

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

flash

## Il punto

Pomigliano, adesso si capisce qualcosa di più. Si capisce, per prima cosa, che non era un episodio isolato, un drammatico dentro o fuori giustificato dalle circostanze di fatto di una fabbrica sovradimensionata e svantaggiata dal contesto territoriale. Era, come qualcuno aveva intuito, il primo atto di imposizione di un metodo. Un metodo nuovo, a ben vedere, o molto antico. Il padrone detta legge, chi non ci sta è fuori. Saltando il livello di contrattazione nazionale, poco concertando anche a livello aziendale. E magari con qualche licenziamento improvviso che sa tanto di rappresaglia. Pomigliano adesso è nuovo modo proposto dalla Fiat per non perdere il treno della modernità. Lavoro in cambio di diritti, volendo essere sintetici. Investimenti garantiti in Italia (fino a quando, fino a quanto?), nonostante all'estero sia troppo più vantaggioso, a condizione che il conflitto si stemperi, che il ruolo del sindacato si atteni fino a scomparire nella definizione delle condizioni di lavoro in azienda. Si capisce anche che la partita è poco giuridica - di livelli di contrattazione, di ruolo dei soggetti collettivi - e molto politica. Come spesso accade nei momenti cruciali delle relazioni industriali, specie se coinvolto in prima persona è un gruppo industriale di notevoli dimensioni. Più politica che giuridica è anche la questione della nuova impresa, figlia di Fiat - la cosiddetta *newco* - alla quale sarebbe permesso di non applicare il contratto nazionale dei metalmeccanici. Al di là dei profili strettamente giuridici che, prima o poi, qualcuno farà rispettare (si pensi in primo luogo alle tutele dell'art. 2112 c.c. e la continuità dei contratti non scaduti), quello che spaventa è questo brusco cambio di approccio alle relazioni industriali. Saltare il livello nazionale, *tout court*. Delegittimare, non riconoscere il sindacato come interlocutore necessario - ineludibile - per la definizione delle condizioni di lavoro. Come soggetto portatore di un interesse ulteriore rispetto alla somma degli interessi degli iscritti. Come soggetto legittimato ad una funzione normativa perché rappresentante generale degli interessi dei lavoratori. Ridurre tutto alla rappresentanza aziendale, al ruolo del sindacato come mero delegato degli iscritti in fabbrica. Negare il conflitto nazionale, in nome di un unico interesse del Paese: coincidente con lo sviluppo dell'impresa. Siamo di fronte, forse, ad un regresso culturale senza precedenti per il mondo del lavoro. Giustificato - come potrebbe non esserlo? - con la carta sempre valida della crisi globale e della modernità. In attesa di capire se rimarrà spazio per chi vorrà declinare la modernità in maniera diversa da un cda, Diritti&Lavoro questo mese si occupa di contratti a termine (con la sentenza della Corte di Giustizia del giugno scorso); della costituzione del sindacato come parte civile nel processo penale a seguito dell'infortunio del lavoratore; di assistenza ai disabili e diritti dei parenti alla scelta della sede di lavoro; infine, una recente sentenza della Cassazione è l'occasione per fare il punto sulle prerogative sindacali, permessi e aspettative. Ritorniamo a settembre, buone vacanze.

## Sommario

n. 7 \* luglio 2010 \* nuova serie

### ARTICOLI

#### Contratto a termine

Sulle ragioni sostitutive, la Corte di Giustizia tra silenzi e conferme \*2

#### Sindacale

Le prerogative sindacali: permessi e aspettative \*4

#### Sindacale/2

Sindacato: sì a costituzione parte civile anche se la vittima non era iscritta \*6

#### Disabilità

Assistenza e diritto alla scelta della sede di lavoro \*7

### FLASH

#### Processo

Nuovi termini per ricorrere al TAR \*2

#### Mobbing

Illegittimo il licenziamento per superamento del periodo di comporto \*5

#### Disabili

Congedo straordinario anche in caso di lavoro del parente assistito \*9

### Extra



Via libera definitiva della Camera alla manovra correttiva. Sulla legge di conversione del decreto l'esecutivo è dovuto ricorrere ad una doppia fiducia, prima al Senato e poi alla Camera. Il sì definitivo di Montecitorio è giunto con 321 sì, 270 no, e 4 astenuti. Nel testo definitivo - che troverete in commento sul prossimo numero di Diritti&Lavoro - spazio all'annunciato giro di vite sul

pubblico impiego e falsi invalidi e all'adeguamento dell'età pensionabile alle aspettative di vita dal 2015 (e non più dal 2016 come previsto nel testo del decreto legge), nonché l'accelerazione dell'innalzamento dell'età per andare in pensione per le donne nel pubblico impiego, che scatterà dal 2012.

