

Archivio selezionato: Sentenze di merito

ESTREMI

Autorità: Tribunale Bari sez. lav.

Data: 27 aprile 2009

Numero:

CLASSIFICAZIONE

LAVORO SUBORDINATO (Rapporto di) Trasferimento o spostamento del lavoratore in genere

INTESTAZIONE

IL TRIBUNALE DI BARI, SEZIONE LAVORO, RIUNITO IN CAMERA DI CONSIGLIO, CON L'INTERVENTO DEI SIGG. MAGISTRATI:

1) DR. MANUELA SARACINO PRESIDENTE REL.

2) DR. PROCOLI MARIA GIUDICE

3) DR. ANGELA ARBORE GIUDICE

sciogliendo la riserva che precede;

esaminati gli atti e uditi i procuratori delle parti;

osserva in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ex art 700 cpc, il ricorrente, premesso di essere dipendente di ruolo del Ministero della Giustizia presso il Tribunale Civile di Bari, con la qualifica di operatore giudiziario posizione economica C1, ha richiesto, ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge n. 104/1992, di poter prestare assistenza al coniuge S. L. A., portatrice di handicap in situazione di gravità, ed ha a tal fine invocato il trasferimento presso la sezione distaccata di Putignano del Tribunale di Bari.

Il primo giudice ha accolto il ricorso.

Avverso il suddetto provvedimento ha proposto reclamo il Ministero, invocandone la riforma e il rigetto della domanda.

Il resistente si è costituito, insistendo per la conferma del provvedimento impugnato.

Tanto premesso, rileva il Collegio che il reclamo è infondato e deve essere rigettato.

Ed invero, nella fattispecie in esame, come correttamente evidenziato dal primo giudice, sussiste sia il fumus che il dedotto periculum in mora.

Con il primo motivo di reclamo il Ministero censura l'interpretazione estensiva data alla norma da parte del primo giudice, nella parte in cui ha esteso l'applicazione dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992 anche al caso (come quello di specie) in cui la necessità dell'assistenza sopraggiunga nel corso del rapporto; secondo la prospettazione del reclamante, invece, il beneficio in parola può essere concesso solo nel caso in cui la necessità dell'assistenza si manifesti in epoca precedente all'assunzione in servizio, al fine di garantire la continuità di una assistenza in atto.

Tale interpretazione non è condivisa dal Collegio.

Ed invero, come correttamente ha evidenziato il primo giudice, l'interpretazione restrittiva non appare conforme alla ratio della legge, perchè porterebbe a negare la tutela in tutti quei casi in cui la situazione di handicap si manifesti o sia accertata in epoca successiva all'assegnazione della prima sede.

Sul punto il primo giudice si è riportato a quanto già espresso da questo Collegio con ordinanza del 16.2.2004 nel reclamo proposto dal Ministero della Giustizia nei confronti di M. M.

In detto provvedimento il Collegio così si esprimeva: "Rileva il Collegio che l'art. 33, 5° comma, della l. n. 104/1992 stabilisce 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".

Orbene, rileva il Collegio da un lato che, effettivamente, la prevalente giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui il diritto a scegliere la sede sussiste solo al momento della costituzione del rapporto, proprio al fine di evitare quella rottura traumatica della convivenza (e, quindi, dell'assistenza) che la norma vuole, appunto, evitare (cfr., Corte d'Appello di Venezia, sent. n. 47/2000; Corte d'Appello di Bari, sent. n. 860/2002; Trib. Torino, ord. 17.11.2003 e 18.10.2003; Trib. Como, sent. n. 65/2003; Corte di appello di Brescia, n. 510/2002; Trib. Torino, sent. n. 5533/2002).

