

Tribunale di Livorno

Sezione lavoro

N 79/2016 RG

Il Giudice, dott.ssa Francesca Sbrana,

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 31.3.2016,

osserva

Con ricorso ex art 700 c.p.c., [REDACTED] adiva il Giudice del Lavoro per sentire, in accoglimento del ricorso cautelare, ordinare a [REDACTED] S.p.a. il trasferimento dalla attuale sede di Livorno a quella disponibile più vicina alla città di Cremona, con i provvedimenti di urgenza ritenuti più idonei.

Allegava al riguardo il ricorrente di essere dipendente a tempo indeterminato della convenuta, inquadrato nella cat 4 area operaia CCNL Petrolio, con mansioni di operatore di produzione, assegnato alla Raffineria [REDACTED] di Livorno; di avere fruito, dal 26.3.2014, di permessi retribuiti ex art 33 comma 3 legge 104/92 per assistere la madre residente in Cremona, invalida al 100%, *"portatrice di handicap in quanto affetto da esiti di ictus cerebrale con emiparesi destra stabilizzata e concomitante sindrome ansiosa reattiva"* (doc 2) ; deduceva come la richiesta di trasferimento inoltrata da più di un anno ed i vari solleciti successivi fossero rimasti inevasi, tanto che si vedeva costretto a fruire del congedo straordinario dal lavoro per assistenza di familiare con grave disabilità, ai sensi dell'art 42 comma 5 Dlgo 151/2001 , dapprima con scadenza 10.1.2016, e quindi con scadenza 30.6.2016. Argomentava pertanto parte ricorrente in punto di *fumus boni iuris e periculum in mora*, instando per le superiori conclusioni.

Si costituiva la convenuta, contestando la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso cautelare.

Fallito il tentativo di conciliazione, la causa veniva istruita sulle circostanze ritenute indispensabili ai fini del decidere e quindi infine trattenuta in riserva in esito alla discussione dei procuratori all'udienza indicata .



Il ricorso deve trovare accoglimento per quanto di ragione.

Recita il comma 5 dell'art 33 legge 104/92: *"Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"*. A norma del comma 3 richiamato, la disposizione si riferisce al lavoratore dipendente che assiste persona con handicap in gravità, a condizione che detta persona non sia ricoverata a tempo pieno.

Risulta poi principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui il diritto di cui all'art. 33, commi 5 e 6, della l. n. 104 del 1992, è riconosciuto e può essere esercitato, sia al momento dell'assunzione che in costanza di rapporto (Cass Sez. L, *Sentenza n. 16298 del 03/08/2015*).

Inoltre, non sussiste dubbio che la disposizione di cui al comma 5 dell'art 33 legge 104/92 risulti applicabile al ricorrente, il ██████████ risultando già fruire di permessi per assistere la madre disabile, riconosciuti dall' INPS a norma del citato art 33 comma 3 Legge 104/92, né risulta in questione la condizione di soggetto in situazione di handicap grave (vedi doc 1 fasc ricorrente).

I requisiti indicati dall'art. 33 comma 3 legge 104/92, come novellato dalla L. n. 183/2010, art. 24, comma 1, lett. a), che accomunano ora la disciplina dei permessi retribuiti a quella del trasferimento, risultano i seguenti: *"A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa..."*. Sul piano sistematico, come affermato con condivisa motivazione dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione (Sez Unite, sentenza n. 16102/2009), la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla norma, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro, devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale che - collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della L. n. 104 del 1992, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei soggetti con disabilità - ha precisato e circoscritto la discrezionalità del legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione



del portatore di handicap, mediante l'interrelazione e l'integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. Corte cost. n. 406 del 1992; id., n. 325 del 1996) ed ha più volte posto in evidenza la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile (da ultimo, Corte cost. 329/2011 e, in precedenza, Corte cost. 233/2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile (si vedano, fra le altre, sent. nn. 158 del 2007 e 350 del 2003). D'altro canto, la finalità della legge n. 104/1992 – per come emerge anche dalla giurisprudenza costituzionale – è in linea con i principi affermati anche nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità - adottata dall'Assemblea generale il 13 dicembre 2006 e ratificata, nel nostro ordinamento, con la L. n. 18 del 2009 -, ove vengono definite, per persone con disabilità, *"coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri"* (art. 1); per *"accomodamento ragionevole"*, vengono intese *"le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali"* (art. 2), e viene enunciato, fra l'altro, l'obbligo per gli Stati di *"garantire e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo sulla base della disabilità"*, con l'impegno di adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura adeguate ad attuare i diritti riconosciuti nella Convenzione e di adottare tutte le misure, incluse quelle legislative, idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità (art.4).