# Contratto a termine

## Contratto a termine per ragioni sostitutive: la Corte di Giustizia tra silenzi e conferme

Alessandro Giovannelli

Nuovo capitolo della lunga storia dei contratti a termine e dell'interpretazione della normativa italiana che ne disciplina requisiti e limiti di utilizzo. Dopo la Corte Costituzionale del giugno 2009 (sentenza n. 214/2009, già in commento su questo Bollettino, n. 7/2009) e le molto dibattute

sentenze di Cassazione del febbraio scorso (n. 1575 e 1576/2010, v. Bollettino n. 3/2010), a pronunciarsi in materia è adesso la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Con sentenza del 24 giugno scorso (causa C-98/09), la Corte ha dato risposta a due quesiti sollevati dal giudice italiano (Tribunale di Trani) sull'onere del datore di lavoro di indicare il nominativo del lavoratore assente in caso di assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo. Il quesito principale di cui è stata investita la Corte non riguarda però la sussistenza o meno, nell'attuale assetto normativo italiano, di tale obbligo, bensì soltanto un eventuale violazione della clausola di non regresso imposta dalla direttiva comunitaria (in forza della quale la trasposizione della norma comunitaria nell'ordinamento

nazionale non può essere l'occasione per una diminuzione delle tutele già garantite ai lavoratori). È da considerarsi conforme alla direttiva 99/70, si chiede il Giudice di Trani, la previsione dell'art. 1, d. lgs. 368/2001 che, a differenza di quanto espressamente previsto dalla precedente legge del 1962, non menziona più esplicitamente tra i requisiti di validità del contratto a termine l'indicazione espressa e per iscritto del nome del lavoratore sostituito? O si deve piuttosto ritenere che la norma del 2001, trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva 99/70 CE, di fatto faccia arretrare il livello di tutela garantito e, conseguentemente, costituisca una violazione del vincolo comunitario per cui la traduzione in norma nazionale della direttiva europea non può essere occasione di diminuzione dei diritti del lavoratore? Nella risposta ai quesiti interpretativi sollevati dal Giudice nazionale, dunque, la Corte non deve e non entra di fatto nel cuore sostanziale della questione. Non si pronuncia cioè, almeno non direttamente, sull'effettiva esistenza dell'obbligo di indicazione del nominativo del lavoratore assente ai sensi dell'attuale normativa sul contratto a termine. Piuttosto, come punto di partenza per la risoluzione del quesito sul regresso, fa propria la prospettiva proposta dal Giudice di Trani che, al momento del rinvio, non riteneva più esistente tale obbligo sotto la vigenza del d. lgs. 368/2001.

### La Corte si pronuncia sulla violazione della clausola di non regresso

In risposta al quesito formulato dal Giudice italiano, la Corte risponde sostenendo che una normativa nazionale che, in attuazione della direttiva, riformasse la disciplina previgente nel senso di non riproporre esplicitamente l'onere di indicazione del nominativo del lavoratore sostituito non è di per sé da considerarsi in violazione della clausola di non regresso, posto che tale valutazione – che rimane competenza del Giudice nazionale – deve essere compiuta valutando complessivamente l'insieme

