

N. 9085/2018 REG. GEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II TRIBUNALE DI MILANO - SEZ Lavoro

La dott.ssa Sara Manuela MOGLIA, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, promossa con ricorso depositato in data 11 settembre 2018

da

WIJESINGHE ARACHCHIGE ANIL CHANDRASIRI, elettivamente e domiciliato in Milano, corso di Porta Vittoria, 54 presso lo studio dell'Avv. Marco f CAZZANIGA del foro di Milano che lo rappresenta e difende per delega in calce al ricorso introduttivo unitamente all'avv.to Federica GENTILI del foro di Lodi .

ricorrente

contro

ROMEIO GESTIONI SPA, in persona del presidente del consiglio di amministrazione En..... elettivamente domiciliata in Milano, piazza 2 Santa Maria Beltrade, 1 presso lo studio degli avv.ti Nunzio e Pierluigi RIZZO che la rappresentano e difendono per delega allegata alla memoria di costituzione.

convenuta

Oggetto: variazione orario e risarcimento danni

Conclusioni delle parti: come in atti

VOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in data 11 settembre 2018, il ricorrente, come sopra identificato, si è rivolto al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, chiedendo che, previa declaratoria di nullità/annullabilità della modifica relativa alla collocazione dell'orario a decorrere dal mese di aprile 2018, la società convenuta fosse condannata.

al ripristino dell'originario orario contrattuale previsto dalle 23 alle 5,40 ed al risarcimento dei danni subiti e liquidati, in via equitativa, in una somma pari alla percentuale del 55% della differenza tra la retribuzione percepita durante lo svolgimento del lavoro in ore notturne e quella pagatagli per il lavoro diurno. A tal fine ha dedotto:

-di essere stato assunto dalla società il 1 giugno 2015 con contratto full time;

-che nelle previsioni dell'accordo era stato stabilito un orario dalle 23 alle 5,40 per sei giorni a settimana;

che l'orario era rimasto invariato;

-che dal 12 aprile 2018 aveva ricevuto comunicazione di cambio orario con collocazione tra le 6 e le 13 oppure tra le 15 e le 22. -che la modifica non era stata giustificata.

Si costituiva la società convenuta che reclamava la bontà del proprio operato e giustificava la modifica sulla base dell'incompatibilità tra le condizioni di salute del ricorrente (riconosciuto idoneo alla mansione con limitazioni: non lavori su scale e non movimentazione di pesi superiori ai 10Kg)) e i lavori da svolgersi durante il turno notturno.

Inutilmente esperito il tentativo di conciliazione, assunte le prove ammesse, all'udienza del 30 ottobre 2019, la causa è stata posta in decisione. All'esito della camera di consiglio, il giudice ha pronunciato la presente sentenza depositando dispositivo e contestuale motivazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

All'atto dell'assunzione, le parti hanno concordato un orario settimanale di 40 ore collocato tra le 23 e le 5,40 con un giorno di riposo a scalare.

Nell'occasione, la società si è riservata successive variazioni della collocazione oraria in presenza di ragioni organizzative.

Come anticipato, fino al mese di aprile 2018, il ricorrente ha sempre osservato l'orario così come indicato nella lettera integrativa al contratto di assunzione. Da tale momento ad oggi, invece, la società ha deciso una variazione assegnando il ricorrente ad un turno diurno alternativamente collocato tra le 6 e le 13 o tra le 15 e le 22.

La pattuizione assunta in occasione della sottoscrizione del contratto ha valore di elemento costitutivo dello stesso e, come tale, è suscettibile di essere modificata con il consenso di entrambe le parti contraenti.

Nella specie, tuttavia, in forza della riserva assunta dal datore di lavoro, a quest'ultimo è stata accordata la facoltà di modificare la collocazione oraria, modifica che, però, le parti hanno voluto condizionare alla sussistenza di ragioni organizzative. A seguito della difesa svolta in giudizio da Romeo Gestioni si è appurato che tali ragioni stanno nella necessità di adibire al turno notturno, turno nel quale devono essere espletati lavori più pesanti, lavoratori privi di limitazioni.

Ciò premesso, posto che il ricorrente nel novembre 2017 era stato giudicato idoneo alla mansione ma con il divieto di adibizione a lavori su scale ed alla movimentazione di carichi superiori ai 10KG, la società ha ritenuto di adibirlo, come altri lavoratori con uguali limitazioni, al turno diurno.

