



**TRIBUNALE ORDINARIO DI CASSINO
SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale di Cassino, in funzione di giudice del lavoro, in persona del giudice **Antonio Tizzano**, ha pronunciato, a scioglimento della riserva adottata all'udienza del 18 gennaio 2017, la seguente

ORDINANZA

nella causa in materia di lavoro, iscritta al n° 1991/2016 r.g.l., avente ad oggetto l'adozione di provvedimento d'urgenza,

tra

OMISSIS, con gli avv.ti **OMISSIS**

RICORRENTE

E

SECURITAS METRONOTTE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con gli avv.ti SALVATORI PAOLO e LAMBERTI FABIOLA

RESISTENTE

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 20.10.2016, **OMISSIS** ha esposto quanto segue:

- egli è dipendente di Securitas Metronotte S.r.l., con mansioni di "Guardia" e inquadramento nel livello "4" del CCNL di settore, in servizio presso "Vigilanza Cassino";
- gli sono stati riconosciuti i benefici di cui all'art. 53 L. 104/1992 in ragione della "grave inabilità" del proprio figlio, **OMISSIS**;
- in virtù di questo, il datore di lavoro l'ha esonerato dai turni notturni, con decisione espressa, fino al mese di ottobre del 2016;
- successivamente, con comunicazione del 19.9.2016, l'azienda gli ha intimato l'espletamento, anche, di turni notturni proponendogli di avanzare domanda di trasferimento alla sede di Roma dove avrebbe potuto garantirgli l'esonero dai turni notturni.

Ciò premesso e considerato che:



- sotto il profilo del *fumus boni juris*, l'illegittimità e discriminatorietà della disposizione aziendale ai sensi degli "artt. 42 e 53 del testo coordinato – Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 e Decreto Legislativo 23 aprile 2003, n. 115"; si evidenzia che nessun riferimenti è fatto allo stato di gravità o meno della persona assistita né tanto meno a ragioni aziendali e che i requisiti di "continuità" ed "esclusività" dell'assistenza, un tempo essenziali sono stati, prima, sostituiti dai requisiti di "sistematicità" e di "adeguatezza" e, infine, eliminati dalla L. 183/2010; si fa rilevare, inoltre, che la società resistente impiega nell'ambito territoriale di lavoro del ricorrente personale che non ha i benefici di cui alla L. 104/1992 durante i turni diurni sicché non è vero quanto sostiene e cioè che non può assicurargli l'esonero "a causa del numero di dipendenti presentanti le medesime condizioni";
- sotto il profilo del *periculum in mora*, il grave pregiudizio derivante dalla limitazione del diritto del ricorrente di apprestare la dovuta assistenza al figlio gravemente disabile,

si chiede, perciò, in via cautelare, accertarsi il proprio diritto ad essere esentati dall'obbligo di espletare i turni lavorativi notturni e, quindi, dichiararsi del relativo ordine di servizio "con ogni consequenziale pronuncia nel merito, anche in ordine al risarcimento del danno".

Instaurato ritualmente il contraddittorio, si è costituita in giudizio Securitas Metronotte S.r.l. resistendo alla domanda.

Si è fatto rilevare, in special modo:

- che i servizi "facenti parte del portafogli del distacco di Cassino" sono progressivamente diminuiti negli ultimi anni fino a ridursi, nell'anno 2016, ad una media di "circa 14 servizi giornalieri" a ciascuno dei quali viene assegnata una guardia particolare giurata;
- che tale circostanza, unitamente al progressivo aumento delle guardie titolari di permessi ex L. 104/1992, tra le quali il sig. **OMISSIS** con decorrenza da marzo 2016, ha comportato l'impossibilità per la società di garantire "ciò che aveva garantito, pur non tenute in termini di diritto, fino a ieri, e cioè l'esenzione a tutte le GPG titolari di permessi ex lege 104/92, come il ricorrente, l'esenzione integrale dai turni di lavoro notturni";
- che la maggior parte dei servizi attualmente erogati si svolge durante la fascia notturna, cioè dalle ore 22:00 alle ore 06.00, e solo "5 turni sono in fascia diurna, dal lunedì al venerdì, e altrettanti nel fine settimana, sabato e domenica", secondo quanto meglio specificato nella memoria difensiva e documentato; si osserva, poi, che due delle postazioni diurne "postulano, per esplicita volontà del



cliente,..., una particolare professionalità” non posseduta dal sig.

