

# Scelta della sede di lavoro da parte del familiare di portatore di handicap

**Claudio Zambrano** *Avvocato, Studio Legale Avv. Pietro Zambrano e Ass.ti, Milano*

*Ha collaborato Valentina Sorrentino, Avvocato, Milano*

*Le Sezioni Unite della Cassazione si pronunciano sul diritto all'assegnazione della sede più vicina per il coniuge del portatore di handicap, subordinandolo peraltro alle esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro*

**Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7945**

*Pres. Carbone; Rel. Vidiri*

## **Trasferimento del familiare di portatore di handicap - Diritto - Coordinamento con le esigenze aziendali - Necessità**

Alla stregua della legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, il diritto del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - con l'interesse della collettività. Considerazioni, queste, la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica.

### **Il caso in oggetto**

Anna D., residente in Foggia con il marito portatore di handicap, veniva assunta, a seguito di un concorso, alle dipendenze del Ministero dell'economia e delle finanze. Al momento dell'assegnazione delle sedi la Signora, invocando l'art. 33, legge 5.2.92, n. 104, chiedeva di essere destinata a Bari come addetta alla segreteria della locale Commissione provinciale tributaria, ove risultava la vacanza di un posto. Il Ministero invece la destinava a Lodi. Il Tribunale di Foggia, adito dalla

lavoratrice, affermava il suo diritto alla sede di Bari e condannava il Ministero a risarcirle il danno costituito dalle spese che ella aveva dovuto sostenere per stabilirsi temporaneamente a Lodi. La decisione veniva confermata dalla Corte d'Appello di Bari, in quanto, tra l'altro, il Ministero non aveva provato l'esistenza di alcun inconveniente per la pubblica amministrazione derivante dall'assegnazione della lavoratrice alla sede di Bari. Il Ministero proponeva quindi ricorso per cassazione; la S.C., con la sentenza in commento, rigettava il ricorso. Tale pronuncia a Sezioni Unite, non priva di interessanti spunti in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo e di prova del danno non patrimoniale, si segnala soprattutto per l'interpretazione che ha dato dell'art. 33, c. 5, l. 104/1992 cit. e del beneficio da esso riconosciuto.

### **La qualificazione del beneficio e il principio di diritto affermato**

L'art. 33, c. 5, l. 104/1992 cit., come modificato dalla legge n. 53/2000, statuisce che: *«Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede»*. Uno dei principali problemi applicativi da essa sollevati è consistito nella difficoltà di definire la portata del diritto riconosciuto dal legislatore. La lettera della norma (*«ove possibile»*) suggerisce che l'intento del legislatore non fosse quello di riconoscere al familiare del disabile un diritto assoluto. In tal senso si esprime anche la sentenza *de qua*, nel solco della consolidata giurisprudenza.

**Trattasi di un vero e proprio diritto, che però non è «assoluto o illimitato»**, bensì va coordinato con le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e non può essere fatto valere allorquando - alla stregua di un equo bilanciamento di diritti, tutti con rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere in ma-



niera consistente tali esigenze e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - con l'interesse della collettività (conformi, tra le altre, Cass. 27.5.2003, n. 8436; Cass. 29.8.2002, n. 12692; Cass. 20.1.2001, n. 829; Cass. 6.4.1999, n. 3306; Trib. Grosseto 4.5.2007; secondo P. Milano 6.12.1995, detto limite opera solo con riferimento al diritto di scelta e non anche per l'opposizione al trasferimento; così anche circ. Min. lav. 28/1993). Affermazioni non dissimili si ritrovano nella giurisprudenza amministrativa in materia, sebbene alla qualificazione di «diritto condizionato» sia preferita quella di «interesse legittimo», che cede di fronte a riconosciute superiori esigenze organizzative dell'Amministrazione, identificabili con il buon andamento del servizio (Tar Lazio-Roma, sez. I-*quater*, 22.3.2007, n. 2488). Tali esigenze possono assumere diverso contenuto. Quelle organizzative in particolare possono consistere nella conservazione della efficienza dell'organizzazione aziendale. Così ad es. CdS 20.1.1997, n. 369/1996, parere, CS 1997, I 1170 ha precisato che il giudizio *de quo* deve considerare anche la «comparazione con qualsiasi altro dipendente da destinare allo svolgimento delle medesime funzioni». Nell'esaminare i modi concreti in cui si realizza il bilanciamento tra interessi del lavoratore e dell'azienda, la giurisprudenza ha sovente affermato che il diritto al trasferimento nella sede più vicina al proprio domicilio è condizionato dall'esistenza di posti vacanti in organico presso la sede di destinazione (CdS, sez. III, 26.9.2000, n. 1623, CS 2000, I 2802; Trib. Modica 12.7.2000, in *DL* 2001, II, 458; cfr. anche circ. Inpdap n. 34/2000 e nuovo art. 42-*bis*, legge n. 151/2001 - Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle Pa, inserito con legge finanziaria 2004) e che la prova della disponibilità di posti compete al lavoratore (Trib. Roma 9.7.2001). Peraltro secondo un orientamento sarebbe sufficiente ad integrare il requisito della oggettiva possibilità del trasferimento la disponibilità di posti presso la sede indicata, secondo altri sarebbe necessaria anche la prova della possibilità di operare il trasferimento senza compromettere l'efficienza del servizio reso nell'attuale sede di lavoro (cfr. Tatarelli, *Sul diritto del lavoratore con familiare handicappato alla scelta del luogo di lavoro*, in *Mgl* 1999, 925). La lettera della norma ed i principi generali in tema di onere della prova suggeriscono però di addossare al lavoratore la sola prova dei requisiti di cui all'art. 33, c. 5, cit. e non anche quella della possibilità che il datore ha di soddisfare tale diritto. Va quindi salutata con favore la precisazione operata dal-

