

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 31 luglio 2009, la Corte d'Appello di Reggio Calabria respingeva il gravame svolto da _____ dipendente della _____ s.p.a., contro la sentenza di primo grado che aveva rigettato la domanda con la quale era stata impugnato il trasferimento da Reggio Calabria a Castrovillari, disposto dalla società in data 7 febbraio 1997, sul rilievo che il fratello del _____ era stato giudicato dalla competente Commissione non in condizione di gravità e che tanto escludeva il diritto del dipendente di opporsi al trasferimento alla stregua dell'art. 33, comma 5, L. 104/1992.
2. La Corte territoriale puntualizzava che :
 - il primo giudice aveva fondato il rigetto della domanda sulla diagnosi di "persona handicappata non in situazione di gravità" formulata dalla competente Commissione per l'accertamento dell'handicap, in esito alla visita alla quale era stato sottoposto il fratello del dipendente;
 - proponeva gravame il dipendente asserendo che l'art. 33, comma 5 della legge n.104 cit. faceva riferimento a persone con handicap senza aggiungere la qualificazione dell'accertata gravità e che la limitazione della tutela sulla quale il primo giudice aveva fondato la sua statuizione comportava violazione di principi costituzionali.
3. A sostegno del *decisum* la Corte territoriale riteneva quanto segue:
 - le agevolazioni previste dall'art. 33 della legge n.104 del 1992, in favore dei familiari conviventi, nel testo applicabile *ratione temporis*, prevedevano, nel comma 5, un diritto non illimitato e condizionato esclusivamente all'handicap grave o tale da richiedere assistenza continua;
 - nella specie la condizione di gravità del fratello del dipendente non era risultata accertata onde non sussisteva la necessità di prestazioni assistenziali permanenti incompatibili in sede lavorativa distante.
4. Avverso l'anzidetta sentenza della Corte territoriale, _____ ha proposto ricorso per cassazione fondato su quattro motivi. L'intimata ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

5. Con il primo motivo di ricorso viene denunciata violazione ed erronea applicazione dell'art. 33, co.5 L.104/1992, degli artt. 1,2,4, della

Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, recepita dalla L. n. 15 del 2009. Si duole il ricorrente che l'interpretazione seguita dalla corte territoriale, che riferisce la disposizione dell'art. 33, co.5 L.104/1992 alle sole persone con handicap in situazione di gravità, non sia sorretta dall'interpretazione letterale né costituzionalmente orientata, producendo l'effetto di privare i disabili in condizione di sola disabilità della tutela agevolativa indispensabile alla loro assistenza, tutela psico-fisica ed integrazione nella famiglia e nella collettività, tutela che risulta ora rafforzata dalla legge 15/2009 di recepimento della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. L'interpretazione restrittiva che conduce a negare tutela alla disabilità permanente sol perché la gravità non sia stata dichiarata dalla competente Commissione, crea una grave discriminazione ed insufficienza di tutela per il soggetto disabile già in condizione di svantaggio nella vita, nei rapporti interfamiliari e di partecipazione sociale.

6. Con il **secondo motivo** di ricorso è denunciata la violazione dell'art. 33, co.5 L.104/1992 in relazione all'art. 4 della stessa legge e insufficiente ed illogica motivazione su fatti decisivi. Si addebita alla sentenza impugnata di aver introdotto l'equivalenza tra il concetto di assistenza continua e quello di patologia con profili di gravità senza alcun riscontro normativo nel comma 5 citato e si censura la statuizione gravata per aver omesso qualsiasi motivazione in ordine alla richiesta di prova testimoniale su fatti decisivi per dimostrare la prestazione di assistenza continuativa e globale del parente, trascrivendo il relativo capitolo di prova.
7. Con il **terzo motivo** di ricorso è denunciata la violazione dell'art. 33, co.5 L.104/1992 in relazione agli artt. 2103 e 2697 c.c. Assume il ricorrente la necessità della verifica giurisdizionale, non compiuta dalla corte territoriale, in ordine alle limitazioni del diritto del familiare lavoratore in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, con onere probatorio, gravante sul datore di lavoro, nella specie non assolto dalla _____ che non avrebbe offerto prova delle particolari ed eccezionali urgenze tali da rendere indispensabile il trasferimento.
8. Con il **quarto motivo** di ricorso il ricorrente denuncia omessa e insufficiente motivazione per aver la corte territoriale omesso qualsiasi esame e motivazione in ordine agli elementi di fatto decisivi ai fini del riconoscimento dei benefici invocati, con la valutazione delle prove documentali comprovanti l'incapacità del soggetto di provvedere da

solo alla vita privata e di relazione, essendosi, invece, limitata a prendere atto della dichiarazione della competente Commissione.