OMISSIS;

- che 7 guardie complessivamente versano, a vario titolo, in condizioni di esonero dal lavoro notturno;
- che, comunque, a tutte le guardie va assicurata una turnazione regolare, equilibrata, cioè, tra giorno e notte, sia per previsione contrattuale sia per prassi aziendale;
- che la situazione è destinata a peggiorare perché 3 postazioni diurne, dal lunedì al venerdì, “verranno meno per scadenza dell’appalto alla data del 31.12.2016”;
- che, pertanto, è stato comunicato ai lavoratori interessati, tra cui **OMISSIS**, l’impossibilità dell’esenzione integrale dai turni notturni e che mentre gli altri lavoratori hanno accettato la nuova turnazione e optato per la permanenza in Cassino anziché per l’alternativa, concessa dall’azienda, del trasferimento presso la filiale di Roma “dove la quantità di servizi avrebbe consentito il mantenimento dell’integrale astensione dal lavoro notturno”, il sig. **OMISSIS** ha contestato la comunicazione.

Ciò rilevato, e considerato che la disposizione citata da parte ricorrente è stata poi ripresa e “sistematizzata” all’interno della **disciplina specifica dell’orario di lavoro, all’art. 11, comma 2, lett. c), del D.Lgs. 66/2003, e che, tuttavia, tale disposizione non si applica, ai sensi dell’art. 2, comma 3, del medesimo D.Lgs., come modificato dall’art. 41, comma 3, D.L. 112/2008 convertito dalla L. 133/2008, con decorrenza 25 giugno 2008, ai rapporti di lavoro “del personale armato dipendente da Istituti di Vigilanza Privata quale è, pacificamente, quello del ricorrente”, considerato, altresì, che l’oggettività della situazione non ammette alternative e che non è stato dimostrato il pregiudizio grave ed irreparabile che l’adibizione di **OMISSIS**, “assolutamente saltuaria”, a turni notturni comporterebbe, parte resistente ha chiesto rigettarsi il ricorso.**

Quindi, l’istanza cautelare, istruita per via documentale e sentita la parte ricorrente, è stata decisa come di seguito.

Osservazioni preliminari.

Giova premettere, anzitutto, che la tutela cautelare d’urgenza, di cui agli artt. 700 e sgg. c.p.c., si connota per la sua atipicità, ossia per l’inesistenza di altro rimedio cautelare tipico inteso ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, la sua strumentalità rispetto alla fruttuosità della cognizione o dell’esecuzione, benché attenuata stante l’innovazione introdotta con il D.L. 35/05, conv. nella L. 80/05, all’art. 669octies, comma 6, c.p.c., e, sotto il profilo dei presupposti



sostanziali oggetto di scrutinio da parte del giudice, per il *periculum in mora* ed il *fumus boni juris*.

Essa, pertanto, in un'ottica funzionale, serve a dare concreta attuazione al principio di matrice "chiovendiana" secondo il quale la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione, precludendo o rendendo vana l'attuazione satisfattiva del diritto.

Quanto ai presupposti legittimanti l'accesso alla "via" cautelare, il *fumus boni juris* si sostanzia in un apprezzamento di probabilità e verosimiglianza del diritto fatto valere, il *periculum in mora*, viceversa, nel "fondato motivo (del ricorrente) di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile", per ripetere la formula legislativa dell'art. 700 c.p.c..

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione, questo deve essere identico a quello della tutela giurisdizionale di cognizione sicché la tutela è assicurabile per tutti, indistintamente, i diritti soggettivi, assoluti e relativi, e tanto se l'irreparabilità del pregiudizio sia connessa al mancato godimento di un bene, preesistente nella sfera giuridico-patrimoniale del soggetto agente, quanto se quella irreparabilità sia connessa ai riflessi che la mancata acquisizione di un bene o di una prestazione ha nella medesima sfera giuridico-patrimoniale della parte. Il dato normativo accredita, pertanto, una lettura in senso ampio della nozione di pregiudizio rilevante ex art. 700 c.p.c. a cui consegue l'esperibilità della tutela in questione in favore di diritti a contenuto patrimoniale ma con funzione non patrimoniale. Tipico esempio è l'applicabilità della tutela d'urgenza alle controversie di lavoro ogniqualvolta esse, pur riguardando l'inadempimento di obblighi datoriali – si pensi alla violazione del diritto al posto di lavoro o alla retribuzione – pregiudichino, in via riflessa, il diritto del lavoratore ad un'esistenza libera e dignitosa (fra le altre, Cass. 12767/04). Sempreché, beninteso, vertendosi in tema di rapporti obbligatori, questi ultimi abbiano a subire, nell'attesa di una definizione nel merito, modificazioni irreversibili e gravemente pregiudizievoli, dunque, in altre parole, sempreché il mezzo cautelare serva a prevenire il formarsi di situazioni difficilmente eliminabili *ex post*.

