

Civile Ord. Sez. L Num. 6150 Anno 2019

Presidente: BRONZINI GIUSEPPE

Relatore: PONTERIO CARLA

Data pubblicazione: 01/03/2019

Rilevato che:

1. la Corte d'appello di Milano, con sentenza n. 292 depositata il 6.5.2014, in riforma della sentenza di primo grado, ha dichiarato il diritto di R.L. a scegliere la sede di lavoro più vicina al Comune di Portici, domicilio della sorella A., necessitante di assistenza ed ha ordinato a P.I. s.p.a. il trasferimento del dipendente presso la sede di Marano di Napoli e Torre Annunziata, o in altra sede più vicina al Comune di Portici tra quelle disponibili alla data della domanda di trasferimento o divenute successivamente tali;
2. la Corte territoriale, richiamata la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 3896 del 2009; n. 28320 del 2013), ha ritenuto, difformemente dal primo giudice, come l'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992, modificato dalla L. n. 53 del 2000 e poi dalla L. n. 183 del 2010, dovesse trovare applicazione non solo nella fase genetica del rapporto quanto alla scelta della sede, ma anche in ipotesi di domanda di trasferimento proposta dal lavoratore;
3. ha sottolineato come, per effetto dell'art. 24, L. n. 183 del 2010, non fossero più richiesti i requisiti di continuità ed esclusività dell'assistenza in favore del familiare, previsti, invece, dall'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 nel testo risultante dopo le modifiche apportate dagli artt. 19 e 20, L. n. 53 del 2000; ha inoltre rilevato come, in base al testo vigente all'epoca della domanda di trasferimento del L. (16.3.2011), dovesse aversi riguardo al domicilio non del lavoratore bensì della persona necessitante di assistenza;
4. ha ritenuto integrati nel caso in esame sia il requisito soggettivo, cioè la condizione di handicap grave della sorella del L., e sia il requisito oggettivo della disponibilità di posti per lo svolgimento delle mansioni di recapito in uffici vicini alla residenza del predetto familiare;
5. avverso tale sentenza P.I. s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione, affidato a cinque motivi, cui ha resistito con controricorso il lavoratore; 6. il sig. L. ha depositato memoria, ai sensi dell'art. 380 bis.1. c.p.c..

Considerato che:

7. col primo motivo di ricorso P.I. s.p.a. ha censurato la sentenza, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., per violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 in relazione all'art. 12 delle preleggi;

8. ha sostenuto come il comma 5 dell'art. 33 citato potesse trovare applicazione solo nell'ipotesi di scelta della sede di lavoro e non anche laddove la continuità dell'assistenza fosse stata interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa ed il dipendente mirasse a ripristinarla attraverso il trasferimento; ha argomentato come l'art. 24, L. n. 183 del 2010 avesse modificato solo la disciplina dei permessi di cui al comma 3 dell'art. 33, e non anche la previsione di cui al comma 5; che il requisito della continuità nell'assistenza al familiare disabile, sebbene formalmente eliminato, costituisse comunque presupposto della nuova disciplina; questa, nel prevedere l'assistenza "ad un portatore di handicap con connotazione di gravità" richiama implicitamente i requisiti di assistenza "permanente, continuativa e globale", richiesti dalla L. n. 104 del 1992 ai fini della gravità dell'handicap; che ulteriore requisito ai fini del comma 5 cit. è l'esclusività dell'assistenza, nel caso di specie non dimostrata dal lavoratore onerato;
9. col secondo motivo la società ha dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e omessa motivazione su un fatto decisivo;
10. ha ribadito l'insussistenza del diritto al trasferimento in base al citato art. 33, comma 5, ove la continuità dell'assistenza sia stata interrotta; ha sostenuto come il diritto al trasferimento non sarebbe, comunque, incondizionato bensì, come desumibile dall'inciso "ove possibile", soggetto a bilanciamento con le esigenze economiche, organizzative e produttive dell'impresa;
11. col terzo motivo di ricorso P.I. s.p.a. ha censurato la sentenza, ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 4 c.p.c., per omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in relazione all'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 nonché agli artt. 41 Cost. e 2082 c.c.;
12. sul presupposto dell'essere la posizione soggettiva del lavoratore qualificabile non come diritto soggettivo bensì come semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede di servizio, ove possibile, la società ha evidenziato come l'interpretazione data dalla Corte di merito si porrebbe in insanabile contrasto con il potere conformativo datoriale tutelato dall'art. 41 Cost.;
13. col quarto motivo di ricorso P.I. s.p.a. ha dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 420 e 116 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c.;
14. ha censurato la mancata ammissione, ad opera della Corte di merito, della prova testimoniale di parte datoriale sulle ragioni economiche ed organizzative ostative al trasferimento del lavoratore;

15. col quinto motivo di ricorso la società ha censurato la sentenza, ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 4 e 5 c.p.c., per omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio;

16. ha criticato la statuizione contenuta nella pronuncia d'appello, secondo cui "le procedure di mobilità volontaria non possono pregiudicare l'esercizio di un diritto quale quello attribuito dalla L. n. 104/92 previsto essenzialmente a tutela della persona disabile", in quanto indicativa della confusione tra interesse legittimo e diritto; ha definito criptica la motivazione della sentenza nella parte in cui ha desunto dalla mancanza di trasferimenti per la provincia di Salerno e per la regione Campania fino a novembre 2011, la prova della possibilità di trasferimento del L. in luogo vicino al domicilio della sorella;

17. il primo motivo è infondato;