la sentenza in commento, secondo la quale **la prova delle «esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro» impeditive del diritto alla scelta della sede fa capo, appunto, al datore di lavoro** (in senso conforme Cass. 12692/2002 cit.; Trib. Roma 28.5.1999). A tale conclusione conducono sia la lettera della legge sia la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro sia, infine, il consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di trasferimento ex art. 2103, ult. comma, c.c., secondo cui le ragioni tecniche, organizzative e produttive poste a base del trasferimento devono essere provate dal datore di lavoro. **Alla necessità di prova rigorosa delle esigenze impeditive si collega il quesito se il provvedimento di diniego abbisogni o meno di motivazione.** La problematica in oggetto nasce nella giurisprudenza in tema di trasferimento, perché l'art. 2103 c.c. parla di «*comprovate*» ragioni legittimanti il trasferimento. L'orientamento che si è consolidato in materia dopo Cass., S.U., 15.7.1996, n. 4572 è il medesimo sviluppatosi per il beneficio di cui all'art. 33, c. 5 cit., per cui, in analogia anche con le norme in tema di licenziamento individuale, il diniego da parte del datore non deve essere necessariamente motivato, salvo ci sia una specifica richiesta in tal senso da parte dell'interessato (Cass. 29.8.2002, n. 12692; Cass. 18.2.1994, n. 1563). Nel bilanciare i vari interessi in gioco la giurisprudenza ha dovuto affrontare diversi problemi, che per ragioni di economia espositiva non possono essere analizzati in questa sede. Si pensi alla possibilità per il datore di negare il trasferimento adducendo la volontà di lasciare scoperto il posto vacante (in senso positivo Tar Sicilia 22.7.1998, n. 1580) o alla necessità di procedere ad una valutazione comparativa tra le posizioni dei lavoratori in caso di concorso di più domande di trasferimento per una medesima sede (cfr. Tar Sardegna 17.3.1994, n. 166). Rilevante invece, in quanto trova incidentalmente spazio nella pronuncia in oggetto, è il problema connesso all'interpretazione dei presupposti del beneficio in parola ed, in particolare, del presupposto dell'assistenza continua.

#### **La continuità dell'assistenza: presupposto o anche fine della norma?**

La giurisprudenza ha ora allargato ora ristretto le maglie applicative della norma, specie con riferimento all'interpretazione del presupposto della continuità dell'assistenza. La sentenza in esame, nel chiarire la *ratio* dell'art. 33, c. 5, l. 104/1992, consistente nella «*tutela della salute psico-fisica del*

portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti», richiama una pronuncia della **Consulta (la n. 325/1996)**, emessa quando ancora la legge richiedeva la convivenza con il disabile e relativa proprio alla legittimità costituzionale di una tale condizione, che poi è stata espunta dal legislatore. La Corte Costituzionale in tale decisione aveva affermato che non deve essere dato un rilievo eccessivo alla disposizione contenuta nel c. 5, art. 33, legge cit., in quanto «non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare» e che la misura in oggetto è solo una tutela aggiuntiva, posta a salvaguardia dell'assistenza «in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture drammatiche». Sulla scorta di tale pronuncia si è formato un orientamento restrittivo in giurisprudenza, che riconosce il presupposto della norma nel fatto che il lavoratore che chiede il trasferimento assista già con continuità il familiare portatore di handicap e non si tratti quindi di instaurazione *ex novo* o di ripristino di un'assistenza interrotta anche se per prestare servizio altrove (*ex plurimis* Tar Lazio 8.1.2008, n. 74; Cass. 2.11.2006, n. 23526, in *Fam e Dir.* n. 4/2007, 341; Corte App. Milano 14.6.2006). L'assistenza in via continuativa è infatti presupposto - si precisa - e non fine del trasferimento (Tar Lazio 9.1.2008, n. 110). Nella medesima direzione, in senso ancora più restrittivo e in ragione del termine «scegliere» adoperato dal legislatore, altre pronunce hanno limitato l'applicabilità della norma al solo momento della costituzione del rapporto, non ritenendola applicabile nel caso si renda necessario nel corso del rapporto l'avvicinamento al parente disabile (Trib. Roma 17.3.2003, in *Lav. nella Giur.* 2003, 1178; Trib. Torino, ord. 17.11.2003 e 18.10.2003; Corte App. Venezia 29.9.2000; Trib. Firenze 25.9.1996). Portare però alle estreme conseguenze detto orientamento significa negare ingiustificatamente tutela in tutti i casi in cui la situazione di handicap si manifesti in epoca successiva all'assegnazione della prima sede (per nascite, eventi traumatici, incidenti invalidanti...) o, peggio ancora, nei casi in cui, pur sussistendo di fatto la situazione di handicap alla data dell'assunzione, la stessa non risulti ancora certificata da parte dell'apposita commissione sanitaria nel momento di assegnazione della prima sede di lavoro (Trib. Bari 16.2.2004 cit.). Non si tratta quindi - come ha affermato la Consulta - di attribuire un peso eccessivo alla norma, ma di conservarle la giusta dimensione. Sebbene meno aderente alla lettera della norma appare pertanto più rispon-

dente alla sua *ratio* quel filone giurisprudenziale che, da un lato, tende a riconoscere tutela in «tutti quei casi in cui, ancorché si sia verificato l'allontanamento dal nucleo familiare per ragioni di lavoro, siano comunque rimasti stretti legami di assistenza materiale e morale tra il lavoratore e il soggetto handicappato, nell'attesa di ripristinare la convivenza proprio mediante il richiesto trasferimento in sede» (CdS, sez. III, parere 10.12.1996, n. 1813; cfr. anche Tar Lazio, sez. I-quater, Roma 13.5.2005, n. 3746; Trib. Roma 9.7.2004, CdS, sez. VI, n. 2683/2003; CdS 17.10.2000, n. 1623) e, dall'altro, riconosce **rilevanza ai casi in cui la necessità di assistenza sorga dopo il momento dell'assunzione** (Trib. Bari 16.2.2004; Trib. Milano 15.6.2000; Trib. Roma 12.6.1999; CdS, comm. Spec. 19.1.1998, n. 394; *contra* CdS, sentenza n. 325/1996). L'espressione «con continuità» riferita all'assistenza di cui all'art. 33, c. 5, legge cit. - che non necessariamente presuppone la convivenza - dovrebbe più propriamente intendersi come riferita alla necessità che lo stato di handicap abbia una gravità tale da richiedere un tale tipo di assistenza. È evidente infatti che non è l'assistenza continuativa in sé che giustifica il beneficio, bensì la circostanza che tale assistenza si renda necessaria in ragione dello stato di handicap (Cass., sez. lav., 27.5.2003, n. 8436). Del resto che la norma in parola sia riferita ai soli casi di **handicap grave** è riconosciuto dalla giurisprudenza maggioritaria (Corte Cost. n. 246/1997; Tar Lazio n. 7000/1998; CdS n. 3038/1995; CdS n. 185/1996; CdS n. 1051/1996; CdS n. 1683/1997; *contra* Trib. Modica 12.7.2000 cit.). La materia è delicata e probabilmente richiederà un ulteriore intervento della Consulta che, d'altra parte, ha di recente dimostrato una particolare sensibilità in relazione ai diritti delle persone disabili con le sent. 16.6.2005, n. 233 e 8.5.2007, n. 158, entrambe relative all'illegittimità costituzionale dell'art. 42, c. 5, Dlgs 151/2001 nella parte in cui non prevede il diritto a fruire del congedo ivi indicato rispettivamente per fratelli e sorelle e per il coniuge, conviventi con soggetto in situazione di handicap grave.

### Conclusioni

Alla luce di quanto detto appaiono condivisibili le tesi espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento in merito alla non assolutezza del diritto in parola. Meno condivisibile è invece il richiamo al discusso precedente di Corte Costituzionale, anche perché relativo ad un testo normativo di differente formulazione e non indispensabile per risolvere il caso di specie.