

Legge 104 e possibilità di trasferimento, a certe condizioni

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12729 del 19 maggio 2017, ha statuito che pur in presenza del divieto sancito dalla L. 104/1992 che non consente il trasferimento di tale lavoratore senza il suo consenso, una comprovata esigenza aziendale quale può essere la soppressione del posto occupato dal lavoratore, giustifica il legittimo trasferimento.

.....

Con la pronuncia in oggetto la Corte Suprema ha definito che se il posto di lavoro viene soppresso, anche chi beneficia della legge 104 per l'assistenza di un familiare disabile può essere trasferito ad altra sede da parte del datore di lavoro.

Il fatto

La controversia nasce dalla sentenza con cui la Corte d'Appello rigettava l'impugnazione proposta una lavoratrice avverso la sentenza di primo grado. Ella aveva adito il tribunale di prime cure per ottenere la dichiarazione di illegittimità del provvedimento aziendale con il quale era stata trasferita dal posto di lavoro, ove prestava servizio (come tecnico di radiologia) abitualmente, ad una sede diversa, con conseguente richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato.

La lavoratrice, aveva letto una pronuncia a lei sfavorevole e per questo si era rivolta ai giudici di appello, i quali però affermavano che il trasferimento era conforme alla disciplina convenzionale e normativa, in quanto, ai sensi del ccnl applicabile (in particolare l'art. 18 del CCNL del comparto sanità 7 aprile 1999) l'utilizzazione, sia temporanea che definitiva, del personale era consentita in strutture situate nel raggio di 10 chilometri dalla sede di assegnazione, e nel caso di specie risultava che la distanza chilometrica tra i due luoghi di lavoro era di circa cinque chilometri.

In ogni caso, aggiungeva la corte del merito, anche a voler sussumere il trasferimento in questione nell'ambito dell'art. 2103 cod. civ., le ragioni organizzative erano state ampiamente dimostrate in ragione della chiusura del servizio presso il presidio sede abituale della lavoratrice. Rilevava, inoltre, che non era pertinente quanto osservato circa la mancata considerazione del disagio che lo spostamento comportava per la situazione personale e familiare della ricorrente, in quanto le censure sollevate dalla lavoratrice erano considerate del tutto generiche.

La lavoratrice proponeva quindi ricorso per la cassazione della sentenza, lamentando, per quanto qui di interesse, che sussisteva il vizio di omessa pronuncia avendo la sentenza impugnata in maniera implicita ritenuto insussistente in fatto che la ricorrente prestasse assistenza al familiare disabile (nella specie la madre) e fosse come tale in mancanza di suo consenso inamovibile in considerazione della cura e dell'assistenza da prestare al familiare con lei convivente.

La decisione

La Cassazione respingeva il ricorso.

In premessa, i Giudici di legittimità ricordavano che l'art. 36, comma 5, della legge n. 104 del 1992 stabilisce che "Il lavoratore che assiste la persona con handicap "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".

La Suprema Corte , però, continuava ricordando la propria precedente giurisprudenza, laddove era già stato affermato che la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati in funzione della tutela della persona disabile, sicché il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica di quello, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte.

Nella statuizione della Corte d'Appello , concludeva la Corte, non era ravvisabile il vizio denunciato di non avere tenuto conto della situazione personale della ricorrente, in relazione all'assistenza prestata, atteso che il giudice di secondo grado nel rilevare il venir meno del posto cui la lavoratrice era in precedenza assegnata, che costituiva circostanza non contestata, riteneva la sussistenza di esigenze aziendali appunto , come sopra, effettive urgenti e insuscettibili di essere diversamente soddisfatte.

Per questi motivi, il ricorso veniva respinto.

In definitiva

Ancora una volta la Cassazione si rivolge ai lavoratori che prestano assistenza ad un familiare disabile godendo dei benefici previsti dalla Legge 104/1992, i quali garantiscono il diritto alla collocazione presso la sede più vicina al luogo ove vive il familiare malato.

Nella fattispecie presa in considerazione, però, ci ricorda che non sempre il divieto di trasferimento vige: se il posto di lavoro viene soppresso, i benefici devono sottostare alle giustificate esigenze organizzative aziendali e quindi, a determinate condizioni, si può trasferire anche chi assiste il disabile.

