

N. R.G. 619/2021



**TRIBUNALE di MANTOVA**

Il Giudice del Lavoro, in persona della dott.ssa Simona Gerola  
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 19.1.2022  
ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

*(ex art. 700 c.p.c)*

nel procedimento cautelare iscritto al n. R.G 619/2021 , promossa

DA

rappresentato e difeso dall'Avv.

-ricorrente -

CONTRO

rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Mazzucchelli del

-resistente-

letti il ricorso e la memoria di costituzione, esaminata la documentazione in atti, uditi i procuratori delle parti;

**OSSERVA**

Con ricorso cautelare depositato in data 30.12.2021 conveniva la  
ex art. 700 c.p.c avanti al Tribunale di Mantova per sentire sospendere  
il provvedimento del 15.10.2021 di allontanamento – sospensione del rapporto del lavoro ,

per sentire sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del D.L. 21 settembre 2021 n. 127 convertito con modificazione dalla legge 19.11.2021 n. 165 per contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 13, 32 e 35 della Carta Costituzionale; per sentire inviare gli atti Corte di Giustizia Ue per contrasto dell'art. 3 del D.L. 21 settembre 2021 n. 127 convertito con modificazione dalla legge 19.11.2021 n. 165 con le normative europee artt. 3, 14 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Risoluzione n. 2361 (27.01.2021) del Consiglio d'Europa e Regolamento CE 953/2021 e per sentire in via principale e di merito dichiarare nullo, e/o annullabile, e/o inefficace, e/o disapplicare, e/o comunque dichiarare privo di qualunque effetto il provvedimento del 15.10.2021 di allontanamento – sospensione del rapporto del lavoro adottato nei suoi confronti ed anche del provvedimento di non riconoscimento dell'indennità di malattia ad esso collegato

Il procuratore del ricorrente esponeva che \_\_\_\_\_ in data 20.07.2015 è stato assunto dalla \_\_\_\_\_ con la qualifica di impiegato, livello 4s del CCNL Logistica e Trasporto merci, con un contratto a tempo determinato trasformato in contratto a tempo indeterminato con decorrenza dal 20.01.2016 ; che con comunicazione del 15.10.2021 la \_\_\_\_\_, non avendo il ricorrente esibito il green pass il giorno 15.10.2021 per accedere al luogo di lavoro ai sensi dell'art. 3 del DL 127/2021 ed essendosi rifiutato di esibirlo, disponeva il suo allontanamento dal luogo di lavoro per assenza ingiustificata senza alcuna retribuzione né diretta, né indiretta fino a quando non fosse rientrato in azienda previa esibizione del green pass : che il Sig. \_\_\_\_\_, con raccomandata a mano del 15.10.2021, offriva la prestazione e diffidava il *datore di lavoro ad astenersi dall'adempimento del decreto-legge 127/2021 e s.m.i. poiché si tratta di una disciplina illegale e inapplicabile con ogni prescrizione e decadenza* e in data 05.11.2021 inviava con comunicazione alla \_\_\_\_\_ la tabella riepilogativa dell'attività lavorativa prestata per il mese di ottobre 2021, chiedendone il pagamento; che in data 15.11.2021 il Sig. \_\_\_\_\_ inviava alla \_\_\_\_\_ certificato di malattia e in data 13.12.2021 la \_\_\_\_\_ inviava al ricorrente una comunicazione con la quale affermava che allo stesso non spettasse alcuna retribuzione, né indennità di malattia, essendo, a suo dire, in assenza ingiustificata

Tanto premesso procedeva ad analizzare il quadro normativo di riferimento al fine di eccepire l'assoluta illegittimità del provvedimento adottato nei confronti del sig. \_\_\_\_\_ .  
Eccepiva inoltre, con ampie e argomentate motivazioni giuridiche, la illegittimità costituzionale e per contrasto con la normativa europea delle disposizioni che hanno

portato all'adozione del provvedimento di sospensione dal rapporto di lavoro del ricorrente.

Eccepire di seguito la illegittimità del provvedimento adottato nei confronti di  
sotto plurimi profili

Rilevava in particolare che non è stata tentata la strada della ricerca dell'accomodamento ragionevole, l'unica capace di promuovere il pluralismo non divisivo nell'ambiente come suggerito dalla Suprema Corte .

Ipotizzava di seguito la ricorrenza dell'istituto della sopravvenuta impossibilità della prestazione (artt. 1463 e 1464 c.c.), risultando il lavoratore, che rifiutò di esibire il Green Pass, temporaneamente inidoneo, allo svolgimento della prestazione tipica, prevedente l'accesso ai luoghi di lavoro in conseguenza delle indicazioni relative al contrasto della diffusione da Covid-19.

