



LEGGE 104/92 E TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Il lavoratore che usufruisce dei permessi ex Legge 104/92 in quanto assiste un familiare portatore di grave handicap¹ **ha il diritto di scegliere la propria sede di lavoro** (così infatti prevede il comma 5, art. 33 della Legge 104), che solitamente sarà la più vicina al domicilio del disabile da lui assistito. Inoltre, egli **non potrà essere trasferito in un'altra sede dell'azienda senza che abbia dato il proprio consenso**².

Il riconoscimento al lavoratore di questo speciale regime di protezione ha come obiettivo la tutela del diritto del congiunto con handicap in situazione di gravità a mantenere invariate condizioni di assistenza nel rispetto di quanto previsto dalla Costituzione³ oltre che dalla Carta di Nizza⁴ (che salvaguarda il diritto dei disabili di beneficiare di misure rivolte al loro inserimento sociale) e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 in materia di protezione dei disabili. L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, quindi, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore **è in funzione del diritto del congiunto con disabilità ad immutable condizioni di assistenza**, occorrendo salvaguardare 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 lavoratore.

¹ Art. 33, co. 3, L. 104/92: 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. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.

² Art. 33, co. 5, L. 104/92: 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.

³ Art. 3, co. 2, Cost.: E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

⁴ Art. 26, Conv. Di Nizza: INSERIMENTO dei DISABILI: L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Negli anni si sono succedute numerose pronunce della Corte di Cassazione che hanno meglio specificato la portata dei diritti riconosciuti dall'art. 33, Legge 104/92, ispirandosi tutte al principio di massima valorizzazione delle esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile operando il necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro.

Gravità dell'handicap: la Suprema Corte è intervenuta, con la sentenza n. 25379/16, a chiarire che il concetto di gravità dell'handicap richiamato dal co. 5, art. 33, Legge 104/92 va valutato sotto il profilo specifico della necessità di assistenza. Pertanto, il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare che egli assiste non si configuri come grave, ma richieda semplicemente assistenza avendo avuto riguardo alla natura dell'handicap, a meno che il datore di lavoro non provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti. **Tale orientamento è stato da ultimo confermato con l'ordinanza 25836/2022 con la quale la Suprema Corte censura l'indirizzo che offre un'interpretazione strettamente letterale della norma e richiede, quale presupposto per l'operatività del divieto di trasferimento, che il familiare assistito versi in condizione di handicap grave. Al contrario, occorre operare una lettura costituzionalmente orientata della norma, ponendo in rilievo la funzione preminente di tutela della persona disabile, concludendo che il trasferimento del lavoratore richiede il previo consenso anche se la disabilità del familiare non è connotata da gravità.**

Scelta della sede di lavoro: con la sentenza n. 23857/17, la Cassazione ha stabilito che il dipendente che beneficia della Legge 104/92 ha il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al luogo di residenza del familiare disabile e questa può essere esercitata in qualsiasi momento, alla firma del contratto, o anche dopo. La scelta spetta anche se il lavoratore non convive con la persona che ha necessità assistenziali ed anche se il disabile vive insieme ad un'altra persona.

Trasferimento ad altra sede di lavoro: l'unico limite che la Corte di Cassazione individua, con la sentenza 4265/07, è quello che si verifica quando il datore di lavoro dimostri l'esistenza di specifiche esigenze tecnico-produttive od organizzative, le quali impediscono una soluzione diversa dal mutamento geografico del posto di lavoro. Per cui il datore di lavoro dovrà dimostrare (con conseguente inversione dell'onere della prova in caso di impugnativa del licenziamento) che tali ragioni possono essere soddisfatte solo con il trasferimento del lavoratore in questione. Il trasferimento infine potrà avvenire anche in caso comprovato di incompatibilità ambientale del dipendente⁵ o per la definitiva soppressione del posto di lavoro.

Ed infatti la legge n. 104 del 1992, art. 33, non configura in generale, in capo ai soggetti ivi individuati, un diritto assoluto e illimitato, potendo questo essere fatto valere allorché, alla stregua di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro. **La Suprema Corte rimarca questo aspetto anche con l'ordinanza 25836/2022 laddove afferma che il divieto di trasferimento del lavoratore caregiver non si applica se viene provato dal datore che il mutamento della sede di lavoro deriva da «esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte».**

⁵ La situazione di incompatibilità ambientale, se pure prescinde da ragioni punitive o disciplinari ed è riconducibile in via sistematica all'art. 2103 c.c., si distingue dalle ordinarie esigenze di assetto organizzativo in quanto costituisce essa stessa causa di disorganizzazione e disfunzione realizzando, di per sé, un'obiettiva esigenza di modifica del luogo di lavoro.