9. La vicenda che investe il Collegio concerne la tutela riconosciuta dall'ordinamento alla disabilità nella peculiare forma delle agevolazioni per il lavoratore e la lavoratrice che assistono familiari con disabilità, con particolare riferimento alla disciplina del trasferimento della sede lavorativa.
10. Il giudizio è incentrato sul trasferimento del lavoratore, accudiente il familiare con disabilità, disposto in un'epoca temporale, esattamente nel 1997, in cui vigeva la disciplina non ancora novellata della legge n. 104 del 1992, disciplina della quale, con il primo motivo di censura, il ricorrente sollecita una rivisitazione dell'interpretazione restrittiva fin qui seguita da questa Corte di legittimità.
11. Si appalesa utile, innanzitutto, ricostruire la cornice normativa in cui la vicenda si iscrive e delineare l'evoluzione, nel tempo, delle agevolazioni accordate, dall'ordinamento, al familiare lavoratore che versi in tale peculiare condizione (v., in argomento, Cass., SU, 16102/2009).
12. La L. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) ha introdotto, all'art. 33, agevolazioni per i lavoratori che assistono soggetti portatori di *handicap*.
13. In particolare, il quinto comma 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, con lui convivente, 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".
14. Occorre rimarcare, pur omettendone per brevità il testuale richiamo, che dalla lettura di tutte le agevolazioni disciplinate dal dettato originario dell'art. 33, si evince che il legislatore del 1992 ha espressamente connotato della "gravità" la situazione del familiare del lavoratore, minorenni o maggiorenne, necessitato dell'accudimento sotteso alle agevolazioni introdotte in tutti i commi del menzionato articolo 33, fatta eccezione proprio del comma che si sta esaminando ove quel medesimo legislatore ha piuttosto adoperato la correlazione,

tra lavoratore e familiare, fondata sull'assistenza con continuità e sulla convivenza.

15. Il dettato del comma predetto è stato poi modificato dalla L. 8 marzo 2000, n. 53 che, con l'art. 19, ha eliminato il requisito della convivenza e, con l'art. 20, ha precisato che l'assistenza deve essere prestata con continuità e in via esclusiva.
16. Da ultimo la legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro) ha disposto, con l'art. 24, comma 1, lettera b) la modifica dell'art. 33, comma 5, così novellando la disposizione *de qua*: "5. Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".
17. I requisiti indicati dal comma 3, pur contestualmente novellato dall'art. 24, comma 1, lett. a) della legge n.183 cit., 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...".
18. La fruizione di tali agevolazioni presuppone che la condizione di disabilità sia accertata mediante le Commissioni mediche previste dalla L. n. 104 del 1992, art. 4 (cfr., *ex plurimis*, Cass. 8436/2003).
19. Sul piano sistematico, come già affermato con condivisa motivazione dalle sezioni unite della Corte (sentenza n.16102 cit.), 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 soddisfacente, la tutela dei soggetti con disabilità - destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sull'integrazione scolastica - ha precisato 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); ha più volte evidenziato 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 intesa nella sua accezione più ampia (si vedano, fra le altre, sent. nn. 158 del 2007 e 350 del 2003).

20. La rimarcata finalità della legge n.104 che emerge 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 legge 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); 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: a) adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura adeguate ad attuare i diritti riconosciuti nella Convenzione; b) 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), in definitiva a garantire un adeguato livello di vita e di protezione sociale.
21. In quest'ottica, le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3, comma 2 Cost., - che deve trovare 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.