## FLASH \* Processo: nuovi termini per ricorrere al TAR

Il d.lgs. n. 104/2010, di attuazione della legge delega n. 69/2009, si è occupato di riformare il processo amministrativo, ossia quello che si svolge davanti al TAR ovvero al Consiglio di Stato. Tra le tante novità, particolarmente rilevanti quelle in materia di termini per agire in giudizio. Tali novità interessano il mondo del lavoro, sotto due diversi profili. In primo luogo, l'effettuazione di una causa di lavoro da parte di coloro che sono rimasti esclusi dalla privatizzazione del pubblico impiego, per i quali, dunque, il relativo rapporto di lavoro continua ad essere disciplinato da leggi speciali e le relative controversie continuano ad essere decise dal giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato). Vi rientrano i Vigili del Fuoco, magistrati, avvocati dello Stat6, personale militare, Forze di Polizia, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, personale della carriera dirigenziale penitenziaria, professori e docenti universitari. In secondo luogo, sono novità che interessano tutti i lavoratori del pubblico impiego, a prescindere che rientrino nelle categorie privatizzate o meno, per ciò che concerne l'eventuale azione giudiziaria contro il silenzio dell'amministrazione a fronte di una richiesta di accesso agli atti della stessa amministrazione, ovvero qualora si voglia contestare vizi di illegittimità nello svolgimento di un concorso pubblico cui si è partecipato.

Fino ad oggi, per qualsiasi motivo ci si rivolgesse al TAR, era necessario proporre ricorso davanti al giudice amministrativo entro il termine di 60 giorni dalla pubblicazione del provvedimento amministrativo contro il quale si agisce ovvero dalla diversa data di conoscenza, qualora alcuna pubblicazione vi fosse stata. Qualora non venisse fatto ricorso entro il suddetto termine, veniva perso il diritto di agire in giudizio.

Con le nuove norme si diversificano i termini di impugnazione. Il termine di 60 giorni rimane solo se l'obbiettivo dell'azione è annullare il provvedimento amministrativo. Se, invece, si agisce per chiedere un risarcimento del danno alla PA, il termine è di 120 giorni decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Qualora vengano proposte entrambe le azioni, la seconda potrà essere proposta durante tutta la fase del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza. Qualora, tuttavia, a fronte di una richiesta di accesso agli atti, la PA non risponda, si può agire contro il cosiddetto silenzio e per far sì che la PA provveda. Per questa ipotesi, il d.lgs. n. 104/2010 prevede il termine di un anno dalla scadenza dei termini entro i quali la PA deve provvedere.

I nuovi termini saranno pienamente operativi dal 16 settembre 2010.

degli strumenti di tutela ancora garantiti dall'ordinamento, nonché la reale incidenza – anche statistica – di tale abrogazione. Ossia, dice la Corte, anche se sul punto specifico in esame si potrebbe ravvisare un peggioramento delle garanzie per il lavoratore – in termini di minor trasparenza e minor controllo – è possibile che l'ordinamento predisponga altri e parimenti efficaci strumenti di garanzia contro l'abuso del contratto a termine, oppure che la riforma peggiorativa riguardi ambiti ristretti – per settori e numero di lavoratori coinvolti – così da non ritenere sussistente la violazione del non regresso. E, come detto, spetta al Giudice nazionale affrontare questa analisi.

Né una bocciatura, dunque, dalla Corte, né un'adesione alle tesi interpretative più favorevoli ai lavoratori fatte proprie in Italia, da ultimo, anche dalla Corte Costituzionale. Piuttosto una conferma di quanto la stessa Corte già aveva argomentato circa il valore e l'ambito di applicazione della clausola di non regresso.

### Il punto della giurisprudenza nazionale sull'onere di indicazione del nome del lavoratore sostituito

Prima di capire cosa veramente aggiunge al dibattito nazionale la sentenza in commento è necessario però procedere ad illustrare, seppur sinteticamente, i termini della questione.

Il tema, come detto, è l'onere di specificazione del nominativo del lavoratore assente in caso di assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo. Ci si chiede, ossia, se nel contratto di lavoro debba risultare non solo la circostanza che si procede all'assunzione a termine per coprire un posto temporaneamente vacante, ma anche il nominativo del lavoratore assente. La questione non è marginale. La puntuale indicazione del nome del lavoratore sostituito concede infatti al lavoratore precario una possibilità in più –

e più immediata – di controllare che il proprio contratto sia genuino, ossia che il datore di lavoro faccia ricorso a contratti con scadenza per reali esigenze temporanee e non per ridurre i costi di un'assunzione a tempo indeterminato. Al contrario, la mera e generica affermazione, in sede contrattuale, che l'assunzione a termine ha luogo per non meglio specificate esigenze sostitutive di personale in ferie, potrebbe non essere sufficiente ad evitare gli abusi di utilizzo dello strumento contrattuale flessibile. Si pensi a quanto potrebbe accadere in aziende di grandi dimensioni e dall'organizzazione complessa e ramificata.