Non può non rilevarsi, tuttavia, la mancanza di concordia in dottrina e giurisprudenza sui termini effettivi dell'"espandibilità" cautelare, specie in rapporto al tipo di azione esercitata. Così, si registra un'opinione che ritiene non anticipabile la tutela cognitoria di mero accertamento e quella di natura costitutiva, avente quest'ultima necessariamente effetti *ex nunc*, e risolvendosi in statuizioni il cui contenuto è insuscettibile di esecuzione forzata per definizione. Secondo altra opzione, se è vero che l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto non sono anticipabili,



ben potrebbe la tutela cautelare urgente soccorrere con un'autorizzazione giudiziale a compiere atti la cui legittimità è incerta ovvero ad esercitare provvisoriamente facoltà contenute nel costituendo diritto.

Da ultimo, si consideri che nell'ambito della materia lavoristica, se da taluni studiosi è stato utilizzato l'argomento della celerità del giudizio per escludere l'ammissibilità del ricorso alla tutela cautelare, da altri lo stesso argomento è stato speso nel senso opposto, di legittimarne il ricorso proprio sul presupposto di un'urgenza per definizione. Non sono mancate, però, critiche a tale indiscriminata apertura poiché il presupposto da cui muove si risolve, in definitiva, in una tautologia, con il correlato rischio di aprire la strada ad un ulteriore grado di giurisdizione davvero intollerabile. E', perciò, preferibile una posizione mediana che, rifuggendo da ingiustificati apriorismi, condizioni la tutela cautelare urgente, nella materia *de qua*, ad una valutazione giudiziale del requisito del *periculum* improntata a maggior cautela e rigore.

Fumus boni juris e periculum in mora.

Il ricorrente, premesso di essere dipendente di Securitas Metronotte S.r.l. con mansioni di "Guardia" e inquadramento nel livello "4" del CCNL di settore e di essere titolare dei benefici di cui all'art. 53 L. 104/1992 "causa la grave inabilità del figlio", **contesta la comunicazione aziendale del 19.9.2016 con cui l'azienda, a fronte della propria richiesta di esonero dal lavoro notturno, lo avverte della possibilità di essere assegnato anche a turni di lavoro nella fascia oraria "22.00/06.00".**

E' il documento in all. 4 al fascicolo di parte ricorrente e vi si legge, tra l'altro, che:

"Benché la Azienda fino ad oggi abbia cercato di assicurarLe la esenzione dai turni di lavoro notturni, l'aumento esponenziale del personale che ci richiede tale esenzione per analoghi o più gravi motivi unita alla continua erosione dei turni di lavoro diurni ci rendono di fatto impossibile proseguire ad assicurarLe per intero tale esenzione.

Conseguentemente, al fine di assicurare a tutti i richiedenti aventi diritto quantomeno una parziale esenzione dal lavoro notturno, a partire dalla prossima turnazione Le potranno essere assegnati anche alcuni turni di lavoro nella fascia oraria 22.00/06.00".

La comunicazione si conclude con l'invito, qualora la condizione di assistenza del familiare disabile imponesse al **OMISSIS** un esonero totale dal lavoro notturno, a reiterare l'istanza motivata e per iscritto "affinché la Azienda possa provvedere al Suo trasferimento d'Ufficio presso la filiale di Roma" dove la distribuzione dei servizi e le richieste di esenzione dal



lavoro notturno le permetterebbero di assicurargli una “più completa esenzione”.

Il ricorrente, quindi, rivendicando il proprio diritto all’esonero totale dal lavoro notturno, si duole del successivo ordine di servizio con il quale è stato comandato all’espletamento del turno notturno (all. 6 al proprio fascicolo).

Ciò premesso, rileva, nella fattispecie, anzitutto, l’art. 11, comma 2, D.Lgs. 66/2003 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro), rubricato “Limitazioni al lavoro notturno”.

Giova riportare di seguito, per intero, il testo del comma 2:

“I contratti collettivi stabiliscono i requisiti dei lavoratori che possono essere esclusi dall’obbligo di effettuare lavoro notturno. E’ in ogni caso vietato adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, dall’accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

Non sono inoltre obbligati a prestare lavoro notturno:

- a) la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa;
- b) la lavoratrice o il lavoratore che sia l’unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni;
- b-bis) la lavoratrice madre adottiva o affidataria di un minore, nei primi tre anni dall’ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il dodicesimo anno di età o, in alternativa ed alle stesse condizioni, il lavoratore padre adottivo o affidatario convivente con la stessa;
- c) la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni”.

Parte ricorrente fonda la propria pretesa all’esonero dal lavoro notturno sulla previsione di cui alla lett. c) della norma prima citata; in base alla definizione legislativa di lavoro notturno, all’art. 1, comma 2, lett. d), stesso Decreto, è tale il “periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l’intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino” (è, ad esempio, il lavoro svolto tra le ore 24:00 e le ore 07:00 o tra le ore 23:00 e le ore 06:00).