Sottolineava che, rappresentando la sospensione del lavoratore senza retribuzione l'*extrema ratio*, vi è un preciso onere del datore di lavoro di verificare l'esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative, astrattamente assegnabili al lavoratore, atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall'altro, con il rispetto delle normative e la tutela della salubrità dell'ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 , sottolineando che nel caso specifico si sarebbe potuto prevedere anche il lavoro agile , strumento già adoperato in passato, ed anzi ancora in essere in alcune realtà lavorative.

Deduceva che il provvedimento adottato nei confronti del Sig. \_\_\_\_\_ è stato emesso in contrasto con il contratto individuale e con il CCNL di settore atteso che in nessuna parte del contratto di lavoro sottoscritto dal Sig. \_\_\_\_\_, men che meno nel CCNL di settore, è specificato fra gli obblighi del dipendente che quest'ultimo sia in possesso di certificati specifici per poter accedere ai luoghi di lavoro e/o prestare la propria attività lavorativa e deduceva infine che il provvedimento adottato nei confronti del ricorrente , secondo l'errata rappresentazione di parte resistente, darebbe facoltà al datore di lavoro di arrogarsi il diritto di non riconoscere in capo al ricorrente l'indennità di malattia,

In ordine al *periculum* rilevava che il ricorrente svolge la propria attività lavorativa al fine di poter mantenersi che la conseguenza del provvedimento disposto dal datore di lavoro resistente di contrassegnare come assenze ingiustificate le giornate in cui lo stesso non si

fosse presentato ed esibito il green pass, modifica irreparabilmente sia la sua vita privata e personale.

Aggiungeva che la natura amministrativo del lavoro svolto dal Sig. avrebbe imposto al datore di lavoro una differente collocazione lavorativa e/o una differente modalità di lavoro quale è il lavoro agile e/o la Smart working.

Si costituiva ritualmente la . contestando la fondatezza del ricorso con altrettante ampie e argomentata motivazioni giuridiche .

Contestava le eccezioni relative allo *smart working* rilevando che il Sig. svolge mansioni che non sono compatibili con tale forma di lavoro e perché, come precisato dal Governo, lo smart working non può essere utilizzato per eludere l'obbligo del Green Pass. Eccepiva inoltre il difetto di difetto del *periculum in mora* evidenziando che il ricorrente non ha fornito alcun elemento della sussistenza di un pregiudizio irreparabile posto che, peraltro, egli potrebbe rientrare al lavoro con un semplice tampone.

La causa , istruita sulla documentazione versata in causa dalle parti , all'odierna udienza veniva discussa e decisa

Il ricorso deve essere rigettato *in primis* in quanto il ricorrente ha depositato il ricorso in data 30 Dicembre 2021, nella piena consapevolezza di impugnare un provvedimento di sospensione la cui efficacia sarebbe venuta meno il giorno successivo , ossia il 31 Dicembre 2021.

La domanda avanzata è quindi rivolta a prevenire l'asserita lesione grave ed irreparabile che deriverebbe alla posizione soggettiva del ricorrente per effetto di un provvedimento la cui efficacia è venuta meno.

Se poi per assurdo volessimo considerare il successivo provvedimento di sospensione fondato su presupposti di fatto e di diritto diversi e autonomi, il ricorso sarebbe comunque infondato per insussistenza del *periculum in mora* che come ha più volte ribadito la giurisprudenza di legittimità e di merito, va ravvisato non nel caso di una qualsiasi violazione dei diritti del ricorrente, ma solo nel caso in cui tale lesione, in sé, ovvero in quanto incidente su posizioni giuridiche soggettive a contenuto non patrimoniale ed a rilevanza in genere costituzionale a quel diritto strettamente connesse, sia suscettibile di pregiudizio non ristorabile per equivalente .

Secondo gli ordinari principi (art. 2697 C.C.), grava sulla parte ricorrente l'onere di provare il rischio di un "pregiudizio imminente ed irreparabile" a tale categoria di diritti.

Il giudice deve attuare una verifica rigorosa della sussistenza di detta condizione dovendosi rifuggire dalle tradizionali "clausole di stile" e, in quest'ottica, solo la presenza di un pregiudizio grave, imminente ed irreparabile derivante dall'attesa della sentenza definitiva nel merito, può giustificare l'accoglimento del ricorso proposto in via d'urgenza, tenuto anche conto che l'emanazione di un provvedimento che spesso anticipa la futura decisione produce, in ogni caso, effetti incidenti in maniera più o meno rilevante sulla situazione giuridica di entrambe le parti e, nella specie, della parte resistente.