Attualmente, dice il d.lgs. 368/2001, è possibile apporre il termine al contratto di lavoro purché in presenza di ragioni di carattere oggettivo (tra cui, appunto, la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto) che devono risultare da atto scritto (inserite, cioè, espressamente nel testo del contratto di lavoro) e in questo specificate.

### La Corte Costituzionale: necessaria l'indicazione del nominativo

La cifra del problema sta tutta nell'ampiezza che si vuol concedere all'onere di *specificazione* menzionato dalla legge. Il dibattito giurisprudenziale nazionale è stato recentemente segnato – e, data l'autorevolezza, anche concluso – dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 214/2009. La Consulta, a chiare lettere, aveva infatti stabilito che l'onere di specificazione di cui all'art. 1, comma 2, d. lgs. 368/2001 “*impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. Infatti, considerato che per "ragioni sostitutive" si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e*

*delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto”.*

### La Cassazione del 2010 e le deroghe per le grandi aziende

La Corte di Cassazione, ancora più recentemente, si era trovata a pronunciarsi sul medesimo tema. In due sentenze “gemelle” (1575 e 1576 del 2010), pur confermando in via generale l'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale, la Suprema Corte aveva introdotto quelle che erano sembrate delle deroghe all'onere di specificazione come declinato dalla Consulta. È legittimo ritenere, sostiene la Suprema Corte, che in realtà aziendali complesse l'onere di specificazione imposto al datore di lavoro non sia così stringente da comprendere l'indicazione esatta del nominativo del lavoratore sostituito, bensì possa attestarsi su un più generale obbligo di corrispondenza numerica tra lavoratori assenti e assunzioni a tempo determinato. Con le parole della Corte: “*l'onere di specificazione della causale nell'atto scritto costituisce una perimetrazione della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di far ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato per soddisfare una vasta gamma di esigenze aziendali (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o aziendale), a prescindere da fattispecie predeterminate. Tale onere ha l'evidente scopo di evitare l'uso indiscriminato dell'istituto per fini solo nominalmente riconducibili alle esigenze riconosciute dalla legge, imponendo la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione addotta già nel momento della stipula del contratto. D'altro canto, tuttavia, proprio il venir meno del sistema delle fattispecie legittimanti impone che il concetto di*

*specificità sia collegato a situazioni aziendali non più standardizzate ma obiettive, con riferimento alle realtà specifiche in cui il contratto viene ad essere calato. Il concetto di specificità in questione risente, dunque, di un certo grado di elasticità che, in sede di controllo giudiziale, deve essere valutato dal giudice secondo criteri di congruità e ragionevolezza. Con riferimento specifico alle ragioni di carattere sostitutivo, pertanto, il contratto a termine se in una situazione aziendale elementare è configurabile come strumento idoneo a consentire la sostituzione di un singolo lavoratore addetto a specifica e ben determinata mansione, allo stesso modo in una situazione aziendale complessa è configurabile come strumento di inserimento del lavoratore assunto in un processo in cui la sostituzione sia riferita non ad una singola persona, ma ad una funzione produttiva specifica che sia occasionalmente scoperta. In quest'ultimo caso, il requisito della specificità può ritenersi soddisfatto non tanto con l'indicazione nominativa del lavoratore o dei lavoratori sostituiti, quando con la verifica della corrispondenza quantitativa tra il numero dei lavoratori assunti con contratto a termine per lo svolgimento di una data funzione aziendale e le scoperture che per quella stessa funzione si sono realizzate per il periodo dell'assunzione".* Tanto la Corte Costituzionale quanto la Cassazione, pur nella evidente divergenza, concordano dunque sullo scopo dell'onere di specificazione imposto dalla legge, ossia quello di evitare l'utilizzo indiscriminato delle assunzioni a tempo determinato fino a farne un secondo e paritetico canale di assunzione standard.

