



TRIBUNALE DI LOCRI

Sezione Civile

Controversie di Lavoro e Previdenza

in persona del Giudice, dott. Salvatore La Valle

nella causa civile iscritta al n. **2566** del Ruolo generale degli affari conteziosi civili dell'anno **2022**, vertente

TRA

RICORRENTE

CONTRO

~~MEGA MANNA ECOLOGIA AMBIENTE~~ S.R.L. (P.I.: 03119630717), in persona del l.r.p.t., elettivamente domiciliata in Foggia, al Corso Cairoli n. 37, presso lo studio degli avv.ti ~~PAQUALE FATIGATO, MICHELE FATIGATO, MARIA ANTONIETTA FATIGATO~~ dai quali è rappresentata e difesa, giusta procura in atti, pec: ~~fatigato.pasqualep@avvocatifoggia.legalmail.it~~

RESISTENTE

a scioglimento della riserva assunta ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 700 depositato *ante causam*, ~~Mario Cesentino~~, premesso di essere stato dipendente della società ~~Ecovide Ambiente~~ S.p.a., con contratto a tempo indeterminato e parziale dal 12 luglio 2002, e di aver ricoperto la qualifica di operaio e le mansioni di autista svolgendo servizio presso il Comune di ~~Monasterone~~, ha esposto che con lettera del 30 giugno 2022 gli è stata comunicata la risoluzione del rapporto di lavoro per passaggio di appalto a nuovo operatore

economico da parte del Comune di ~~Monsi~~; che con la medesima nota la società cessante gli ha comunicato di aver indicato all'ente appaltante i dati per le procedure di passaggio diretto alle dipendenze della nuova società subentrante ai sensi della normativa vigente; che con nota del 6 luglio 2022 l'organizzazione sindacale SLAI-COBAS di Vibo Valentia ha provveduto ad attivare la procedura di passaggio diretto del personale alla società subentrante nel servizio prevista e regolamentata dall'art. 6 del CCNL Fise Assoambiente trasmettendo, tra gli altri, alla società resistente subentrata nel servizio, l'elenco del personale in forza all'impresa cessante; che tuttavia la società resistente non ha provveduto ad avviarlo al lavoro. Ha dedotto in merito al *fumus* l'applicabilità dell'art. 6 CCNL di categoria in ordine al passaggio diretto del personale dall'azienda cessante a quella in subentro, posta la simultanea ricorrenza, in favore del ricorrente, dei requisiti prescritti della sussistenza di un contratto a tempo indeterminato tra l'azienda uscente ed il lavoratore, dell'adibizione del lavoratore, in via ordinaria, a quello specifico appalto e del possesso di un'anzianità di servizio di almeno 240 giorni. Quanto al *periculum* ha affermato che la mancata assunzione è fonte di grave ed insostenibile pregiudizio per il ricorrente stante l'impossibilità, vista l'assenza della retribuzione, di far fronte alla soddisfazione dei bisogni più elementari. Ha pertanto chiesto in via d'urgenza: *“Voglia Ill.mo Sig. Giudice del lavoro adito, fissata l'udienza di discussione ex art 415 c.p.c. attraverso le facoltà concessegli dall'art 700 c.p.c. così statuire e provvedere: 1. accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad essere assunto alle dipendenze della società resistente ai sensi dell'art. 6 C.C.N.L. FISE dalla data del 1° luglio 2022; 2. per l'effetto condannare la società resistente, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, all'assunzione del ricorrente alle proprie dipendenze con decorrenza dal 1° luglio 2022, con la medesima qualifica, livello e mansioni dallo stesso già possedute; 3. sempre per l'effetto, condannare la società resistente, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, al pagamento in favore del ricorrente, a titolo di indennità risarcitoria, delle*

retribuzioni non percepite a partire dal 1° luglio 2022, fino al momento della sua effettiva assunzione alle dipendenze della società resistente, oltre comunque al versamento dei contributi previdenziali; ed assistenziali per il medesimo periodo, ed oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al soddisfo; 4. condannare, infine, la resistente in persona del suo legale rappresentante pro-tempore al pagamento delle spese e del compensi di difesa del presente giudizio da distrarsi ex art. 93 c.p.c. in favore del sottoscritto procuratore che dichiara di aver anticipato le prime e non riscossi i secondi”.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si è costituita la società ~~MEIA Manna Ecologia Ambiente~~ s.r.l. che ha contestato la fondatezza in fatto ed in diritto della domanda cautelare di cui ha chiesto l’inammissibilità ed in subordine il rigetto.