Siffatta ricostruzione si pone in linea con i canoni interpretativi della tradizione costituzionale comune agli Stati membri dell'Unione, affermati dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 che, oltre alla protezione della salute umana, al capo 3 specificamente riconosce e tutela i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26). In quest'ottica, le misure previste dall'art. 33, comma 5, legge 104/1992 devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 Cost., comma 2 - che trova attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un



lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare, e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali. Ed in tal senso, anche la prima delle novelle, introdotta con L. n. 53 del 2000 (con la tutela riconosciuta al lavoratore che provveda all'assistenza del familiare disabile a condizione che vi fosse convivenza) pone in evidenza che l'agevolazione assolve contestualmente alla ratio di garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare e di non privare la persona con disabilità dell'assistenza del familiare che se ne prende cura, compromettendone la tutela psico-fisica (cfr. Corte Cost. n. 19 del 2009).

In sostanza, può dunque affermarsi che il destinatario della tutela accordata con art 33 legge 104/92 è la persona disabile, in quanto inserita nel nucleo familiare del lavoratore e quest'ultimo solo quale strumento per assicurare la anzidetta tutela. L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza pertanto, per quanto qui interessa, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, laddove, appunto, il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza.

Tanto premesso, ne consegue che, se un bilanciamento di interessi è previsto, in via generale, per tutti i trasferimenti (atteso anche il disposto dell'art. 2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, ancora lo *ius variandi* datoriale a "*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*", e posto che ogni trasferimento può avere ricadute pregiudizievoli per il lavoratore ed il nucleo familiare), certamente grava sul datore di lavoro un maggiore e più stringente onere probatorio laddove si discuta, come nel caso di specie, del diritto del lavoratore ad assicurare assistenza al familiare disabile.

L'assolvimento di tale onere, pertanto, deve essere, in questo caso, sottoposto ad un vaglio di maggior rigore, per il criterio di bilanciamento di interessi e di diritti aventi copertura costituzionale.

In tale contesto di valutazione e cornice di valori, dunque, deve essere letto ed interpretato l'inciso "*ove possibile*", cui la legge subordina il diritto del lavoratore al fine di salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita, evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento o mancato trasferimento del congiunto. Ne consegue che l'unica lettura possibile della citata disposizione (anche in ragione dei principi fissati dalla richiamata sentenza delle Sezioni unite n. 16102 del 2009, dalla



Convenzione dell'ONU del 13 dicembre 2003 sui diritti delle persone con disabilità recepita dalla Legge n. 5 del 2009) è quella costituzionalmente orientata, in considerazione dei valori coinvolti (cfr per affermazione del principio, Cass. Sez. L, *Sentenza n. 9201 del 07/06/2012*).

In conclusione, quindi, il diritto del lavoratore ad essere trasferito ad altra sede lavorativa – nei termini in cui si traduce in espressione del diritto all'assistenza del familiare comunque disabile – non può essere compresso, a meno che non risultino provate da parte del datore di lavoro (da valutarsi con il particolare rigore imposto dai valori costituzionali in gioco), specifiche esigenze datoriali che, in un equilibrato bilanciamento tra interessi, risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte.

Nel caso di specie, non risultano essere state addotte e provate, dalla società convenuta, ragioni capaci di incidere sul diritto del disabile a ricevere, anche nell'ambito della comunità familiare che l'assiste, una tutela della sua persona nei suoi diversi aspetti (assistenziali, sanitari e di relazioni affettive e sociali).

Invero, da un lato deve dirsi incontestato che ██████████ s.p.a disponga di numerose sedi, dislocate sul territorio nazionale, molte delle quali, anche indicate in ricorso, distanti poche decine di chilometri dalla residenza della madre disabile del ricorrente; dall'altro, risulta altresì incontestato che la sede di Fiorenzuola D'Arda presenti copertura organica di una unità e impieghi attualmente due risorse in distacco dal sito di Gela .

A fronte della disabilità e della situazione di gravità del familiare assistito dal ricorrente, il datore non ha addotto elementi in grado di dimostrare esigenze organizzative tali da giustificare, nell'anzidetto bilanciamento di interessi a copertura costituzionale, il sacrificio del diritto del disabile alla assistenza familiare finora assicurata.

In sostanza, parte convenuta-su cui gravava il relativo rigoroso onere di cui si è detto – non ha dimostrato che l'esercizio del diritto al trasferimento del lavoratore a sede più vicina alla residenza del familiare assistito leda *“in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda”* (Cass Sez. L, Ordinanza n. 18223 del 05/09/2011), né ha provato la sussistenza *“di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte”* (Cass . sez L, Sentenza n. 9201 del 07/06/2012), non potendo a tal fine risultare idonea la valutazione che si demanda all'informatore – ovvero che *“il trasferimento del sig ██████████ depauperava la sede di*



Livorno di un'unità produttiva indispensabile ed arrecherebbe un danno organizzativo" (cap 1 memoria). La circostanza, invero, oltre ad implicare una valutazione, peraltro scontata ed insita in ogni trasferimento, risulta anche genericamente affermata e nulla dice circa le specifiche esigenze organizzative che precluderebbero l'esercizio del diritto al trasferimento nel caso di specie.