### **Cosa dice la CGCE: non c'è regresso delle tutele se ci sono altri strumenti per evitare gli abusi. Il ruolo del Giudice nazionale.**

La sentenza della Corte di Giustizia, come detto, non entra nel merito della sussistenza dell'onere di indicazione del

nominativo del lavoratore sostituito nell'attuale assetto normativo italiano. Piuttosto fa propria – e non potrebbe essere altrimenti, data la formulazione dei quesiti – come punto di partenza dell'analisi l'interpretazione prospettata dal Giudice di Trani, secondo il quale un tale onere non sussisterebbe più sotto la vigenza del d. lgs. 368/2001. La valutazione circa la sussistenza di tale onere, così come quella relativa al non regresso delle tutele, dice la Corte, deve essere operata dal Giudice nazionale. Di conseguenza, è dall'analisi dell'apparato sanzionatorio nel suo complesso che il Giudice dovrà valutare la conformità della normativa interna con la direttiva 99/70 CE. E, a monte, sempre il Giudice dovrà valutare se tale onere davvero non sia più previsto nel nostro ordinamento o, piuttosto, come ha chiaramente espresso la Corte Costituzionale, debba essere considerato vigente anche in assenza di una esplicita previsione. L'ordinanza del Giudice di Trani di rimessione della questione alla Corte di Giustizia è anteriore alla sentenza della Corte Costituzionale di quasi un anno. Alla luce di quanto argomentato dalla Consulta – e di quanto in linea di principio confermato dalla Cassazione del febbraio 2010 – sembra allo stato dell'evoluzione giurisprudenziale che non si possa davvero più escludere la sussistenza dell'onere di specificazione declinato nell'accezione di prevedere anche l'indicazione del nome del lavoratore assente in caso di assunzione per ragioni sostitutive. Ed è legittimo pervenire a questa interpretazione non tanto ignorando quanto detto dalla Corte di Giustizia, ma proprio in relazione allo spazio interpretativo che quest'ultima lascia al Giudice nazionale per valutare la conformità della disciplina attuale alla direttiva del 1999.

### **I limiti della clausola di non regresso**

In chiusura, è necessaria una nota su quanto detto dalla Corte in merito alla portata applicativa della clausola di non regresso. Ci ricorda la Corte, anche nella

# Sindacale

sentenza in commento, non c'è violazione se – a fronte di una limitata riduzione delle tutele del lavoratore – il sistema complessivo garantisce comunque un livello generale di tutela non inferiore all'assetto normativo precedente all'applicazione della direttiva. Oppure se la *reformatio in pejus* riguarda soltanto una porzione limitata di destinatari. Nel solco di quanto già aveva affermato nelle sentenze *Mangold* e *Angelidaki*, la Corte ribadisce che le reali restrizioni imposte agli Stati dalla clausola di non regresso possono essere derogate a fronte di esigenze complessive del sistema. Anche in materia sociale, dunque, il margine per gli Stati in sede di trasposizione della norma comunitaria appare ampio e la clausola di non regresso sembra un'arma non così efficace per i lavoratori.

## **Le prerogative sindacali: permessi e aspettative**

*Andrea Ranfagni*

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sentenza n. 11146 del 7 maggio 2010) ci consente di approfondire un tema di estrema importanza, quello cioè relativo alle prerogative sindacali, quindi all'insieme di diritti direttamente connessi allo svolgimento di attività sindacale in azienda e non.

### **La disciplina contenuta nello Statuto dei lavoratori**

Lo Statuto dei Lavoratori, l. n. 300 del 20 maggio 1970, ha costituito una tappa fondamentale nella storia del diritto sindacale italiano. Con esso sono state riconosciute una serie di prerogative sindacali che hanno consentito di dare piena attuazione al principio della libertà di associazione sindacale, affermato all'art. 39, comma 1, della Costituzione. Più in generale, come si usa dire, è con lo Statuto dei lavoratori che la libertà sindacale ha rotto i cancelli delle

fabbriche ed ha fatto il relativo ingresso. La principale conquista fu rappresentata dall'art. 19, che riconosce la possibilità di costituire RSA, rappresentanze sindacali in azienda. A ciò, tuttavia, vi si ricollegano poi tutta una serie di diritti del sindacalista esterno o direttamente facente parte della RSA.