In fatto ha eccepito che nessun passaggio di appalto o affidamento è intercorso tra la ~~MEIA Manna Ecologia Ambiente~~ s.p.a. e la ~~MEIA Manna Ecologia Ambiente~~ s.r.l.; che infatti la ~~MEIA Manna Ecologia Ambiente~~ è stata oggetto dell’ordinanza sindacale n. 15/2022 del comune di ~~Monsanto~~ con la quale le è stato spiegato l’ordine, in via temporaneo ed urgente, di provvedere all’esecuzione del servizio ritiro rifiuti nel territorio comunale; che in tal modo il sindaco di ~~Monsanto~~ ha fatto esercizio del potere straordinario disciplinato dall’art. 1291 del d.lgs. n. 152/2016; che tale potere amministrativo, consistente nell’emissione di ordinanze contingibili ed urgenti e poteri sostitutivi, determina una situazione distinta e non assimilabile al subentro nell’appalto di manodopera; che in ottemperanza all’ordinanza sindacale ha iniziato la raccolta rifiuti nel comune di ~~Monsanto~~ in data 9 giugno 2022; che la richiesta di ricevuta in data 6 luglio 2022 da SLAI COBAS di Vibo Valentia relativa al passaggio di personale è del tutto irrituale, dovendo tale istanza pervenire, ex art. 6 del CCNL FISE Assoambiente, dalla società ex appaltatrice. Ha formulato cinque contestazioni in merito alla sussistenza del *fumus* ed ha eccepito: in via pregiudiziale, l’inammissibilità o nullità del ricorso per mancata indicazione delle conclusioni del futuro giudizio di merito; sempre in via pregiudiziale, l’inammissibilità della domanda per essere essa diretta ad ottenere una pronuncia di natura costitutiva,

del tutto inconciliabile con il rito urgente instaurato; ha dedotto l'insussistenza del *periculum* per difetto di prova, non avendo il ricorrente allegato o prodotto elementi a sostegno del pregiudizio economico gravante su sé ed altri, ed ha insistito sull'impossibilità, in sede cautelare, di concludere a favore di un danno *in re ipsa* per un lavoratore dipendente che perde la propria occupazione; ha dedotto l'insussistenza del *fumus* ritenendo che l'attività svolta dalla società [REDACTED] debba qualificarsi quale esecuzione d'ufficio a seguito di sospensione del servizio, la cui disciplina esula dalle regole di cui al cd. codice degli appalti e a quelle pattizie di cui all'art. 6 del FISE Assoambiente, e che pertanto l'art. 191 del d.lgs. n. 152/2006 istituisce una deroga al regime ordinario, di talchè l'operato svolto dalla società [REDACTED] s.r.l. nei confronti del comune di Monasterace non può definirsi "cambio appalto"; ha contestato inoltre il possesso, in capo al ricorrente, dei requisiti per l'invocato passaggio, ritenendo non provati i prescritti 240 giorni di anzianità e l'adibizione nel comune di riferimento. Ha concluso chiedendo di "A) rigettare il ricorso ex articolo 700 c.p.c. proposto da [REDACTED] e in via d'urgenza cautelare perché inammissibile, improcedibile ed infondato in fatto di diritto in quanto non sono presenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, oltre all'assoluta pretestuosità ed infondatezza nel merito punto con vittoria di spese e competenze del giudizio; B) sempre in via preliminare, dichiarare inammissibile la domanda cautelare attorea in quanto avente ad oggetto una pronuncia costitutiva incompatibile con il rito prescelto; C) nel merito, rigettare il ricorso per insussistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, in quanto infondato in fatto ed in diritto; D) in estremo sub ordine, dichiarare l'inammissibilità della domanda di condanna al pagamento delle retribuzioni medio tempore maturate e se del caso ordinare l'assunzione a tempo determinato del ricorrente, nei confronti della MEA Ecologia-Ambiente s.r.l., per il periodo 1 luglio -20 agosto 2022; E) in ogni caso condannare il ricorrente al pagamento delle spese, diritti ed onorari del giudizio".