La ragione, come detto, starebbe nella necessità, durante il turno notturno di espletare lavori da capitolato più pesanti.

La prova assunta ha consentito di acquisire alcune informazioni a riguardo:

Nella memoria difensiva, la società deduce che tali lavori riguardano: il lavaggio del pavimento con l'uso di macchine dal peso di 25 KG, lo spargimento del sale, | rimozione ragnatele e la movimentazione di sacchi dell'immondizia del peso di 2 20KG. " In sede di interrogatorio, il procuratore della Romeo Gestioni ha precisato che i sacchi dell'immondizia devono essere portati su per le scale dall'operatore (quindi anche dal ricorrente).

Il teste Eisa Tarek ha riferito:

" Il ricorrente utilizza una macchina più piccola di quelle che uso io, di notte viene messa sotto carica nel punto predisposto per tale attività; la macchina una volta caricata va solo accompagnata perché cammina da sola. Il ricorrente deve svuotare i cestini e formare i sacchi da portare nell'immondezzaio; può decidere lui quanti sacchi formare nel senso che ne può fare di meno e quindi più pensanti, oppure di più g e più leggeri. L'immondizia che si raccoglie di notte è meno di quella di giorno. In caso di ghiaccio o neve nel turno sia di giorno che di notte gli operatori devono spargere il sale, è il responsabile che affida a ciascuno di noi una quantità di sacchi f in base alle necessità, quindi al ghiaccio che si è formato ed al numero delle stazioni da coprire; ogni sacco pesa circa 10 kg. Io faccio il turno notturno. Quando ho detto prima che l'operazione del sale si fa anche di giorno, l'ho detto perché così avveniva con il precedente datore di lavoro; non posso dire nulla rispetto a Romeo Gestioni. Quanto alla quantità di immondizia ho riferito della differenza tra il giorno e la notte in quanto ho visto nell'immondezzaio la quantità di sacchi lasciati di giorno che è di gran lunga superiore a quelli della notte. La macchina di cui ho parlato prima viene utilizzata solo di notte e non di giorno. Mi è capitato di utilizzare la macchina di cui ho detto prima e che era usata anche g dal ricorrente. Di giorno si utilizzano scopa e paletta, al più il mocio. Gli operatori della notte devono anche portare i sacchi fuori dalle stazioni, l'operazione avviene a mano si deve risalire una scala di circa dieci gradini.

Il teste Eisa Tarek ha riferito:

"Il ricorrente utilizza una macchina più piccola di quella che uso io, di notte viene messa sotto carica nel punto predisposto per tale attività; la macchina una volta caricata va solo accompagnata perché cammina da sola. Il ricorrente deve svuotare i cestini e formare i sacchi

da portare nell'immondezzaio; può decidere lui quanti sacchi formare nel senso che ne può fare di meno e quindi più pensanti, oppure di più g e più leggeri. L'immondizia che si raccoglie di notte è meno di quella di giorno. In caso di ghiaccio o neve nel turno sia di giorno che di notte gli operatori devono spargere il sale, è il responsabile che affida a ciascuno di noi una quantità di sacchi f in base alle necessità, quindi al ghiaccio che si è formato ed al numero delle stazioni da coprire; ogni sacco pesa circa 10 kg. s lo faccio il turno notturno Quando ho detto prima che l'operazione del sale si fa anche di giorno, l'ho detto perché così avveniva con il precedente datore di lavoro; non posso dire nulla rispetto a Romeo Gestioni. Quanto alla quantità di immondizia horiferito della differenza tra il giorno e la notte in quanto ho visto nell'immondezzaio la quantità di sacchi lasciati di giorno che è di gran lunga superiore a quelli della notte.

La macchina di cui ho parlato prima viene utilizzata solo di notte e non di giorno. Mi è capitato di utilizzare la macchina di cui ho detto prima e che era usata anche dal ricorrente. Di giorno si utilizzano scopa e paletta, al più il mocio. Gli operatori della notte devono anche portare i sacchi fuori dalle stazioni, l'operazione avviene a mano si deve risalire una scala di circa dieci gradini.