La giurisprudenza di merito più recente, infatti, propende per la necessaria verifica dell'esistenza concreta ed attuale, di uno specifico pericolo discostandosi da quelle decisioni giurisprudenziali che in passato ritenevano il requisito *de quo* presente nella maggioranza dei casi, tenuto conto del disagio insito naturalmente in certe vicende del rapporto di lavoro (quali licenziamenti, trasferimenti, procedimenti disciplinari) che, inevitabilmente, erano fonte di disagio, più o meno grave, in particolare per quello che è considerato il contraente debole.

Può allora affermarsi che il provvedimento emesso ex art.700 c.p.c. deve essere uno strumento straordinario che la legge fornisce solamente quando vi sia un effettivo e non potenziale pericolo di grave ed irreparabile pregiudizio, e, se la lentezza dei tempi processuali costituisce un dato di fatto, tale constatazione non può determinare che le controversie possano essere sempre risolte mediante il ricorso alla tutela cautelare facendola così diventare il mezzo ordinario di risoluzione dei conflitti tra le parti.

Ne discende che la sussistenza del requisito in esame deve essere verificata non in astratto ma in concreto e caso per caso in relazione all'effettiva situazione socio-economica, donde la necessità di allegazioni puntuali che consentano alle parti processuali ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile.

Per altro verso deve rimarcarsi che il necessario rigore nell'adozione di provvedimenti di urgenza, si pone, come clausola di garanzia finalizzata al corretto utilizzo dello strumento cautelare offerto dal legislatore a tutela delle situazioni che realmente necessitino di una tutela immediata ed urgente, ed infatti il ricorso indiscriminato alla procedura di urgenza inevitabilmente si risolve in una "normalizzazione" del rito utilizzato alla stregua del rito ordinario, di cui non potrà che mutuare anche i tempi, a tutto discapito di quei soggetti e di quelle situazioni giuridiche che nell'inquadramento legislativo erano abbisognevole di una tutela offerta attraverso una corsia preferenziale ad hoc prevista.

In particolare ciò vale per la materia lavoristica ove è già previsto un rito ordinario particolarmente snello a tutela di situazioni soggettive delicate e del lavoratore stesso, proprio in un'ottica garantista bisogna consentire che quest'ultimo in caso di vera necessità possa liberamente usufruire della procedura di urgenza e che la stessa offra pronta soluzione.

Nel caso in esame le deduzioni del ricorrente non hanno affatto evidenziato un pregiudizio imminente ed irreparabile cui lo stesso sarebbe esposto nelle more dello svolgimento del giudizio ordinario in quanto egli si è limitata a dedurre che svolge la propria attività lavorativa al fine di poter mantenersi e che la conseguenza del provvedimento disposto dal datore di lavoro resistente nei suoi confronti di contrassegnare come assenze ingiustificate le giornate in cui lo stesso non si fosse presentato ed esibito il green pass, modifica irreparabilmente sia la sua vita privata e personale.

Troppo poco .

Non sono state prodotte le attestazioni ISEE e le dichiarazioni dei redditi del ricorrente e degli eventuali componenti della famiglia, né documentazione equipollente (es. buste paga) comprovante il reddito complessivo del nucleo familiare o la disponibilità di risorse economiche idonee a garantire una vita dignitosa. E' quindi impossibile verificare se il provvedimento datoriale abbia creato una situazione di indigenza economica, impedendo al ricorrente di far fronte ai bisogni della vita quotidiana, propri e degli eventuali componenti del nucleo familiare.

Non vi è neppure la prova della lesione irreversibile di un diritto di natura non patrimoniale, che non può ritenersi *in re ipsa* per il solo fatto dell'interruzione temporanea della prestazione lavorativa. Difetta infatti nel ricorso ogni allegazione dei danni alla sfera professionale, in termini di mancata progressione di carriera o di dequalificazione professionale, correlati alla temporanea inibizione all'espletamento delle mansioni.

Del pari, non viene allegato alcun danno insuscettibile di essere successivamente ristorato che la parte ricorrente subirebbe, secondo la sua stessa prospettazione, accettando di osservare la normativa vigente ed applicata dal datore di lavoro (seppur ritenuta sotto più profili illegittima) e quindi mettendo in essere le condizioni sufficienti per l'ottenimento della certificazione verde COVID-19 e la riammissione in servizio.

Tanto basta per rigettare il ricorso.