Deve darsi atto, però, che sussiste una giurisprudenza contraria, secondo cui "Il pubblico dipendente che ha appena preso servizio nella sede di prima assegnazione e che assiste il familiare portatore di handicap, il cui "status" di handicappato è stato riconosciuto solo in tempi successivi all'inizio del lavoro, data la presumibile convivenza ancora in atto e tenuto conto dell'evidente situazione sostanziale di assistenza da non interrompere, ha diritto al trasferimento anche aderendo alla lettura restrittiva che permette l'applicazione dell'art. 33 l. 5 febbraio 1992 n. 104, trattandosi non di ripristinare, bensì di mantenere l'assistenza in atto" (in tal senso, Tribunale Milano, 15 giugno 2000; nello stesso senso, Pretura Pisa, 17 ottobre 1998 che ha affermato che "la "ratio" della disposizione dell'art. 33, comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104 è nell'assegnazione della sede di lavoro avuto riguardo al luogo ove l'assistenza debba essere prestata e nel diritto al trasferimento ove la condizione di handicap sia successiva all'assegnazione della sede, allo scopo di consentire al genitore o al familiare di prestare assistenza continua al soggetto minorato"; analogamente, Tribunale Roma, 27 maggio 2000, secondo cui "dopo la modifica apportata dall'art. 19 l. n. 53 del 2000, condizioni per accedere alla peculiare tutela prevista dalla l. n. 104 del 1992 sono, da un lato che il lavoratore che richiede il trasferimento già assista con continuità il familiare portatore di handicap (e non si tratti, quindi, di instaurazione "ex novo" dell'assistenza continuativa, ovvero di ripristino di un'assistenza di fatto interrotta) e, dall'altro, che il trasferimento sia possibile per il datore di lavoro, ossia non leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative di costui; non risultano, invece, avere alcun rilievo nè l'individuazione del momento cronologico, rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro, di insorgenza in capo al lavoratore del diritto al trasferimento, nè l'esistenza di una convivenza di fatto tra il disabile bisognoso di assistenza e colui che invoca il diritto al trasferimento").

Anche il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha espresso il parere secondo cui "Quanto all'ambito di operatività del beneficio previsto dall'art. 33, commi 5 e 6, la Commissione ritiene che la formula normativa non consenta l'interpretazione restrittiva suggerita dall'Amministrazione, al contrario essendo dell'avviso che l'agevolazione in discorso opera anche successivamente alla prima assegnazione, anche nei trasferimenti a domanda" (Cons. Stato, comm. Spec., 19.1.1998 n. 394).

Orbene, la sussistenza di un contrario, seppur minoritario orientamento, nonché la lettura data dalla Corte Costituzionale della norma, nella parte in cui non ha escluso che il legislatore possa in futuro prendere in considerazione nuove ipotesi di applicabilità dell'art. 33, comma 5°, e tenuto conto della portata innovativa contenuta nella modifica legislativa introdotta con la l. n. 53/2000 (che ha escluso il requisito della convivenza con lo scopo, sembra, di facilitare il più possibile la realizzazione dei diritti costituzionalmente garantiti del soggetto), induce il Collegio a ritenere che l'orientamento prevalente debba essere rivisto alla luce della ratio ispiratrice della l. n. 104/92.

Ed invero, portare alle estreme conseguenze la tesi sostenuta nel reclamo, ancorando sempre e comunque il diritto di cui all'art. 33, 5° comma, all'atto dell'assegnazione della prima sede o al successivo trasferimento (disposto, ovviamente, dal datore di lavoro), appare al Collegio una interpretazione troppo restrittiva della disposizione in esame.

Sostenere, infatti, che il beneficio può essere accordato solo all'atto dell'assunzione comporterebbe una sostanziale negazione di tutela per tutti quei casi in cui la situazione di handicap si manifesta in epoca successiva all'assegnazione della prima sede o, peggio ancora, nei casi nei quali, pur sussistendo di fatto la situazione di handicap alla data dell'assunzione, la stessa non risulta ancora certificata da parte dell'apposita commissione sanitaria nel momento di assegnazione della prima sede di lavoro.

Ed allora, appare condivisibile l'interpretazione esposta dalla giurisprudenza minoritaria di cui si è fatto cenno e sposata dal giudice della prima fase, allargando le ipotesi di operatività dell'art. 33 anche a quei casi nei quali l'handicap si manifesta dopo l'assunzione, sempre che l'assistenza, di fatto, venga già prestata; peraltro, anche per queste ipotesi sussiste la ragione

-evitare una brusca interruzione dell'effettiva ed attuale convivenza, evitare un trauma per l'handicappato- che ha indotto la giurisprudenza prevalente a ritenere applicabile il quinto comma dell'art. 33 solo in caso di prima assegnazione della sede di lavoro.

L'interpretazione restrittiva, pur essendo più aderente al testo legislativo, finirebbe peraltro col violare l'intenzione del legislatore, che è quella di costruire un impianto normativo che prevede, come ben evidenziato dal primo giudice "diritti attribuiti sempre nell'ottica del sostegno al nucleo familiare in cui è inserita la persona svantaggiata, allo scopo di consentire che la famiglia nel suo complesso e, quindi, anche il congiunto lavoratore possano assolvere ai loro "compiti" tradizionalmente e tuttora più propri, compiti che - ben prima dell'introduzione della L. n. 104 del 1992 ed anzi ab immemorabili - venivano e dovevano (e devono) essere esercitati dai componenti di un medesimo nucleo familiare...Siamo, cioè, in presenza di compiti doverosi che consistono - e ciò va sottolineato - in quella "dedizione", per usare il termine significativamente scelto dai Giudici di legittimità, in quel mutuo e peculiare soccorso, insomma in quell'assistenza, soprattutto "morale" (vale a dire psicologica ed affettiva), prima che materiale, che solitamente si prestano vicendevolmente gli appartenenti ad una stessa formazione familiare in un modo che qualsiasi servizio pubblico non potrebbe riprodurre e nemmeno imitare".

