



Diritto alla scelta della sede di lavoro per l'assistenza al parente portatore di handicap

ex art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104

L'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, dispone 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?”*¹.

A cura dell'Avvocato
MASSIMO FERRARI
Studio Legale
in Reggio Emilia

La disposizione deve integrarsi con quanto disposto dall'art. 20 della legge 8 marzo 2000, n. 53, a tenor del quale *“Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 19 della presente legge, si applicano anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto nonché ai genitori ed ai familiari lavoratori con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente?”*².

Tale beneficio rientra nell'ambito di quelli *“... concessi alla persona handicappata, sia pure in via indiretta, in quanto rivolto al riconoscimento di agevolazioni a persone che debbono accudire il soggetto menomato”*³. La disposizione non prevede pertanto *“... privilegi per i parenti del portatore di handicap in quanto tali, ma solo delle agevolazioni, ove siano necessarie e funzionali all'assistenza dell'individuo affetto dalla menomazione”*, connessi al riconoscimento, in capo al soggetto handicappato, *“di una sorta di “status”*” riconducibile alla nozione fornita dal legislatore all'art. 3 della legge n. 104/92⁴ ed acquisibile secondo le specifiche modalità di accertamento previste dal successivo art. 4^{5 6}.

Sulla base di tale assunto la Suprema Corte non ha ritenuto condivisibile la tesi del Tribunale del merito volta ad affermare l'ammissibilità di un accertamento meramente incidentale⁷ in caso di domanda giudiziaria proposta non già direttamente dal soggetto portatore di

handicap, bensì dal parente dello stesso ai fini di opporsi al disposto trasferimento⁸, affermando che *“... allorché presupposto per la concessione di una agevolazione diretta o indiretta in favore dell'handicappato, è la sussistenza o meno di una situazione di handicap (... omissis ...), tale situazione deve essere accertata con lo strumento specifico indicato dalla legge, cioè l'accertamento effettuato dalle Commissioni Mediche di cui al cit. art. 4, ferma restando la possibilità di contestare nelle sedi competenti la loro determinazione?”*⁹.

La disposizione in esame pone, in primo luogo, in sede di costituzione del rapporto di lavoro, un limite al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa nonché in seguito, in sede di svolgimento dello stesso, un ulteriore limite, oltre alle *“comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”* di cui al primo comma dell'art. 2103 al potere unilaterale di trasferimento¹⁰ del lavoratore ad altra unità produttiva.

Peraltro la situazione giuridica volta al riconoscimento del richiamato beneficio non può essere ritenuta espressione di un diritto soggettivo assoluto e privo di condizioni: *“Ed invero, come è dimostrato dall'inciso “ove possibile”, ... omissis ..., il diritto alla effettiva tutela dell'handicappato, al cui perseguimento devono partecipare anche lo Stato, gli enti locali e le Regioni, nel quadro dei principi posti dalla legge e secondo le modalità e i limiti necessari ad assicurare l'effettiva soddisfazione dell'interesse comune – non può esser fatto valere, alla stregua del generale principio del bilanciamento degli interessi, allorché l'esercizio del diritto stesso venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, perché tutto ciò – segnatamente per quanto attiene i rapporti di pubblico impiego – non può tradursi in un danno per la collettività”*^{11 12}.



Più complessa ed articolata la questione di come concretamente debba realizzarsi il bilanciamento tra i contrapposti interessi aziendali e del lavoratore, rilevandosi in proposito in giurisprudenza orientamenti divergenti sia con riferimento alla mera sufficienza di posti vacanti, che alla possibilità, da parte del datore di lavoro, di negare il trasferimento in base alla mera dichiarazione di volontà di lasciare scoperta la sede ovvero alla necessità di soppressione del posto mediante formale provvedimento, nonché in ordine alla distribuzione del relativo onere probatorio¹³.

Quanto all'obbligo di motivazione da parte del datore di lavoro dell'eventuale diniego del richiesto trasferimento si ritiene che lo stesso, in conformità alla soluzione interpretativa sviluppatasi in riferimento al trasferimento disposto ai sensi dell'art. 2103 c.c.¹⁴, sorga solo a seguito di una esplicita richiesta in tal senso da parte dell'interessato¹⁵.

In riferimento alla portata applicativa della disposizione in esame si ritiene, da parte della giurisprudenza prevalente, che la stessa risulti finalizzata a garantire esclusivamente la continuità dell'assistenza già in

atto¹⁶, onde evitare traumatiche interruzioni della stessa.