Le parti hanno successivamente depositato note scritte autorizzate per l'udienza cartolare con le quali hanno ampiamente contraddetto.

OSSERVA

§ 1. Il ricorrente agisce per sentire dichiarare il proprio diritto, e per ottenere la conseguente condanna con gli effetti di legge, all'assunzione da parte della società MEA Ecologia Ambiente s.r.l. in ragione dell'avvicendamento nella gestione dell'appalto o affidamento del servizio con la società Locride Ambiente S.p.a. per l'attività di raccolta rifiuti nel comune di Monasterace, ed invoca a tal fine l'art. 6 del CCNL FISE.

La società convenuta ha contestato la sussistenza dei requisiti del *fumus* e del *periculum* ed ha sollevato, in via pregiudiziale, eccezione di inammissibilità per inconciliabilità della domanda con il rito cautelare azionato.

§ 2. L'eccezione è fondata.

Preliminarmente, va ricordato che il rito azionato è quello di cui all'art. 700 c.p.c., e che esso si sostanzia nella richiesta di una misura cautelare, per la quale devono contestualmente ricorrere entrambi i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. In particolar modo, non è necessario raggiungere la certezza dell'esistenza di tale diritto essendo sufficiente la probabilità o verosimiglianza dello stesso in vista di un futuro ed eventuale accertamento nella causa di merito, che non risulta pendente nel caso di specie.

Va altresì posto in premessa che in ragione delle modifiche apportate dalla l.n. 80/2005, ove non sia instaurato il giudizio di merito, come, appunto, nel caso che ci occupa, l'ordinanza cautelare invocata conserva la propria efficacia, ancorchè senza l'autorità propria della cosa giudicata. I provvedimenti ex art. 700 sono dunque idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito, e ciò giustifica appunto la facoltatività dell'instaurazione del giudizio ordinario. Nello stesso senso, ove il giudizio di merito sia eventualmente intrapreso ed esso si estingua, il provvedimento d'urgenza, emesso *ante causam*, non perde comunque

efficacia. Da ciò si deduce la provvisorietà del provvedimento emanato e la strumentalità attenuata rispetto alla tutela di merito.

§ 2.1. Quanto sino ad ora affermato si applica in particolar modo nei confronti dei provvedimenti a carattere anticipatorio, ovvero quelli destinati ad anticipare gli effetti che potranno derivare da una futura pronuncia di merito, per i quali, diversamente da quanto avviene invece per le pronunce di accoglimento delle misure cautelari conservative, non è dunque richiesto che il provvedimento giudiziale pronunciato ex art. 700 debba contenere la fissazione del termine per l'instaurazione del giudizio di merito. Solo per le prime è infatti richiesto che il giudice assegni un termine, comunque non superiore a sessanta giorni, per l'instaurazione del giudizio di merito.

§ 2.2. Nel caso in esame, non vi è dubbio che la parte ricorrente invochi una misura anticipatoria, essendo essa tesa alla dichiarazione del diritto soggettivo all'assunzione.

§ 3. Occorre sul punto ricordare che se non vi sono incertezze in ordine all'ammissibilità di provvedimenti d'urgenza per l'anticipazione degli effetti di una sentenza di condanna e per quella di mero accertamento, ebbene lo stesso non è a dirsi per quanto attiene alle sentenze costitutive. Sul punto, va però puntualizzato che la graniticità di tale affermazione è in parte erosa dalla possibilità, generalmente ammessa, di chiedere provvedimenti d'urgenza in grado di anticipare gli effetti esecutivi che derivano dall'accoglimento di un'azione costitutiva, sui quali si dirà brevemente appresso.

Ciò posto, le ragioni della contrarietà all'instaurazione del rito cautelare per ottenere pronunce costitutive vanno rinvenute nella necessaria tipicità delle azioni costitutive, così come stabilito dall'art. 2908 cod. civ., per cui esse devono intendersi quali rimedi tassativi, e dunque, eccezionali.

§ 4. I principi posti in premessa conducono a ritenere la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa

pronuncia richiesta al giudice, dato che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito.

Pertanto, le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando.