22. Anche prima della novella introdotta con legge n. 53 del 2000, la tutela riconosciuta al lavoratore che provveda all'assistenza del familiare disabile a condizione che via sia convivenza pone in evidenza che l'agevolazione assolve contestualmente alla *ratio* di garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare e di non reprimere 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), risultando così destinatario della tutela la persona disabile in quanto inserita nel nucleo familiare del familiare lavoratore.
23. Siffatta ricostruzione è, peraltro, in linea con la definizione contenuta nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, là dove, pur nella difficoltà di trovare una buona definizione unitaria per tutelare i "diritti delle persone con disabilità", la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha sostituito il termine "disabilità" con "attività personali" e i termini "handicap" e "svantaggio esistenziale" con il termine "partecipazione sociale",
24. Ed è nondimeno 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, al capo 3° - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta 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) e sia al capo 4° - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione e' garantito un alto livello di protezione della salute umana.
25. L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto qui interessa, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, là dove il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza.
26. Tanto premesso, l'applicazione dell'art. 33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi valido, in via generale, per

tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art. 2103 c.c. che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

27. L'onere probatorio rafforzato che incombe, pertanto, sul datore di lavoro con riferimento all'esigenza dell'impresa di variare la sede lavorativa (v., *ex multis*, Cass. 11984/2010) sta ad attestare che il provvedimento di trasferimento è destinato ad avere, nella generalità dei casi, ricadute sovente pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti non di rado oltre che sul piano economico anche su quello familiare per interrompere, per tempi non limitati, quei rapporti di affetti e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare, tanto più pregnanti e gravosi ove il nucleo familiare veda presenti minori, anziani, diversabili bisognevoli di cura e dedizione.
28. Tale considerazione, per il criterio di bilanciamento di interessi e di diritti aventi ciascuno copertura costituzionale, non può che portare ad una valorizzazione delle esigenze del lavoratore e a privilegiare le esigenze del lavoratore che sia parte della comunità familiare, come nel caso in esame, nel cui ambito vi sia persona con disabilità comportante la necessità di assistenza in ragione di un'infermità o disabilità che non consente un'autonomia consapevole negli atti quotidiani, salvaguardando condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto, con uno squilibrio di assetti, a fronte di una situazione assistenziale consolidata e di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare.
29. Ne consegue che la 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 statale n.15 del 2009 ed in linea con i canoni interpretativi affermati dalla Carta di Nizza, va interpretata in senso costituzionalmente orientato e, in considerazione dei valori coinvolti, a tutela della persona del disabile.
30. In conclusione, quindi, per non essere state addotte e provate, dalla società nella fattispecie in esame, ragioni capaci di incidere sul diritto del disabile a ricevere anche nell'ambito della comunità familiare una tutela della sua persona nei suoi diversi aspetti (assistenziali, sanitari, di formazione professionale, di relazioni sociali, ecc.), il ricorso va accolto alla stregua del principio che può enunciarsi ai sensi dell'art.

384, primo comma, c.p.c., nei seguenti termini: "Il diritto del lavoratore a non essere trasferito ad altra sede lavorativa senza il suo consenso non può subire limitazioni anche allorquando la disabilità del familiare non si configuri come grave risultando la sua inamovibilità - nei termini in cui si configuri come espressione del diritto all'assistenza del familiare comunque disabile - giustificata dalla cura e dall'assistenza da parte del lavoratore al familiare con lui convivente, sempre che non risultino provate da parte del datore di lavoro - a fronte della natura e del grado di infermità (psico-fisica) del familiare - specifiche esigenze datoriali che, in un equilibrato bilanciamento tra interessi, risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte".

31. Corollario dell'enunciato principio di diritto è che si appalesa fondato il primo motivo del ricorso avendo la Corte territoriale ritenuto legittimo il trasferimento del lavoratore per non ricorrere, nella specie, una situazione di accertata gravità delle condizioni del familiare disabile senza però che in alcun modo fosse stata provata alcuna ragione che, in una situazione di contrapposizione di interessi tutti a copertura costituzionale, potesse valere alla stregua di un corretto bilanciamento di interessi a legittimare il trasferimento disposto dalla società ed a privare il disabile del suo sostegno familiare.
32. Gli ulteriori motivi di ricorso rimangono assorbiti postulando questioni irrilevanti, al fine della decisione della controversia, a seguito dell'accoglimento del primo motivo.
33. Il ricorso va accolto con la conseguente cassazione dell'impugnata sentenza e non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la Corte, decidendo nel merito ai sensi dell'art. 384, secondo comma, c.p.c., accoglie la domanda avanzata in primo grado da
34. La difficoltà delle questioni giuridiche trattate induce a compensare tra le parti le spese dell'intero processo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie la domanda posposta da _____ Spese compensate dell'intero processo.