D'altro canto, non può risultare sufficiente una scoperta di organico di tre unità (vedi doc 5 fasc convenuta e quanto al riguardo dichiarato da S. [redacted] alla udienza del 3.3.2016) o la esistenza di altri dipendenti che beneficiano di ore di permesso, per ritenere provato il danno *consistente* che verrebbe arrecato alle esigenze organizzative o economiche aziendali. Invero, non possono, da un lato, non considerarsi le dimensioni aziendali e la diffusa presenza della società sul territorio nazionale (circostanze, queste, che consentono al datore di disporre di un ampio organico e di alternative di dislocazione territoriale) e, dall'altro, il diffuso ricorso all'impiego - ammesso da stessa parte datoriale e dal teste [redacted] - di lavoratori in distacco provenienti dal sito di Gela, sia presso la sede livornese che presso altre sedi (indicate anche dal ricorrente nella sua richiesta di trasferimento), impegnati quindi indistintamente, per sopperire a scoperture, sia presso la sede di provenienza che presso quella di auspicata destinazione.

Lo stesso informatore [redacted] ha poi ammesso come, da pochi giorni, sia stata inserita, proprio presso il reparto SOI di Livorno, cui è addetto il ricorrente, una ulteriore unità in distacco dal sito di Gela, oltre ad un neoassunto in formazione, ed ha altresì confermato - oltre alla attivazione di procedure di mobilità anche sul sito livornese - che l'impianto mai ha funzionato ad organico pieno negli ultimi due anni (*"Io sono a Livorno da circa due anni ed a memoria non mi pare di ricordare in questo tempo che si sia stato organico pieno, dovrei verificare.."*); mentre resta assolutamente irrilevante la allegazione di stati di agitazione sindacale, riguardanti altri reparti (reòparto laboratorio e movimentazioni: vedi dichiarazioni di Spinosa al riguardo) e solo genericamente afferenti anche "altre carenze in altri reparti" (vedi ancora dichiarazioni di [redacted] e dichiarazione anche di Giusti all'ud. del 3.3.2016).

Resta poi il dato che il [redacted] sta già fruendo, da circa 7-8 mesi, di un periodo di congedo, e neppure a fronte di tale assenza prolungata il datore ha saputo assolvere all'onere di allegazione e prova del consistente danno che da questa sarebbe derivato alle esigenze aziendali.

In definitiva, parte convenuta non ha dedotto, con allegazioni specifiche e concrete, le ragioni che porterebbe a configurare il chiesto trasferimento del ricorrente come lesivo, in misura



consistente, delle esigenze economiche ed organizzative, né ha saputo indicare quali sarebbero le esigenze aziendali “*insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte*” (e pur a fronte delle puntuali allegazioni e deduzioni, al riguardo, invece, operate da parte ricorrente), e non potendo certo intendersi precluso –alla luce dei principi di diritto sopra esaminati – il diritto del lavoratore al trasferimento (e quindi a prestare assistenza al familiare disabile) sol perché implicante una qualche forma di riorganizzazione datoriale.

Quanto al *periculum in mora*, esso deve ritenersi sussistente attesa, da un lato, per quanto sopra esposto, la rilevanza costituzionale dell’interesse alla tutela del disabile ed a garantire allo stesso continuità di assistenza, affettiva e di promuovimento del suo benessere psico-fisico (il cui sacrificio, per gli evidenti ed immediati riflessi sulla salute, non risulterebbe suscettibile di ristoro economico successivo) e, dall’altro, considerati i tempi necessari alla instaurazione del contraddittorio in un giudizio ordinario, nonché i tempi della decisione, che non potrebbero certamente essere contenuti entro la scadenza del periodo di congedo di cui il ricorrente sta attualmente fruendo (giugno 2016).

Deve dunque essere accertato e dichiarato il diritto del ricorrente ad essere trasferito ad una delle sedi tra quelle indicate in ricorso, ai sensi dell’art 33 comma 5 legge 104/92.

Quanto alle spese, esse seguono la soccombenza e sono liquidate, avuto riguardo ai parametri di cui alle tabelle allegate a dm 55/14, in euro 3.200,00 in relazione a natura e valore della causa, attività svolta ed impegno processuale.

PQM

Decidendo sul ricorso ex art 700 c.p.c. proposto da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] S.p.a.:

Accerta e dichiara il diritto del ricorrente, e per l’effetto dichiara tenuta la parte convenuta, al trasferimento del [REDACTED] ad una delle sedi tra quelle indicate in ricorso, ai sensi dell’art 33 comma 5 legge 104/92 .

Condanna Eni S.p.a. a rifondere controparte delle spese di lite, liquidate in euro 3.200,00 oltre IVA, cpa e 15% per rimborso forfettario delle spese generali.



Si comunichi.

Livorno, 01.04.2016

Il Giudice

Dott.ssa F. Sbrana