Tra tali prerogative, acquistano grossa importanza i permessi e le aspettative. La l. n. 300/1970 ne individua diversi. Innanzitutto, gli artt. 23 e 24 si occupano dei permessi sindacali dei dirigenti sindacali "interni", vale a dire coloro che prendono direttamente parte alle RSA o alle RSU di un'azienda.

L'art. 23 riconosce il diritto a permessi sindacali "retribuiti" ai rappresentanti sindacali che possono essere utilizzati solo "per l'espletamento del loro mandato". Con tale affermazione deve intendersi il complesso delle attività e delle funzioni inerenti alla sfera di competenza delle strutture sindacali aziendali, quali organismi interni all'unità produttiva. Caratteristica di tali permessi è che con essi viene meno l'obbligo di lavorare, con conservazione, però, dell'obbligo retributivo a carico del datore di lavoro.

L'art. 24 riconosce, invece, permessi sindacali "non retribuiti", i quali vedono come beneficiari sempre i componenti dell'RSA o dell'RSU, ma si caratterizzano poiché essi devono servire "per la partecipazione a trattative sindacali o congressi e convegni di natura sindacale", quindi ad attività tipicamente di natura extraaziendale, diversamente dai primi che invece riguardano, come visto, attività che si svolgono all'interno dell'azienda. Diversamente, poi, dai primi, questi permessi si caratterizzano poiché oltre all'obbligo di lavorare è sospeso anche il corrispettivo obbligo dell'azienda di versare la retribuzione.

Le norme dello Statuto in questione si occupano di indicare un minimo di

permessi annui cui ha diritto il sindacalista, lasciando poi libera la

caso non sono, tuttavia, tutti i sindacalisti. Occorre, infatti, che si tratti di lavoratori con cariche in organi provinciali e nazionali delle associazioni di cui all'art. 19 dello stesso Statuto, cioè di OO.SS. firmatarie di contratto collettivo applicato nell'azienda o nell'unità produttiva. Altra caratteristica di questo tipo di permessi è che essi non sono quantificati, neanche nel minimo, dalla legge, la quale rinvia completamente al contratto collettivo. La giurisprudenza ha avuto, tuttavia, modo di precisare che nel caso di assenza di disciplina contrattuale ovvero nel caso di sua inapplicabilità, spetta al giudice determinare la misura dei permessi stessi ( Pretore di Torino,

## FLASH \* Mobbing: illegittimo il licenziamento per superamento del periodo di comporto

La Corte d'Appello di Firenze, nella recente sentenza n. 155/2010, ha stabilito che è illegittimo il licenziamento intimato ad una lavoratrice sul presupposto di aver superato il cosiddetto periodo di comporto, se risulta provato che la malattia che ha causato il superamento del predetto periodo è stata cagionata da demansionamento illegittimo e da fatti integranti mobbing.

Com'è noto, in base alla normativa vigente, il datore di lavoro può legittimamente licenziare un dipendente nel caso in cui abbia superato il periodo di comporto, vale a dire un termine massimo di durata della malattia fissato dai contratti collettivi.

La sentenza in commento ha individuato un limite a tale possibilità di recesso libero, nel caso in cui appunto il la malattia che determina il superamento del periodo di comporto sia stata a sua volta causata da forme di vessazione da parte del datore di lavoro.

In questo caso, precisa giustamente la Corte d'Appello, oltre al diritto alla reintegra o, nel caso di aziende sotto i 15 dipendenti, all'indennità compresa tra le 2 e le 6 mensilità, sussisterà il diritto al risarcimento del danno per mobbing.

contrattazione collettiva di prevederne di più. In particolare, nelle aziende che occupano fino a 200 dipendenti, i permessi "retribuiti" non potranno essere inferiori ad un'ora all'anno per ciascun dipendente. Nelle aziende che occupano più di 200 dipendenti, invece, il minimo di permessi "retribuiti" è pari ad otto ore mensili. Per quanto riguarda, invece, i permessi "non retribuiti", questi devono essere minimo otto giorni l'anno a prescindere dalle dimensioni dell'azienda. Ad ogni modo, com'è noto, i contratti collettivi, soprattutto per ciò che concerne i permessi retribuiti, hanno diffuso la prassi del cosiddetto "monte ore" annuo, vale a dire l'assegnazione di una quota globale di permesso affidata alla gestione autonoma dell'organismo sindacale che ne individua di volta in volta i beneficiari.