Ne deriva, quindi, che la norma “... stante il requisito dell'assistenza continuativa, non prevede il diritto del lavoratore – familiare del portatore di handicap – al cambiamento del luogo di lavoro in conseguenza della mutazione della situazione assistenziale, essendo, invece, esclusivamente orientata alla tutela del disabile attuata attraverso il riconoscimento a un familiare del “diritto alla sede di lavoro” che si limita, per i rapporti già costituiti (altro è per i rapporti di prima instaurazione: “diritto di scegliere”) a mantenere ferma una situazione evitandone la modifica a causa dell'attività lavorativa del familiare medesimo”¹⁷.

Ciò comporta che, in base a tale orientamento, nessun tipo di tutela, in base alla normativa in esame, può essere riconosciuta a chi aspiri al trasferimento della sede di svolgimento della prestazione lavorativa per poter ripristinare una assistenza interrotta¹⁸ ovvero per instaurarne una nuova in base alle necessità di assistenza, anche sopravvenute, del parente o affine¹⁹.

¹ L'attuale formulazione è quella risultante dopo le modifiche introdotte dall'art. 19, comma 1, lett. b), della legge 8 marzo 2000, n. 53, con la quale è stato soppresso l'ulteriore requisito, originariamente previsto, della convivenza con il soggetto portatore di handicap.

² In relazione alla effettiva portata di tale modifica merita riportare quanto recentemente osservato da TAR, Lazio – Roma, Sez. I bis, 7 giugno 2007, n. 526: “... l'eliminazione del requisito della convivenza operato dalla novella del 2000, ha rimarcato ancora di più la necessità dell'esclusività dell'assistenza, ribadendo, all'art. 20, la necessità dell'assistenza continua in via esclusiva, con l'effetto di ampliare senz'altro il numero dei casi nei quali il beneficio dell'avvicinamento di sede può essere esercitato ma, per altro verso, ha ristretto la categoria dei beneficiari, posto che solo il dipendente, unico parente o affine, entro il terzo grado, in grado di prestare l'assistenza necessaria, può richiederlo”. In ordine alla conseguenze derivanti dalla presenza, nell'ambito dei familiari, di più persone idonee a fornire l'assistenza al portatore di handicap ai fini della valutazione dell'esclusività dell'assistenza e sulla distribuzione del relativo onere probatorio si veda, oltre alla sopra citata sentenza del TAR Lazio, la sentenza del Consiglio di Stato, 2 febbraio 2006, n. 793. Per Corte d'Appello Lecce, 21 dicembre 2006, n. 2475, inedita a quanto consta, la circostanza che il trasferimento della lavoratrice sia stato in precedenza disposto, a domanda della stessa lavoratrice, ai sensi dell'art. 42-bis del D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (assegnazione temporanea ad altra sede dei lavoratori dipendenti di amministrazioni pubbliche genitori di figli minori con età fino a tre anni), non osta in alcun modo al riconoscimento del requisito dell'esclusività dell'assistenza (“... la doglianza dell'amministrazione, secondo la quale dovrebbe escludersi l'esclusività dell'assistenza stante la contemporanea necessità di provvedere alle esigenze del figlio minore, risulta priva di pregio ove si consideri che l'assistenza deve essere continua e costante, ma non diuturna nell'arco della stessa giornata. Opinare diversamente porterebbe al riconoscimento del requisito dell'esclusività nelle sole ipotesi di assenza di esigenze familiari cui far fronte, rendendo l'assistenza inconciliabile anche con l'espletamento di attività lavorativa”).

³ Così Cass. Civ. Sez. Lav., 27 maggio 2003, n. 8436.

⁴ Art. 3 legge 5 febbraio 1992, n. 104: “E' persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione e di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale e di emarginazione. La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia della terapie riabilitative. Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo tale da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici. La presente legge si applica anche agli



stranieri e agli apolidi, residenti, domiciliati o aventi stabile dimora nel territorio nazionale. Le relative prestazioni sono corrisposte nei limiti e alle condizioni previste dalla vigente legislazione o da accordi internazionali?.

⁵ Art. 4 legge 5 febbraio 1992, n. 104: “Gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell’intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all’articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all’articolo 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 295, che sono integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali”.

⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 27 maggio 2003, n. 8436, cit..