Non va dimenticato, infatti, che la norma in esame s'inserisce in un contesto normativo che ha tra le sue finalità primarie quella di promuovere "la piena integrazione" della persona handicappata anche "nella famiglia", oltre che quelle di prevenire e rimuovere "le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana" e di "superare stati di emarginazione e di esclusione sociale" (cfr. art. 1 L. n. 104 del 1992); in una normativa che tra i suoi "principi generali per i diritti della persona handicappata" annovera quello di "assicurare alla famiglia della persona handicappata un'informazione di carattere sanitario e sociale per facilitare la comprensione dell'evento, anche in relazione alla possibilità di recupero e di integrazione della persona handicappata nella società" e soprattutto quello di "assicurare nella scelta e nell'attuazione degli interventi socio-sanitari la collaborazione della famiglia, della comunità e della persona handicappata, attivandone le potenziali capacità", nonché quello di "garantire alla persona handicappata e alla famiglia adeguato sostegno psicologico e psicopedagogico, servizi di aiuto personale o familiare, strumenti e sussidi tecnici, prevedendo, nei casi strettamente necessari e per il periodo indispensabile, interventi economici integrativi ..." (cfr. art. 5 della legge e v. anche il successivo art. 8 in cui si parla di interventi "a sostegno della persona handicappata e del nucleo familiare"). Consentire al lavoratore di scegliere la sede di lavoro al fine di continuare a fornire al familiare assistenza continuativa nel caso in cui la situazione di bisogno si verifichi dopo l'assunzione costituisce, secondo il Collegio, una tesi interpretativa più aderente alla mens legis, posto che, in questi casi, si tratta non di ripristinare una situazione di assistenza interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa, bensì di mantenerla, evitando per il soggetto portatore di handicap il trauma derivante dalla brusca interruzione della stessa.

Il convincimento appena esposto appare al Tribunale fondato su una interpretazione dell'art. 33, 5° comma, che fornisce maggiore effettività alla protezione del soggetto bisognoso di assistenza apprestata dalla l. 104.

Il pericolo di un eccessivo ampliamento della tutela, peraltro, non sussiste, dal momento che l'art. 33 prevede, ai fini del riconoscimento del diritto, che debba sussistere la "possibilità" di scelta del posto; sicché una valutazione rigorosa di tale requisito da parte del giudice potrebbe costituire giusto bilanciamento degli opposti interessi delle parti in causa".

Pertanto, va condivisa la tesi esposta dal primo giudice, escludendo che il diritto di scelta della sede riguardi solo il momento della costituzione del rapporto di lavoro ed ammettendo che qualora la necessità della instaurazione del rapporto assistenziale sia, come nella specie, sopravvenuta in corso di rapporto di lavoro e sia in atto al momento della presentazione della domanda di trasferimento, sussiste in capo al lavoratore -in presenza delle altre condizioni previste dalla norma- il diritto di scelta della sede di lavoro, se è vero, come è vero e come accaduto nella fattispecie, che l'esigenza di assistenza continua possa appunto presentarsi dopo l'inizio del rapporto di lavoro e nel corso di esso.

Con il secondo motivo di reclamo il Ministero sostiene che il ricorrente non ha allegato alcuna prova di essere l'unico parente in grado di assistere la propria madre e che quindi non sussiste il requisito dell'esclusività dell'assistenza.

Anche questo motivo va rigettato.