E ' un 'operazione che si fa dal lunedì al venerdì. I sacchi da movimentare sono quelli raccolti nella giornata e durante la notte La quantità di sacchi varia da sette sacchi fino a venti il sabato e la domenica.

Il peso di ciascun sacco varia.

Il teste Abou El Maaty ha raccontato:

"Lavoro di notte, sono il coordinatore. Negli ultimi tre anni il ricorrente ha utilizzato una macchina che trovava già sulla banchina dove anche doveva essere ricaricata;

la macchina cammina solo se spinta, non serve forza, la macchina va solo accompagnata.

La macchina non si può utilizzare per le pulizie di giorno.

Questo tipo di pulizie viene fatto solo di notte.

Il ricorrente non ha mai portato i sacchi fuori dalle stazioni, lui ha sempre e solo svuotato i cestini e formato i sacchi che poteva decidere in che quantità farne. Non so se vi sia differenza tra l'immondizia raccolta di giorno e di notte. Sono io che porto i sacchi di sale nel magazzino, all'occorrenza quindi sia di notte, ma anche di giorno gli operatori devono spargere il sale.

Ogni sacco pesa 25 kg.

Ogni sacco è movimentato da un operatore.

Il ricorrente non deve spostare la macchina a mano.

La macchina non va spostata da una banchina all'altra, ma si trova già in loco, solo se è rotta va spostata e riparata

Il teste Abou Mohammed Yassin ha raccontato:

Di notte utilizziamo la macchina lavasciuga che cammina da sola basta solo accompagnarla.

Ci sono stazioni in cui la macchina si trova già sulla banchina e in tal caso la usiamo, se,

invece, non c'è, non è possibile portarla da una banchina all'altra perché è molto pesante, credo 120 Kg, allora puliamo solo con la canna dell'acqua, la scopa ed il mocio.

Anche il punto di ricarica è sulla banchina.

Si riesce a portare alla ricorica prima che si scarichi anche perché non è possibile muoverla se è scarica. Di notte si devono anche svuotare i cestini che però sono pochi e poco pieni.

Non tocca a noi portare i sacchi dall'immondezzaio alla superficie, per questo lavoro c'è una squadra assegnata solo ai sacchi.

Voglio aggiungere una cosa, io e il ricorrente abbiamo fatto causa alla società perché non ci pagavano la maggiorazione per il lavoro notturno, abbiamo vinto il ricorso, da tale momento la società ci ha fatto guerra, nel senso che ogni occasione è buona per sollevare delle contestazioni e poi ci controllano il lavoro, questo capita solo a noi due perché abbiamo fatto causa. Anche a me hanno cambiato il turno.

Questo è avvenuto dopo poco dalla sentenza che ci dava ragione sulla maggiorazione per il lavoro notturno.

Il turno l'hanno cambiato a noi due ed ad un altro collega che però poi hanno ? rimesso a fare il turno notturno.

Di giorno la quantità di sale che si sparge è maggiore di quella della notte".

Il turno l'hanno cambiato a noi due ed ad un altro collega che però poi hanno ? rimesso a fare il

turno notturno.

L'esame dei testi consente di accertare che durante il turno notturno gli addetti debbono procedere al lavaggio pavimenti con l'utilizzo della macchina lavasciuga, svuotare i cestini e, se necessario, spargere il sale.

lo svuotamento dei cestini è operazione comune al turno diurno e, per quanto riferito dai testi,

implica attività meno gravosa atteso che non vi è frequenza di pubblico o, comunque, minore affluenza.

Pacifico è poi, ancorché il primo teste abbia detto il contrario, che i sacchi in cui vengono svuotati i cestini debbano essere portati solo fino ad un locale di raccolta che si trova sullo stesso piano e non lungo le scale.

Invero, sebbene lo stesso procuratore della società avesse così riferito all'udienza del 27 gennaio 2019, i testi, salvo il primo, e lo stesso difensore (già procuratore speciale) in sede di discussione ha, più volte, ribadito che mai la società ha ritenuto dire che gli operatori notturni e quindi anche il ricorrente dovessero trasportare lungo le scale e fino alla superficie i sacchi dell'immondizia.

Quanto alle macchine lava-asciuga, i testi hanno riferito che si tratta di macchine del peso di circa 25g che si trovano già sulla banchina e che funzionano solo spingendole senza dover fare alcuna forza.