⁷ Per tale intendendo non solo (o non tanto) l’eventuale accertamento effettuato *incidenter tantum* senza efficacia di giudicato, ma quello nemmeno preceduto dall’attivazione della procedura amministrativa volta ad ottenere l’accertamento dello stato di *handicap* a mezzo della commissione di cui all’art. 4 della legge 104/92.

⁸ Cfr., ancora, Cass. Civ., n. 8436/2003, cit.: “... proprio perché la agevolazioni indicate nell’art. 33 della legge n. 104 del 1992 costituiscono forme di intervento assistenziale riconosciute agli handicappati “sub specie” di agevolazioni concesse a persone che di tali individui si occupano, non sembra da condividersi la tesi del Giudice di appello, secondo cui tali agevolazioni riguarderebbero soggetti distinti dai portatori di handicap, cioè persone che, in quanto distinte dagli handicappati, sfuggirebbero all’applicazione dell’art. 4 della legge n. 104 del 1992. Opinare diversamente comporterebbe, peraltro, che, in situazioni come quelle in esame, dipendenti del medesimo datore di lavoro si vedano pregiudicati dalla posizione prioritaria del parente dell’handicappato, in forza di un giudizio, al quale non hanno partecipato, e che prescindano dall’avvenuto espletamento della procedura accertativa e, al contempo, garantistica, di cui all’art. 4”.

⁹ *Ibidem*. La contestazione (oramai solo giudiziale – cfr. art. 42, comma 3, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269) delle determinazioni delle Commissioni mediche apre peraltro le complesse (e connesse) problematiche relative alla legittimazione passiva ed all’ammissibilità di giudizi di mero accertamento. E’ noto, in proposito, l’orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla ritenuta inammissibilità dell’azione di mero accertamento dello stato di invalidità civile. Secondo tale orientamento, che non può in questa sede che richiamarsi sommariamente, l’interesse dell’invalido all’accertamento dello stato di invalidità, che potrebbe discendere dal fatto che quest’ultimo si pone quale “presupposto (ossia come antecedente in senso logico) per fare valere pretese di diverso genere”, non risulterebbe realizzabile attraverso un’azione di mero accertamento. Ciò in quanto “... le posizioni di vantaggio che la legge attribuisce all’invalido postulano non solo la ricorrenza dello stato invalidante ma anche il concorso di elementi ulteriori (... omissis ...) i quali, in caso di diniego della prestazione, devono essere dimostrati in giudizio nei confronti del legittimo contraddittore” ed inoltre in quanto “... la verifica giudiziale compiuta sulla situazione di invalidità non potrebbe essere invocata e fare stato in giudizi diversi, ossia in quelli aventi come petitum le varie pretese ...”. Secondo il richiamato orientamento pertanto “... si deve concludere che l’unica strada percorribile dall’interessato per richiedere in giudizio i benefici collegati all’invalidità, diversi dalle prestazioni economiche, è la proposizione della domanda nei confronti del titolare dal lato passivo della pretesa fatta valere. Si tratterà, ad esempio, qualora si voglia ottenere l’iscrizione nelle liste di collocamento obbligatorio, di convenire in giudizio il soggetto preposto al relativo servizio, ovvero la ASL per avere l’esenzione dal ticket sanitario, ovvero il datore di lavoro per ottenere, in ipotesi, il congedo per cure ex art. 26 legge 118/71; e si dovrà anche dimostrare in giudizio tutti i fatti costitutivi della pretesa e cioè la sussistenza dello stato invalidante e degli altri requisiti prescritti dalla legge. Si deve pertanto affermare che il legittimato passivo va individuato facendo riferimento alle regole proprie del processo, essendo la legittimazione collegata al diritto che viene fatto valere in giudizio e dovendo essere convenuto quindi il soggetto che, a seconda dei casi, è il titolare dal lato passivo della pretesa fatta valere” (così Cass. Civ., Sez. Lav., 2 aprile 2004, n. 6565. Negli stessi termini, più recentemente, si veda Corte d’appello di Milano, 18 gennaio 2007, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 945, ed ivi ulteriori richiami alla giurisprudenza di legittimità precedente). Pare quasi superfluo sottolineare le molteplicità della problematiche emergenti da tale orientamento, aggravate dalla brevità del termine decadenziale di sei mesi per la proposizione dell’azione giudiziaria, avverso le determinazioni delle Commissioni mediche, introdotto dal già citato art. 42, comma 3, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, palesemente inadeguato alle necessità connesse all’individuazione delle pretese potenzialmente azionabili (attesa la loro non necessariamente immediata rilevanza) e dei relativi soggetti passivamente legittimati. Qualora a ciò si aggiunga, con specifico riferimento alla tutela in via indiretta dei soggetti portatori di handicap, quanto affermato dalla Suprema Corte in relazione alla ritenuta legittimazione del datore di lavoro (e non dell’ente previdenziale) in tema di concessione dei tre giorni di permesso mensile in favore del lavoratore che assiste la persona disabile (cfr. Cass. Civ. Sez. Lav., 5 gennaio 2005, n. 175), con conseguente efficacia dell’eventuale giudicato solo nei confronti dello stesso, risultano di tutta evidenza i limiti della possibilità di piena tutela giudiziaria nella materia *de qua* derivanti dal descritto orientamento della giurisprudenza. Deve peraltro evidenziarsi come l’ammissibilità di un’azione di mero accertamento dello stato di invalidità, finalizzato al successivo ottenimento dei benefici da detto *status* derivanti, sia stata, sia pur solo incidentalmente, affermata da altro orientamento della Suprema Corte, in tema di accertamento finalizzato all’accesso ai benefici della normativa del collocamento obbligatorio di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 18 settembre 2002, n. 13665; 23 novembre 2006, n. 24862).