Gli artt. 30 e 31, comma 2, dello Statuto si occupano, invece, delle prerogative dei dirigenti sindacali "esterni", vale a dire di quei lavoratori che occupano cariche sindacali in organi direttivi nazionali e provinciali, non nelle RSU o RSA.

Nello specifico, l'art. 30 riconosce il diritto a permessi "retribuiti" per la partecipazione alle riunioni degli organi suddetti. Soggetti beneficiari in questo

2 aprile 1996).

L'art. 31, comma 2, dello Statuto riconosce, invece, ai soggetti titolari di cariche sindacali in organismi provinciali o nazionali, la possibilità di essere collocati, a richiesta, in aspettativa non retribuita. A differenza dei permessi retribuiti, non si fa alcun riferimento all'essere parte di associazioni sindacali firmatarie. Con l'aspettativa, la quale deve essere richiesta ed accolta, a differenza dei permessi che prescindono da forme di autorizzazione da parte dell'azienda, il lavoratore sospende temporaneamente il rapporto di lavoro, venendo meno tanto l'obbligo di lavorare, quanto quello aziendale di pagare la retribuzione.

Merita, infine, ricordare che gli artt. 30 e 31, diversamente dagli artt. 23 e 24, trovano applicazione in tutte le aziende e non solo in quelle sopra i 15 dipendenti.

## La sentenza della Cassazione

La Cassazione, con la sentenza n. 11146 del 7 maggio 2010, si è pronunciata su di un contenzioso intercorso tra un sindacalista ed un'azienda del settore

# Sindacale/2

trasporti. Nello specifico, il lavoratore chiedeva che nei suoi confronti trovasse applicazione l'art. 28 del CCNL Autoferrotranvieri del 23 luglio 1976, il quale riconosce la possibilità ai sindacalisti che rientrano dall'aspettativa sindacale di vedersi ricostruire la carriera, quindi eventualmente salire di livello, tutto ciò prendendo come punto di riferimento la generalità degli agenti dello stesso grado e qualifica cui gli stessi sindacalisti rientranti dall'aspettativa appartenevano al momento della concessione della prerogativa sindacale.

L'azienda si difendeva facendo presente che l'assenza del lavoratore era stata realizzata a titolo di permesso sindacale retribuito e non a titolo di aspettativa, conseguentemente non poteva trovare applicazione il citato art. 28. Dal canto suo, il lavoratore invocava il R.D. n. 148/1931, artt. 24 e 31, per sostenere l'equivalenza tra aspettativa e allontanamento dal lavoro per permessi sindacali, soprattutto laddove l'art. 24, comma 1, definisce l'aspettativa come *"l'esenzione temporanea dal servizio ... per cariche sindacali che comportino l'allontanamento temporaneo dall'azienda"*.

La Cassazione ha respinto l'equivalenza prospettata dal lavoratore tra assenza dal lavoro per motivi sindacali e aspettativa, ricordando a tal fine come le disposizioni del 1931 richiamate siano direttamente integrate dallo Statuto dei Lavoratori, il quale si è preoccupato, come visto, di effettuare delle distinzioni ben precise tra le varie prerogative dei lavoratori-sindacalisti a seconda del livello territoriale dell'attività e la rappresentatività delle diverse organizzazioni sindacali, da cui non può certo dirsi che ogni assenza debba qualificarsi come aspettativa.

Tra l'altro, nel caso di specie, era emerso in corso di causa un documento nel quale sia il lavoratore che l'azienda qualificavano formalmente l'assenza del primo come permesso retribuito. Il lavoratore aveva però tentato di superare tale qualificazione formale, facendo valere un'eventuale violazione da parte di quest'ultima di norme inderogabili di legge che egli rinveniva negli artt. 24 e 31, appunto, del R.D. n. 148/1931, ma che, evidentemente, la Cassazione ha ritenuto

fossero state interpretate non correttamente, non potendosi desumere da esse alcuna equivalenza tra assenza dal lavoro per motivi sindacali ed aspettativa.