Con l'occasione, riteniamo utile ricordare brevemente per sommi capi qual è la normativa di riferimento e i diritti in questione.

La legge 5 febbraio 1992 n. 104, più nota come Legge 104/92, è il riferimento legislativo "per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate". I principali destinatari sono dunque i disabili, ma non mancano riferimenti anche a chi vive con loro.

La Legge regola i permessi lavorativi all'articolo 33, dove si prevede la possibilità di ottenere particolari permessi lavorativi giornalieri e/o mensili, per i congiunti che assistono persone disabili e per le persone gravemente disabili stesse.

In assenza di ricovero della persona con handicap grave da assistere potranno godere dei 3 giorni di permesso mensile retribuiti e coperti da contributi, anche in maniera continuativa:

- Il coniuge, il convivente e le parti dell'unione civile (*vedi ns. pubblicazione del 09/03/2017 "Unioni civili e conviventi di fatto, permessi L.104 e congedo straordinario, reperibile in First Class/UfficioStudi/CollocamentoObbligatorio-Disabili/Inps/2017"*)
- Il genitore
- Il parente di secondo grado
- Il parente o affine 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 anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

L'assistenza al portatore di handicap, perché siano concessi i permessi retribuiti, deve essere continuativa: questo non comporta necessariamente la convivenza tra il lavoratore ed il disabile, ciò che interessa, è che sia presente un'assistenza sistematica ed adeguata (*Vedi ns. pubblicazione del 23/05/2017 "Permessi per assistere il familiare disabile senza coabitazione", reperibile in First Class/UfficioStudi/CollocamentoObbligatorio-Disabili/Giurisprudenza/2017"*)

In caso di ricovero ospedaliero, si possono fruire i permessi se:

- è richiesta l'assistenza da parte di un familiare;
- il disabile è in stato vegetativo persistente;
- il disabile ha una prognosi infausta a breve termine.
- il disabile deve uscire dalla struttura per visite specialistiche e terapie.

Anche il lavoratore portatore di handicap con connotazione di gravità ha diritto agli stessi permessi lavorativi. Il permesso può essere anche frazionato ad ore (2 ore al giorno) ed è necessaria, in tutti i casi, la certificazione specifica di handicap grave, rilasciata dall'apposita Commissione medica Asl (integrata da un medico dell'Inps), per poterne fruire.

I permessi per l'assistenza del disabile sono retribuiti dall'Inps, ma anticipati dal datore di lavoro, che provvede poi al recupero in sede di denuncia mensile.

L'azienda non può rifiutare la concessione dei permessi, ma può richiederne la programmazione, se:

- il lavoratore può individuare in anticipo le giornate di assenza;
- non è pregiudicato il diritto dell'invalide all'effettiva assistenza;
- la programmazione è condivisa con lavoratori e rappresentanze sindacali.

Comunque, il lavoratore può sempre spostare unilateralmente i permessi, perché l'interesse di assistenza e tutela del disabile prevale sulle esigenze organizzative aziendali.

Il dipendente portatore di handicap grave, beneficiario di Legge 104, o che assiste un parente in possesso del medesimo stato, ha il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, a meno che non sussistano ragioni contrarie motivate dall'azienda.

Il portatore di handicap grave, o il lavoratore che assiste un familiare nella stessa condizione, inoltre:

- non può essere trasferito in altra sede dall'azienda contro la sua volontà, a prescindere dall'esistenza di ragioni valide e motivate dall'azienda: in tale situazione, difatti, si configura un vero e proprio diritto soggettivo in capo al dipendente.
- non può essere adibito dall'azienda al lavoro notturno contro la sua volontà.
- la legge non prevede espressamente, per i portatori di handicap grave o per i familiari che li assistono, la possibilità di rifiutarsi di prestare lavoro festivo o domenicale. Prevedono questa possibilità, tuttavia, alcuni contratti collettivi (come il ccnl Commercio e Terziario, nel quale è stabilito che i portatori di handicap grave beneficiari di Legge 104, nonché i familiari conviventi che li assistono, possono legittimamente rifiutarsi di lavorare la domenica e nei festivi).