Il teste Esposito, tuttavia, ha precisato che qualora le macchine si rompano, debbono essere lasciate sulla banchina per la riparazione che avviene in loco e l'operatore deve procurarsene altra sollevandola.

Si tratta di eventualità che, può capitare, ma solo in caso di guasto.

A parte tale ultima operazione e quella relativa al sale, per il resto non risultano attività da espletarsi di notte incompatibili con le limitazioni del ricorrente, meglio non ne sono state dedotte. A riguardo valga una prima considerazione.

Come detto, il ricorrente è stato giudicato idoneo con limitazioni sin dal mese di novembre 2017, la società ha provveduto alla modifica della collocazione oraria solo ad aprile 2018.

Ora, se davvero questa è stata l'unica ragione che ha mosso la società ad assumere tale decisione, non si comprende il motivo di tanto ritardo.

L' adibizione di un lavoratore a lavori non compatibili con il suo stato di salute, espone il datore di lavoro a possibili profili di responsabilità.

Non è pensabile che Romeo Gestioni non fosse consapevole di ciò avendo, peraltro, come riferito dal teste Esposito, un consulente dedicato alla sicurezza.

Pertanto, non si comprende per quale ragione, se davvero i lavori notturni non erano compatibili, in tutto o in parte, con le limitazioni del ricorrente, si sia atteso tutto quel lasso temporale prima di provvedere alla modifica dell'orario.

Le risposte potrebbero essere nel senso o della non reale incompatibilità o che nel senso della sussistenza di altri motivi non espletati.

Curioso è poi il fatto che la modifica sia avvenuta proprio oltre il periodo invernale, quindi, dopo che l'esigenza dello spargimento di sale era sicuramente superata, mentre nessuna misura sia stata assunta dopo il giudizio del medico competente e proprio nel periodo in cui poteva esserci bisogno di fare tale operazione e quindi di movimentare i sacchi.

A riguardo mette conto rilevare che non vi è uniformità tra i testi in merito al peso

dei sacchi; invero, mentre gli altri hanno riferito di pesi più grandi, il teste Al Maaty coordinatore degli operai pulitori e quindi anche del ricorrente, ha parlato di dieci

chili, Inoltre è operazione che può capitare di dover fare anche di giorno.

Quanto poi alle macchine, come riferito, il loro utilizzo non comporta alcun sollevamento, ma solo un'operazione di spingimento.

L'eventualità della rottura è, giusto appunto un'eventualità che non può certo costituire ragione sufficiente ed idonea per la modifica della collocazione oraria.

Ora, anche ammesso che tale profilo possa essere oggetto di modifica unilaterale in quanto espressione dello ius variandi riconosciuto al datore di lavoro, non vi è dubbio che la modifica debba essere giustificata, Giustifica che, peraltro, le stesse parti hanno voluto condizionasse la variazione.

Nella specie tale ragione non sembra esservi per le motivazioni sopra illustrate e che possono essere riassunte come segue: curioso risulta il fatto che la modifica, giustificata anche per la tutela della salute del lavoratore, sia avvenuta a distanza di ben cinque mesi dal giudizio del medico competente. Ciò porta a ritenere che, escluso che la società abbia agito con imprudenza, i lavori notturni non siano così incompatibili con i lavori da espletarsi di notte; curioso e che la variazione sia avvenuta quando il lavoro che sembra più gravoso (lo spargimento di sale) non era più attuale e non lo sarebbe stato per mesi, mentre nulla è stato fatto proprio in concomitanza con il periodo più a rischio.

Non potendo ritenere che la motivazione addotta abbia trovato riscontro e conforto nelle prove

espletate, la decisione assunta risulta priva di alcuna giustificazione organizzativa e quindi frutto di mero arbitrio.

Né può ritenersi che la decisione sia stata sorretta dall'esigenza di non pagare al ricorrente la maggiorazione notturna già accordata ad altri lavoratori notturni, atteso che nelle more del giudizio conclusosi tra le parti con sentenza di questo ufficio n. 1221/17, il ricorrente è stato, concordemente, riconosciuto lavoratore notturno. La società ha, poi, invocato la disposizione del CCNL che impone un'equa distribuzione dell'orario notturno tra i dipendenti assumendo di non aver potuto adibire il ricorrente a tale turno in quanto la sua domanda sarebbe pervenuta dopo la modifica.

