della sussistenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive affermate dal datore di lavoro e di cui è tenuto a dimostrare la sussistenza - deve effettuarsi anche alla luce dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 del cod. civ. (v. Cass. Sez. Lav. 22 marzo 2005 n. 6117 in cui, infatti, è stato precisato che, qualora il datore di lavoro abbia allegato l'esistenza di una pluralità di ragioni, ordinate secondo una scala di priorità, non può limitarsi a provare solo la ragione secondaria omettendo la prova di quella principale), dovendosi preferire, in caso di differenti soluzioni organizzative, quella meno gravosa per il dipendente, soprattutto nel caso in cui questi deduca e dimostri la sussistenza di serie ragioni familiari ostative al trasferimento, anche indipendentemente dalla ricorrenza di una situazione di bisogno valutabile ai sensi della legge n. 104 del 1992 (v., Cass. Lav. 28.7.2003 n. 11597).

Con riguardo, poi, alla fattispecie del lavoratore ritenuto inidoneo alla mansione cui è assegnato deve richiamarsi il principio costantemente affermato – seppure intervenuto in materia di licenziamento, risulta per analogia, applicabile alla fattispecie in esame - dalla Suprema Corte in forza del quale *“in caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, l'impossibilità della prestazione lavorativa quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (L. n. 604 del 1966, artt. 1 e 3 e artt. 1463 e 1464 c.c.) non è ravvisabile per effetto della sola ineseguitabilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore di lavoro, perchè può essere esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività, che sia riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 c.c.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purchè tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore”* (Cassazione civile sez. lav., 01/07/2016, (ud. 16/03/2016, dep. 01/07/2016), n.13511; Sezioni Unite, 7 agosto 1998, n. 7755conf: Cass. n. 3314/1999; n. 9624/2000; n. 7210/2001; n. 572/2002; n. 15593/2002; n. 8832/2011).

Pacificamente il ricorrente è stato ritenuto inidoneo dal competente organo medico-aziendale allo svolgimento delle mansioni di operatore di esercizio, par. 158 in quanto affetto dalle patologie richiamate nelle premesse in fatto (v. doc. nn.rr. 6 e 9 allegati al fascicolo telematico di parte ricorrente).

Lo stesso nel ricorso presentato in data 19.6.2019 avverso il giudizio di inidoneità del 21.5.2019 (prot. N. 02598), ha contemporaneamente chiesto ai sensi del DM 88/99 l'adibizione a mansioni compatibili con le condizioni fisiche oggetto di accertamento sanitario¹. Richiesta reiterata

¹ DM 88/1989 - 4. Dipendenti in minorate condizioni fisiche.

in data 19.1.2020 in seguito all'accertamento medico definitivo aziendale del 6/11-5/12/19 innanzi citato.

Agli atti di causa non emerge alcuna risposta dalla parte resistente in ordine a detta richiesta del [redacted] nelle more della visita da parte della Direzione Sanitaria delle [redacted] (interventuta in data 6.11.2019, definita in data 5.12.2019).

Il provvedimento di assegnazione presso la sede lavorativa di [redacted] con inquadramento di operatore di manutenzione (130) è intervenuto in data 24.9.2020 ovvero a notevole distanza dal predetto accertamento e dalla richiesta (reiterata) del ricorrente di adibizione a diversa mansione compatibile con il suo stato di salute. Nelle more, vi è solo l'incontro intervenuto tra la parte datoriale con le OOSS in data 29.5.2020 in cui è stata esaminata la posizione di due lavoratori inidonei alle mansioni (v. doc. n. 19 fascicolo telematico parte resistente). Nessun altro documento è rinvenibile in atti circa la ricognizione concretamente effettuata dalla società - nel medesimo periodo temporale - in ordine all'organico aziendale in relazione alle diverse sedi lavorative di pertinenza datoriale con particolare riguardo alle sedi di Foggia e San Severo in quanto maggiormente vicine non solo alla residenza del ricorrente ma a quella di ultima residenza di esercizio del ricorrente (Foggia).

Deve, inoltre, evidenziarsi la documentata e non contestata circostanza della intervenuta assunzione di nuovo personale da parte della società proprio in corrispondenza del giudizio medico definitivo del dicembre 2019.

Tanto si evince già dalla presenza di un aumento del numero di dipendenti presenti nella schermata dei flussi Uniemens per l'anno 2020 (v. doc. n. 3 prodotto dalla parte ricorrente unitamente alle note di trattazione scritta dell'11.12.2020) ovvero da diciotto a ventitré dipendenti.

Ma ciò che assume particolare pregnanza è l'intervenuta assunzione del dipendente [redacted] dapprima con contratto a tempo determinato in data 8.1.2020 (di [redacted]) con termine di scadenza in data 30.6.2020, con inquadramento 116- operatore generico -, sede lavorativa in Foggia e, successivamente, con contratto a tempo indeterminato in data 1.7.2020 con inquadramento 130 – operatore di manutenzione – sede lavorativa Foggia (v. documenti nn.rr. 1 e 2 prodotti dalla parte ricorrente con le note di trattazione scritta dell'11.12.2020).