18. questa Corte (Cass. n. 28320 del 2010; n. n. 3896 del 2009), in riferimento all'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992, nel testo anteriore alle modifiche di cui alla L. n. 53 del 2000, ha statuito come la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore "che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato" di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento. La ratio della norma è infatti quella di favorire l'assistenza al parente o affine handicappato, ed è irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all'epoca dell'inizio del rapporto stesso;

19. tale interpretazione si impone, a maggior ragione, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 53 del 2000, che ha eliminato il requisito della convivenza tra il lavoratore e il familiare handicappato, e poi con l'art. 24 della L. n. 183 del 2010 che, intervenendo sull'art. 20, comma 1, della L. n. 53 del 2000, ha eliminato i requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza; l'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 risultante all'esito di tali interventi normativi ed applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame è formulato nel modo seguente "Il lavoratore di cui al comma 3 (il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità) 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";

20. dal punto di vista letterale, la disposizione in esame non contiene un espresso e specifico riferimento alla scelta iniziale della sede di lavoro e risulta quindi applicabile anche alla scelta della sede di lavoro fatta nel corso del rapporto, attraverso la domanda di trasferimento; né la dizione letterale adoperata nel citato

comma 5 dell'art. 33 implica la preesistenza dell'assistenza in favore del familiare rispetto alla scelta della sede lavorativa (anche a seguito di trasferimento), in quanto al lavoratore è riconosciuto il diritto di "scegliere la sede di lavoro" più vicina al "domicilio della persona da assistere", non necessariamente già assistita. Tale rilievo priva di consistenza l'osservazione della società ricorrente sulle implicazioni del riferimento nell'articolo 33, comma 5, nel testo *ratione temporis* applicabile, alla condizione di handicap grave che presuppone la necessità di assistenza "permanente, continuativa e globale"; quest'ultima è il tipo di assistenza di cui ha bisogno la persona in condizione di handicap grave ma non è necessariamente l'assistenza che farà carico sul singolo familiare, anche in ragione della soppressione del requisito di esclusività dell'assistenza ai fini delle agevolazioni di cui si discute;

21. l'interpretazione adottata dalla Corte di merito non solo risulta del tutto coerente col tenore letterale del citato art. 33, comma 5, ma appare la sola compatibile con le esigenze di tutela di rilievo costituzionale connesse alla condizione di persona con handicap;

22. la previsione di cui al citato comma 5 dell'art. 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie "resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap» (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005);

23. l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003);

24. il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010), ivi compresa appunto la comunità familiare;

25. l'art. 33, comma 5 disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore

nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza;

26. circoscrivere l'agevolazione in favore dei familiari della persona disabile al solo momento della scelta iniziale della sede di lavoro, come preteso dalla società ricorrente, equivarrebbe a tagliare fuori dall'ambito di tutela tutti i casi di sopravvenute esigenze di assistenza, in modo del tutto irrazionale e con compromissione dei beni fondamentali richiamati nelle pronunce della Corte Costituzionale sopra citate;

27. l'interpretazione data dalla Corte di merito deve quindi essere confermata in quanto, oltre che compatibile col testo letterale della disposizione in esame, è la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. n. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017);

28. il secondo ed il terzo motivo di ricorso possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione logica e sono entrambi infondati;

29. ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.;

30. tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte e la Corte di merito si è attenuta a tali criteri, sicché nessuna violazione dell'art. 41 Cost. e dell'art. 2082 c.c., come dedotta col terzo motivo di ricorso, è configurabile;

31. pur riqualficata la censura oggetto del secondo motivo di ricorso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., deve escludersi la violazione dell'art. 2697 c.c. atteso che la Corte di merito ha correttamente addossato alla società datrice di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni di recapito;

32. inammissibile è la censura di omessa motivazione su un fatto decisivo, sollevata sia nel secondo che nel terzo motivo di ricorso, tenuto conto dei ristretti limiti in cui

è consentito il controllo sul vizio motivazionale, come delineati da questa Corte (cfr. Cass. S.U. n. 8053 del 2014), in base al nuovo testo dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. applicabile *ratione temporis* (sentenza d'appello del 2014);

33. il quarto motivo di ricorso è infondato nella parte in cui denuncia la violazione degli artt. 116 c.p.c. e 2697 c.c., configurabile, come più volte precisato da questa Corte (cfr. Cass. n. 11892 del 2016; Cass. n. 25029 del 2015; Cass. n. 25216 del 2014), ove il giudice valuta le prove secondo un criterio diverso da quello indicato dall'art. 116 c.p.c., cioè una prova legale secondo prudente apprezzamento o un elemento di prova liberamente valutabile come prova legale, oppure inverte gli oneri probatori, circostanze neanche dedotte nel ricorso in esame;

34. il motivo è inammissibile nella parte in cui contesta la mancata ammissione della prova testimoniale formulata da parte datoriale sulle ragioni economiche ed organizzative ostative al trasferimento del lavoratore in quanto investe aspetti di merito che non possono trovare ingresso in questa sede di legittimità, tanto più alla luce del nuovo testo dell'art. 360, comma 1, n. 5 c. p.c. ;

35. inammissibile è infine il quinto motivo di ricorso con cui si denuncia sostanzialmente un vizio motivazionale al di fuori dei limiti in cui il sindacato di questa Corte è consentito, in base al nuovo testo dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.;

36. per le considerazioni svolte il ricorso deve essere respinto;

37. la regolazione delle spese di lite segue la regola della soccombenza, con liquidazione come in dispositivo; 38. si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in euro 5.000,00 per compensi professionali, in euro 200,00 per esborsi oltre spese forfetarie nella misura del 15% e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis del medesimo art. 13.

Così deciso nell'Adunanza camerale del 16.1.2019