L'argomentazione non è del tutto cristallina; è certamente vero che l'art. 30 CCNL prevede che il datore di lavoro suddivida in modo equo tra i lavoratori le ore notturne, ma la previsione deve intendersi come norma di tutela e quindi a vantaggio del lavoratore per evitare che una stessa persona sia pregiudicata nell'assegnazione del turno notturno; la stessa non impone, invece, che si debba distogliere dal turno notturno chi lo vuole fare; anzi è lo stesso art. 39 del CCNI che dà rilevanza alla domanda del singolo.

Domanda che, però, nel caso del ricorrente non si comprende quando avrebbe dovuto essere inoltrata posto che lo stesso era già adibito al turno notturno, mentre è stato distolto a seguito di una decisione unilaterale della società.

Decisione che, come già detto, non risulta validamente supportata da ragioni organizzative e che, quindi, non risulta legittima.

L'illegitimità discende dalla sola mancanza di ragioni che impediscano che la scelta sia espressione di mero arbitrio mentre non pare fondata la doglianza di parte ricorrente che ha inteso individuare nella decisione datoriale un atto ritorsivo. In sostanza, secondo l'assunto di parte, Romeo Gestioni lo avrebbe distolto dal turno notturno in quanto reo di aver intentato un giudizio per il riconoscimento della qualifica di lavoratore notturno. La sentenza che ha deciso il giudizio (ma che per quanto riguarda la posizione del 2 ricorrente, ha constatato l'intervenuta cessazione della materia del contendere), è ⁰⁰ dell'aprile 2017, sicché non pare possa individuarsi nella decisione qui esaminata una reazione illecita rispetto a tale rivendicazione.

Dall'illegittimità della modifica della collocazione oraria deriva l'obbligo per la società di ripristinare la situazione quo ante e quindi ricollocare il ricorrente nel turno | notturno precedentemente concordato. La nuova assegnazione ha, come illustrato dal ricorrente, comportato per lo stesso una decurtazione retributiva.

Più nello specifico è stato riferito che, a fronte di una retribuzione mensile di € 1500 netti mensili, dopo l'assegnazione al turno diurno, la retribuzione è stata pari a € 1200.

Tale minor guadagno risulta causalmente collegato con la decisione che si è ritenuta illegittima e, pertanto, può essere risarcito.

Il ricorrente ha domandato un risarcimento pari al 40% del danno patrimoniale patito.

Il criterio può essere condiviso, il danno può essere pertanto quantificato in € 480.

Nessun ulteriore danno va riconosciuto non essendovi stata una puntuale allegazione a riguardo.

Il regime delle spese segue la soccombenza.

Dall'illegittimità della modifica della collocazione oraria deriva l'obbligo per la società di ripristinare la situazione quo ante e quindi ricollocare il ricorrente nel turno notturno precedentemente concordato. 3 La nuova assegnazione ha, come illustrato dal ricorrente, comportato per lo stesso una decurtazione retributiva.

Più nello specifico è stato riferito che, a fronte di una retribuzione mensile di € 1500 netti mensili, dopo l'assegnazione al turno diurno, la retribuzione è stata pari a € 1200.

Tale minor guadagno risulta causalmente collegato con la decisione che si è ritenuta illegittima e, pertanto, può essere risarcito.

Il ricorrente ha domandato un risarcimento pari al 40% del danno patrimoniale patito. Il criterio può essere condiviso, il danno può essere pertanto quantificato in € 480. Nessun ulteriore danno va riconosciuto non essendovi stata una puntuale allegazione a riguardo.

P.Q.M.

Il tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

-accoglie il ricorso e, per gli effetti, dichiara illegittima la modifica dell'orario del ricorrente attuata con provvedimento del 6 aprile 2018 e, per gli effetti, condanna la società a ripristinare l'orario originario assegnando il ricorrente al turno notturno 23 - -5,40 e a risarcirlo liquidando per tale voce la somma di €, oltre interessi. condanna la società alla rifusione delle spese processuali liquidate in € oltre accessori di legge.

Milano 31 ottobre 2019

Il giudice

Dott.ssa Sara Manuela MOGLIA