§ 4.1. Due le osservazioni che contribuiscono a consolidare la validità di tale approdo. In primo luogo, va ricordato che le sentenze costitutive producono effetti che operano, generalmente, solo "*ex nunc*", ossia dal momento in cui la sentenza diviene definitiva. Già questa considerazione induce a rilevare l'evidente anomalia che deriverebbe ove si ritenesse ammissibile una pronuncia costitutiva con provvedimento d'urgenza.

Ciò che desta maggiori perplessità è infatti la natura dell'accertamento giudiziale del diritto invocato in sede cautelare. Esso, come noto, è diretto a vagliare non la piena sussistenza quanto piuttosto un suo surrogato processuale, tant'è la cd. verosimiglianza del diritto invocato. È evidente che da ciò deriva l'impossibilità di garantire una tutela piena ed effettiva alla situazione giuridica invocata. Si palesa infatti un'incompatibilità strutturale tra il provvedimento urgente richiesto, emesso all'esito di un vaglio di verosimiglianza ed eppure tendente al mantenimento di un'efficacia perdurante, ed azioni costitutive, che sono per di più, come detto, tassative.

L'ordinanza cautelare anticipatoria è infatti geneticamente dotata di un singolare grado di resistenza, potendo ben sopravvivere, *sine die*, anche all'estinzione del giudizio di merito.

Inoltre, sul versante processuale, va ricordato che tale approccio è indirettamente confermato da quell'indirizzo giurisprudenziale che nega l'effetto immediatamente esecutivo alle sentenze costitutive pronunciate in primo grado,

richiedendo per esse il passaggio in giudicato della sentenza emessa (cfr. Cass. Sez. un., n. 4059/2010).

§ 5. Deve dunque confermarsi l'indirizzo giurisprudenziale per il quale, in tema di applicazione della tutela di cui all'art. 700 c.p.c., la tutela cautelare ex art. 700 deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta in sede giudiziale, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; ragion per cui le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando (cfr., *ex multis*, Cass, sez. I, ord. n. 24939/2019, Tribunale Cuneo, 19/04/2012, Tribunale Latina sez. II, 30/03/2010).

§ 6. Resta, pertanto, che quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza di condanna o in via di tutela cautelare anticipatoria – sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ma non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo. In giurisprudenza si afferma infatti che le statuizioni condannatorie contenute in pronunce costitutive possono avere esecuzione, in via anticipata rispetto al passaggio in giudicato della pronuncia costitutiva, solo se sono meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, e non anche quando sono legate all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico (cfr. Cass. civ., 8 novembre 2018, n. 28508; Cass. civ., 29 luglio 2011, n. 16737).

§ 7. Ne deriva in ultimo che la tutela cautelare non può generare l'effetto costitutivo di un diritto, ma si risolve “*nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva d'un determinato effetto giuridico*” (Cass, sez. I, ord. n. 24939/2019).

§ 8. Per quanto attiene al caso di specie, non vi è dubbio alcuno in ordine alla natura della richiesta pronuncia al diritto all'assunzione. Essa è evidentemente di natura costitutiva, essendo diretta all'istituzione di un rapporto giuridico. Né può sostenersi, come pure afferma la parte ricorrente nelle note successivamente depositate in data 12.09.2022 (pagg. 4-5), che ciò che si vuole ottenere è una pronuncia di mero accertamento e condanna.

Invero, la parte ricorrente, con la richiesta di accertamento del diritto all'assunzione, rivendica una modificazione della realtà giuridica in ordine alla costituzione di un rapporto giuridico, rispetto alla quale le domande di condanna all'assunzione ed al versamento delle indennità risarcitorie risultano ontologicamente connesse e, pertanto, affatto indipendenti.

§ 9. Quanto sino ad ora brevemente indicato conduce, pertanto, alla pronuncia di inammissibilità del ricorso.

§ 10. Le spese di lite si compensano per l'intero in ragione della materia trattata, della condizione delle parti, dell'esito della controversia, e della natura delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Locri, in funzione di Giudice del lavoro, letti gli artt. 700, 669 *bis* e s.s. c.p.c., ogni contraria istanza disattesa, così provvede:

1. dichiara inammissibile il ricorso proposto da
2. compensa tra le parti le spese di lite.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Locri, 19 gennaio 2023

Il Giudice
Salvatore La Valle