Si osserva *ad abundantiam* che appare insussistente pure la seconda condizione dell'azione cautelare ossia il *fumus* e in tal senso si è già espressa la quasi totalità della

giurisprudenza di merito che ha affrontato, in sede cautelare, ricorsi proposti avverso provvedimenti datoriali di sospensione senza retribuzione di dipendenti non in possesso della “certificazione verde Covid 19”

Come è stato correttamente osservato e scritto , il Green pass, in sintonia con le indicazioni europee, è stato strutturato non come un meccanismo che determina una limitazione delle libertà, bensì come uno strumento che, oltre a perseguire la meritevole finalità di incentivare e non imporre la vaccinazione, crea le condizioni in presenza delle quali determinati diritti, anche fondamentali, possano essere esercitati in sicurezza nel rispetto dei diritti altrui e del dovere di solidarietà, al fine di evitare situazioni che possano causare una diffusione del virus e costituisce una misura ragionevolmente idonea ad assicurare la ripresa di tutte quelle attività economiche e produttive che, in quanto espletate in condizioni di un più elevato rischio di contagiosità, avevano subito maggiori restrizioni durante le fasi iniziali dell'emergenza.

La certificazione verde inoltre sembra presentarsi in perfetta sintonia con la lettera del Regolamento UE 2021/953 che, nella versione rettificata dei primi di luglio 2021 riconosce il libero rifiuto di persone che “hanno scelto di non vaccinarsi” e vieta discriminazioni per tale ragione, in quanto ne è previsto il rilascio anche in assenza di vaccinazione, mediante il ricorso a forme alternative di natura diagnostica

E in effetti ogni lavoratore non vaccinato , ivi compreso la parte ricorrente , può ottenere il green pass per l'accesso al lavoro con il test antigenico rapido negativo

La CEDU, in una recente decisione del 7 ottobre 2021, (richiesta 41994/21), nel dichiarare irricevibile il ricorso contro il Green pass avanzato da un docente francese, per varie irregolarità formali quali il non esaurimento delle vie di ricorso interne ed il carattere abusivo dell'azione rispetto alle disposizioni in tema di condizioni di ammissibilità contenute nella Convenzione, ha evidenziato che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, le norme introduttive della certificazione verde non prevedono alcun obbligo generale di vaccino, né risultava dimostrato l'esistenza di una costrizione esercitata su di lui come persona che non desidera essere vaccinata, né lo stesso aveva fornito informazioni sulla sua situazione personale, o dettagli per spiegare come la legislazione impugnata rischiasse di incidere direttamente sul suo diritto individuale al rispetto della vita privata.

Anche quanto alla legittimità costituzionale dell'obbligo, è sufficiente ricordare che l'obbligatorietà del green pass è stata introdotto mediante un atto avente forza di legge,

sulla base di risultanze condivise dalla comunità scientifica, quanto all'incidenza positiva sulla salute collettiva in termini di riduzione della circolazione del virus, che trattasi di una misura di carattere temporaneo che non comporta un obbligo di cura né di vaccinazione, imposta per luoghi, attività e soggetti riconducibili a situazioni fattuali ove è particolarmente elevato il rischio di contagio.

Vi è da aggiungere che l'obbligo della vaccinazione o del possesso della "Certificazione verde Covid-19" è insito nel sistema trovando le sue fonti principalmente nell'art. 2087 c.c. e nel TU n. 81 del 2008.

Si rammenta infatti che il datore di lavoro si pone come garante della salute e della sicurezza dei dipendenti e dei terzi che si trovano all'interno dei locali aziendali e ha quindi l'obbligo, ai sensi del menzionato art. 2087 cod. civ., di adottare tutte le misure di prevenzione e protezione che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori.

Quindi, al di là dell'obbligo di legge, correttamente la società ha disposto la sospensione dalla prestazione lavorativa con conseguente sospensione dell'obbligo retributivo anche rispetto della natura sinallagmatica del rapporto di lavoro e per mancanza oggettiva della idoneità del lavoratore a svolgere il lavoro in condizioni di sicurezza

Il rigetto del ricorso comporta la condanna della parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla parte convenuta, secondo la liquidazione operata in dispositivo

Di contro non può essere accolta la domanda ex art. 96 c.p.c. in quanto la liquidazione del danno da responsabilità processuale aggravata, ex art. 96 c.p.c., postula pur sempre la prova gravante sulla parte che chiede il risarcimento sia dell'anziché del "quantum debeatur".

Ritiene lo scrivente che la società convenuta non abbia assolto l'onere della prova anche in considerazione del fatto che per giurisprudenza consolidata è necessaria la prova di un danno sofferto diverso ed ulteriore rispetto a quello coperto dalla condanna della parte soccombente alle spese processuali.

#### **P.Q.M.**

visti gli artt. 669, *bis*, *ter*, *sexies*, *septies* e 700 c.p.c., ogni contraria domanda, eccezione e difesa respinte, così provvede:

- rigetta il ricorso;
- condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla parte convenuta che liquida in complessivi euro 1.200,00, oltre rimb.forf, IVA e CPA di legge

Si comunichi



Mantova , il 24.1.2022

Il Giudice  
dott.ssa Simona Gerola