¹⁰ Con specifico riferimento alla necessità del consenso del lavoratore ai fini del suo trasferimento ad altra unità produttiva si è affermato, sebbene in relazione alla previsione di cui al 6° comma dell’art. 33, che detta tutela troverebbe applicazione anche nelle ipotesi di trasferimento collettivo, “... almeno quando, rispetto al coinvolgimento in esso dell’invalido, esista, anche solo in astratto, una alternativa il cui perseguimento motiva il mancato consenso di questi” (cfr. Pret. Milano, 17 novembre 1997, in *Lav. Giur.*, 1998, p. 426).



¹¹ Così Cass. Civ., Sez. Lav., 20 gennaio 2001, n. 829, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2001, II, p. 478 ss..

¹² Peraltro non può ritenersi costituire elemento ostativo all'opposizione al trasferimento da parte del lavoratore che assista con esclusività un parente o affine portatore di handicap, la mera circostanza che la sede di destinazione individuata dall'amministrazione vanti una percentuale di scopertura di posti maggiore di quella della sede cui il lavoratore risulta addetto, ritenendosi, in tal caso, che "... il corretto bilanciamento degli interessi induce a ritenere più razionale la scelta di soddisfare la pretesa dell'appellata in virtù della centralità della persona in situazione di handicap che permea tutta la l. 104/92". Così Corte d'Appello Lecce, 21 dicembre 2006, n. 2475, cit..

¹³ Su tutte le questioni menzionate mi sia consentito rinviare a I. Senatori, *Limiti al diritto di scelta della sede di lavoro per l'assistenza al parente handicappato: il caso dell'obiettiva impossibilità per contrasto con esigenze aziendali*, in, ed ai relativi riferimenti giurisprudenziali ivi riportati. Per l'affermazione dell'insufficienza della mera vacanza del posto, che esprimerebbe "... una mera potenzialità, che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa di coprire talune vacanze", si veda, più recentemente, Cass. Civ., Sez. Lav., 25 gennaio 2006, n. 1396.

¹⁴ A sua volta fondata sull'applicazione analogica delle norme sul licenziamento individuale e segnatamente del 2° comma dell'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

¹⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 29 agosto 2002, n. 12692.

¹⁶ Per Trib. Lecce, 1° dicembre 2005, n. 8299, (poi confermata, in sede di appello, dalla già citata Corte d'Appello Lecce, 21 dicembre 2006, n. 2475) e 28 novembre 2006, n. 8704, a quanto consta entrambe inedite, risultano meritevoli di tutela *ex art.* 33, 5° comma, della legge n. 104/92, le situazioni di assistenza instauratesi nel corso, rispettivamente, del periodo di assegnazione temporanea ad altra sede dei lavoratori dipendenti di amministrazioni pubbliche genitori di figli minori con età fino a tre anni ai sensi dell'art. 42-bis del D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e della temporanea applicazione presso altra sede dell'amministrazione.