Trattasi in definitiva del medesimo inquadramento e mansioni attribuite al ricorrente in data 24.9.2020 in sede di provvedimento di trasferimento (v. doc. n. 18 fascicolo ricorrente e n. 25

“1. I dipendenti che, alla visita di revisione non vengono trovati in possesso di tutti i requisiti di cui al precedente art. 3, possono essere giudicati ancora idonei, in relazione alla disponibilità dei posti, a mansioni di altro profilo ritenute compatibili con le minorate condizioni fisiche e possono essere eventualmente autorizzati all'uso di apparecchi protesici e correttivi ritenuti adatti. L'accertamento ai fini della utilizzazione in mansioni di altro profilo è di competenza di una delle strutture di cui al successivo art. 6, comma 1, a seguito delle indicazioni fornite dall'azienda in relazione alla disponibilità dei posti”.

fascicolo resistente), ritenuto dall'azienda l'unico posto disponibile in relazione "alle competenze e residue capacità psico-fisiche" del ricorrente.

Nel caso in esame, la decisione aziendale risulta priva di riscontro anche nella presente sede in ordine alle concrete ragioni giustificatrici della scelta di privilegiare il neo assunto nella assegnazione lavorativa presso la sede di Foggia a parità di inquadramento e di mansioni con il ricorrente.

Ciò tenuto conto dell'onere incombente sulla parte datoriale dell'osservanza dei canoni di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto nella individuazione delle soluzioni che, all'interno del fondamentale piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti e idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore.

Invero, nel conflitto tra il diritto alla salute e al lavoro, da una parte, e il diritto al libero esercizio dell'impresa, dall'altra, si pone la necessità di un loro equo e bilanciato contemperamento, attraverso l'adibizione del lavoratore anche ed eventualmente a mansioni inferiori ed il compimento di quei processi di adattamento dell'assetto organizzativo che, nel quadro essenziale delle scelte di fondo operate dall'imprenditore, si rivelino con essi compatibili (v. Sez. L, **Sentenza n. 13511 del 01/07/2016**).

Sul piano processuale, grava sulla medesima parte datoriale dell'onere di fornire dimostrazione di aver fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, perchè tali diritti possano trovare attuazione.

Deve, quindi, ritenersi sussistente il requisito del *fumus boni juris*.

Per quanto riguarda il *periculum*, si evidenzia la rilevante distanza (oltre 100 km) tra la sede di residenza del ricorrente () e la nuova sede lavorativa assegnatale () in aggiunta alla circostanza, di non poco rilievo, della notoria particolare connotazione strutturale del percorso stradale (presenza di curve per lungo tragitto) da percorrere per due volte al giorno (andata e ritorno in giornata) per sei giorni alla settimana (giorni lavorativi dal lunedì al sabato come da provvedimento di assegnazione del 24.9.2020). Circostanze fattuali idonee ad incidere negativamente sul lavoratore in termini non solo di rapporti personali e familiari - ragionevolmente ridotti in ragione del notevole e non irrisorio tempo di percorrenza da impiegare per raggiungere la sede lavorativa e fare rientro nella sede di residenza -, ma anche verosimilmente sotto il profilo della integrità psico-fisica (tenuto conto anche della natura delle patologie già riscontrate in sede lavorativa) atteso l'impegno nella percorrenza di un lungo e anche tortuoso tratto di strada per svolgere l'attività lavorativa nella nuova sede di assegnazione dal mese di ottobre 2020.

Raggiungere il posto di lavoro comporterebbe inoltre per il lavoratore costi aggiuntivi per carburante o spese per reperire casa in affitto, non emergendo l'offerta da parte dell'azienda del rimborso degli stessi ovvero il riconoscimento della indennità di trasferta, né se detti costi

aggiuntivi possano ritenersi abbondantemente ed esaustivamente compensati dalla retribuzione spettante senza che ne derivi un detrimento della stessa.

Ciò anche tenuto conto dall'importo della pensione di invalidità.

Il *periculum in mora*, appare pienamente integrato trattandosi di pericolo di danno grave ed irreparabile in attesa della definizione del giudizio di merito.

Le richieste istruttorie articolate in atti, alla luce delle predette emergenze processuali, si presentano inammissibili ed irrilevanti oltre che generiche, valutative e di natura documentale.

Ne deriva, pertanto, l'accoglimento del ricorso proposto in via d'urgenza in corso di causa, con conseguente ordine alla società resistente di adibire il ricorrente a mansioni compatibili con il suo stato di salute presso sedi lavorative (Foggia – San Severo) prossime alla residenza del ricorrente ().

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

PQM

- in accoglimento del ricorso proposto in via d'urgenza, ordina alla società resistente di adibire il ricorrente a mansioni compatibili con il suo stato di salute presso sedi lavorative (Foggia – San Severo) prossime alla residenza del ricorrente ();

- condanna parte resistente al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese di lite , liquidate in € 1.500,00 oltre spese generali nella misura del 15%, Iva e Cpa come per legge.

Si comunichi.

Foggia, 8.1.2021

Il Giudice del Lavoro

Dott.ssa Monica Sgarro