La norma – è vero – è identica a quella contenuta nell’art. 53, comma 3, del D.Lgs. 151/2001 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53) ed è stata, poi, inserita, per coerenza di sistema, all’interno della normativa, il D.Lgs. 66/2003, diretta a regolamentare in maniera uniforme i profili del rapporto di lavoro connessi all’organizzazione dell’orario.



Tuttavia – come correttamente osserva parte resistente – la norma e, in generale, la normativa sull’orario di lavoro di cui al D.Lgs. 66/2003 non si applica a tutti i rapporti di lavoro.

L’art. 2, comma 3, dello stesso D.Lgs. 66/2003 espressamente esclude dalla soggezione alla disciplina dell’orario di lavoro taluni settori di attività.

Così recita:

“Le disposizioni del presente decreto non si applicano al personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297. Non si applicano, altresì, al personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, nonché agli addetti al servizio di polizia municipale e provinciale, in relazione alle attività operative specificamente istituzionali”.

Al comma in questione, per effetto dell’art. 41, comma 3, del D.L. 112/2008, convertito con modificazioni dalla L. 133/2008, sono state aggiunte, dopo le parole “attività operative specificamente istituzionali”, le parole: “e agli addetti ai servizi di vigilanza privata”.

L’esclusione delle aziende che operano nella vigilanza privata qual è, pacificamente, Securitas Metronotte S.r.l. ha effetti a decorrere dall’entrata in vigore del provvedimento legislativo, il 25 giugno 2008.

La *ratio* di tali esclusioni – va ribadito che le esclusioni riguardano tutte le disposizioni del D.Lgs. 66/2003 (le “disposizioni del presente decreto”), indistintamente e senza eccezioni – deve essere individuata nelle peculiari caratteristiche dell’attività esercitata e, con precipuo riferimento alla vigilanza privata, sia nelle funzioni di pubblico interesse coinvolte, che attengono alla tutela dell’integrità e della sicurezza del patrimonio privato, sia nel fatto che in molti casi l’attività si esplica durante il periodo notturno.

Sarebbero, pertanto, difficilmente coniugabili le esigenze organizzative di tali aziende – e sarebbe in definitiva compromessa la loro operatività – con i limiti in materia di orario di lavoro e con i vincoli dettati in materia di lavoro notturno e, così, con le eventuali, pur apprezzabili, esigenze di assistenza di familiari disabili fatte valere dai dipendenti.

Del resto – come correttamente fa rilevare parte resistente – pur a voler ritenere pertinente il richiamo al comma 2 dell’art. 11 citato, appare evidente come la norma non ponga, a carico del datore di lavoro, un divieto di adibizione al lavoro notturno del dipendente che versi in una delle situazioni contemplate; si rimarca, infatti, la differenza di formulazione tra il comma 2 (“Non sono... obbligati a prestare lavoro notturno”) e il comma 1, seconda parte (“E’ in ogni caso vietato adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, dall’accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino”).



Ciò implica che solo nell'ipotesi del comma 1, seconda parte, l'assegnazione del dipendente al lavoro notturno è illecita laddove, in tutti gli altri casi, anche in quelli previsti dalla contrattazione collettiva, s'impone un contemperamento tra le opposte esigenze e ciò rende possibile un'esenzione solo parziale. Beninteso, a fronte di fattori oggettivi ed esterni che non consentano al datore di accogliere, integralmente, la richiesta di esonero.

Non si può trascurare, del resto, il generale principio di correttezza e buona fede che, sempre, deve caratterizzare il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro.

Ciò detto, per quanto sia auspicabile che le parti raggiungano un'intesa che importi il minor disagio possibile per entrambe essendo un'esenzione parziale dai turni di lavoro notturni ipotesi pur sempre desiderabile dall'interessato rispetto ad altre più drastiche soluzioni (come un trasferimento) – e in questi termini è stata tentata, ma invano, la conciliazione della lite – la pretesa del ricorrente all'esonero totale dai turni di lavoro notturni è destituita di fondamento giuridico non applicandosi alla società datrice di lavoro l'art. 11, comma 2, D.Lgs. 66/2003 per effetto dell'art. 2, comma 3, dello stesso Decreto.

Il motivo è assorbente.

Per quanto esposto, il ricorso non può trovare accoglimento.

La peculiarità della fattispecie affrontata e le esigenze comunque poste a base della richiesta del dipendente inducono questo Tribunale a compensare integralmente tra le parti le spese del procedimento.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del procedimento.

Si comunichi.

Così deciso in Cassino il 1 febbraio 2017

IL GIUDICE
Antonio Tizzano