¹⁷ Così Corte d'appello di Milano, 18 maggio 2004, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 187.

¹⁸ Sullo specifico caso del diniego della richiesta di trasferimento motivato dalla necessità di ripristinare una prestazione di assistenza in precedenza interrotta si vedano: Cass. Civ., Sez. Lav., 29 marzo 1999, n. 3027, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2000, II, p. 114 ss.; 6 aprile 1999, n. 3306; Corte d'appello di Milano, 15 marzo 2002, in *Lav. Giur.*, 2002, p. 1004, poi confermata da Cass. Civ., Sez. Lav., 8 agosto 2005, n. 16643; Cass. Civ., Sez. Lav., 2 novembre 2006, n. 23526. Con particolare riferimento alla sentenza *supra* richiamata n. 16643/2005, non può peraltro non rilevarsi come un passaggio della motivazione sembri inopinatamente lasciare spazio alla possibilità che la richiesta di trasferimento, pur non accoglibile in riferimento ad istanze volte a ripristinare situazioni di assistenza in precedenza interrotte, possa trovare accoglimento in caso di istanze volte ad instaurarne di nuove in relazione alle esigenze sopravvenute del parente o affine ("... il ricorrente, per potersi vedere riconosciuto il richiesto beneficio, avrebbe dovuto dimostrare che nel periodo precedente all'assegnazione della sede di lavoro la madre non aveva bisogno di assistenza continua ..."). Su quest'ultima questione si veda anche *infra* alla nota 19.

¹⁹ Cfr., da ultimo, T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, sentenza 09/10/2007, n. 1722. In precedenza Cass. Civ., Sez. Lav., 29 marzo 1999, n. 3027; Trib. Milano, 4 gennaio 2001, in *Lav. Giur.*, 2001, p. 795; Trib. Roma, 14 marzo 2003, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 1178; Cons. Stato 31 gennaio 2003, n. 481). In ordine alla valutazione ed alla rilevanza delle eventuali necessità di assistenza sopravvenute, mette conto peraltro rilevare come le stesse siano oggetto di compiuta valutazione da parte della Corte Costituzionale in sede di motivazione nella recente sentenza 18 aprile - 8 maggio 2007, n. 158, che ha esteso al coniuge convivente del disabile, in via prioritaria, il diritto al congedo biennale straordinario retribuito di cui all'art. 42, comma 5, del D. Lgs 26 marzo 2001, n. 151. In particolare la Consulta ha ritenuto di dover censurare l'impugnata disposizione, a mezzo di una pronuncia additiva del contenuto della stessa, in quanto "... omette di considerare, in violazione degli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, le situazioni di compromissione della capacità fisiche, psichiche e sensoriali tali da <rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione - secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 104 del 1992 - che si siano realizzate in dipendenze di eventi successivi alla nascita, ovvero in esito a malattie di natura progressiva, così realizzando un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e della integrazione del disabile nell'ambito di un nucleo familiare in cui ricorrono le medesime esigenze che l'istituto in questione è destinato a soddisfare". Pare, in proposito, non superfluo evidenziare come la questione inerente le sopravvenute necessità di assistenza del congiunto fosse già stata posta in precedenza all'attenzione della Corte nell'ambito della valutazione della limitata portata applicativa della disposizione in commento in questa sede, in riferimento ad una ritenuta "... irrazionale disparità di trattamento fra l'ipotesi in cui il portatore di handicap riceveva già assistenza e quella -altrettanto meritevole di tutela - in cui l'esigenza sorga quando il lavoratore non è convivente, e si renda quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto". In proposito la Corte, con sentenza 29 luglio 1996, n. 325, nel respingere, con più che succinta motivazione, la questione di legittimità proposta, ebbe ad osservare: "L'ordinanza solleva una questione che richiede attenzione, tanto sono importanti i valori costituzionali che concorrono alla protezione del portatore di handicap. Ma occorre aggiungere che, seguendo l'impostazione del giudice "a quo", si rischia di dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, sì che il legislatore ha, con la legge n. 104 del 1992 (legge quadro), ragionevolmente previsto - quale misura aggiuntiva - la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza. Tale misura è razionalmente inserita nel complesso normativo cui si è accennato, e senza escludere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa in futuro rivedere ed eventualmente ampliare l'art. 33, comma 5, deve qui dichiararsi insussistente la lamentata disparità di trattamento, con conseguente infondatezza della questione".