Ed invero, nella specie il R. ha comprovato che la Commissione Medica ha certificato che la Sig.ra S. L., coniuge del ricorrente, è affetta da: "Emiplegia Destra ed afasia motoria in paziente con esiti da ematoma intraparenchimale spontaneo fronto-parietale sinistro. Meningioma parasellare. Portatrice di Shunt ventricolo-peritoneale per idrocefalo ostruttivo. Epilessia. La patologia è in continuo aggravamento" (cfr. verbale C.M.O. 30.08.2007-22.01.2008; all sub 4 del fascicolo di parte ricorrente); che la Commissione ha altresì accertato la situazione della suocera del ricorrente, B. L. (09.08.1924), vedova dal 03.08.2005, già invalida civile al 100%, riconoscendole il diritto all'accompagnamento, poiché affetta da: "grave sindrome endoreattiva; sindrome extra piramidale; deterioramento cognitivo medio grave; depressione con disturbo comportamentale medio grave; cardiopatia ipertensiva; poliartrosi... Soggetto non rivedibile". (verbale C.M.O. 19.07.2007- 13.11.2007; all sub 6); che egli è l'unico che presta assistenza alla moglie e alla suocera (cfr. informative rese nel corso della prima fase del giudizio cautelare); che i cognati del ricorrente (S. B. e S. V.) non sono residenti nel comune di Locorotondo e vivono rispettivamente in Bari e San Donato Milanese (né vi è prova che abbiano mai assistito i congiunti).

Peraltro, risulta dagli atti che presso l'ufficio del Tribunale di Putignano è vacante un posto di Cancelliere C1, rispetto alla pianta organica che prevede 4 Cancellieri C1, essendone coperti solo 3 (cfr. all sub 8).

L'esistenza di un posto vacante per la categoria C1, a cui appartiene il ricorrente, presso la Sezione Distaccata di Putignano del Tribunale di Bari, rende possibile, nel caso di specie, la scelta espressa dal lavoratore.

Orbene, una volta dimostrato, da parte del ricorrente, che presso la sede scelta vi è un posto vacante nella stessa posizione economica in cui egli è inquadrato, ritiene il Collegio che sarebbe stato onere della p.a. dimostrare, se del caso, che il trasferimento del ricorrente comporterebbe conseguenze negative sul piano dell'organizzazione o dell'efficienza o, ancora, che, tenuto conto della capacità e della professionalità del dipendente, con riferimento ad altri aventi titolo, eventualmente maggiormente idonei alla funzione, sarebbe più razionale e conveniente attribuire quel posto ad altri soggetti.

Tale prova nella specie non è stata affatto fornita, né alcunché il Ministero ha dedotto sul punto.

Nella specie sussiste anche il periculum in mora.

Va sul punto condivisa la decisione impugnata nella parte in cui il giudice cautelare ha rilevato che "viste le precarie e serissime condizioni di salute delle donne oggetto di assistenza (v. doc. sanitaria in atti che, in particolare per S. L. A. di soli anni 54, attesa l'esistenza di una minorazione definita "progressiva" - verbale ASL BA/5 del 3.5.2007) la condizione di pendolarismo unita all'imprevedibilità - fatto notorio agli operatori del diritto - della durata delle udienze del Giudice Penale ove è assegnato l'istante, determina una forte diminuzione del tempo da dedicare all'assistenza che il coniuge e, ora, anche la suocera hanno diritto a ricevere, incidendo comunque sulla qualità della vita dell'interessato, chiaramente insuscettibile di reintegrazione in forma specifica all'esito di un ordinario giudizio di merito".

Non v'è dubbio che nella fattispecie ricorre il periculum in mora, anche alla luce della considerazione del particolare lavoro svolto dal R. (assegnato alla cancelleria dell'ufficio GUP dal settembre 2008) e della imprevedibilità della durata delle udienze dal Giudice Penale.

Tale circostanza, unita alla condizione di pendolarismo da Bari a Locorotondo, comporterebbe certamente una diminuzione dell'assistenza per il coniuge e per la suocera del lavoratore; a ciò va aggiunta l'intuibile incidenza negativa di detta condizione sulla qualità della vita dell'interessato, chiaramente insuscettibile di reintegrazione in forma specifica all'esito di un ordinario giudizio di merito.

Ne consegue che un riconoscimento tardivo del diritto determinerebbe un sostanziale disconoscimento di tutela per gli interessi riconosciuti dal legislatore meritevoli di particolare considerazione.

Il reclamo va dunque rigettato.

Le spese di questa fase seguono la soccombenza.

P.Q.M.

P.Q.M.

Visti gli artt 669 bis e ss. e l'art. 700 c.p.c., rigetta il reclamo proposto dal Ministero della Giustizia in data 24.2.2009 avverso l'ordinanza del Tribunale di Bari del 2.2.2009 nei confronti di R. G.

Condanna il reclamante al pagamento, in favore del reclamato, delle spese di questa fase del giudizio, che liquida in complessive euro 1200,00 (di cui euro 650,00 per onorari).

Si comunichi.

Bari, 27.4.2009

Giudice Manuela Saracino