## Possibilità di godere in modo continuativo dei permessi sindacali e controllo dell'azienda

Uno dei motivi che hanno portato il lavoratore a tentare di vedersi qualificare come "aspettativa" la propria assenza dal lavoro in permesso sindacale retribuito, è stato rappresentato dalla circostanza per cui la sua assenza in permesso sindacale si è realizzata in maniera continuativa. In sostanza, il lavoratore ha messo insieme tutti i permessi sindacali che aveva a disposizione, configurando così un'assenza continuativa da lavoro.

Tale circostanza è assolutamente possibile, senza che automaticamente si configuri un'aspettativa. Questo ce lo dice la stessa Cassazione in commento, la quale, richiamando precedente giurisprudenza (Cassazione 454/2003 e n. 12105/2004), ha affermato che anche quando i contratti collettivi fissano un "monte ore", il lavoratore può far uso dei permessi sindacali in modo prolungato e ininterrotto, senza neppure essere tenuto a far sì che la propria, benché limitata, prestazione lavorativa, conservi una sua utilità nell'ambito del rapporto contrattuale.

Lo stesso orientamento contiene però una precisazione e cioè che, al di là delle modalità (prolungate o meno) con le quali il lavoratore decide di godere dei permessi sindacali, non è consentito l'utilizzo di quest'ultimi per fini personali o diversi da quelli per i quali essi vengono attribuiti, né tantomeno è consentita la strumentalizzazione del potere di fruire dei permessi per una finalità diversa dalla tutela sindacale (ad esempio la volontà di sottrarsi all'attività lavorativa, praticando un dissimulato ostruzionismo alle direttive del datore di lavoro).

Lo scopo del permesso sindacale deve dunque essere solo e soltanto la necessità di svolgere attività sindacale. Tale precisazione operata dalla giurisprudenza può sembrare scontata, ma non lo è affatto.

I permessi sindacali, infatti, costituiscono un diritto pieno ed incondizionato, il che significa che non è configurabile alcun potere discrezionale di concessione o autorizzazione da parte del datore di lavoro, il quale non potrà mai opporsi alla relativa fruizione (Cassazione n. 11573/1997, n. 9765/1996). In tal senso la garanzia è quella fornita dall'associazione sindacale, la quale assume appunto il ruolo di garante della corretta destinazione del permesso sindacale. Si discute, tuttavia, se sussista un potere di controllo del datore di lavoro esercitabile ex post, vale a dire se il l'azienda possa controllare l'effettivo esercizio di attività sindacale nelle ore di permesso. La Cassazione n. 11146/2010 sembra prospettare tale possibilità.

## Sindacato parte civile: sì anche se la vittima non era iscritta

Cecilia Valbonesi

La quarta sezione penale della Corte di Cassazione ha di recente statuito il principio di diritto secondo il quale è oggi consentita alle associazioni sindacali la possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale che abbia ad oggetto l'infortunio occorso al prestatore di lavoro.

## Le associazioni sindacali possono costituirsi parte civile nel processo penale in caso di infortunio al lavoratore

Le ragioni di simile apertura la quale, invero, era da tempo auspicata ed sino ad oggi, irragionevolmente negata, risiedono nell'elementare circostanza che uno degli obiettivi connaturati all'attività sindacale sia quello della tutela della sicurezza nell'ambiente di lavoro.

Ne consegue che la violazione delle disposizioni antinfortunistiche da parte dell'azienda rappresenti una lesione delle

finalità connaturate al sodalizio sindacale e del diritto che l'associazione può vantare alla generica osservanza delle norme poste a tutela dei lavoratori.

Il danno patito si configura, quindi, come effettivo e diretto e pertanto risarcibile mediante la costituzione di parte civile.

Siffatto strumento processuale, previsto dall'art 74 c.p.p., si sostanzia nella partecipazione del soggetto (anche collettivo) nel processo penale a fini restitutori o risarcitori rispetto al pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale patito in conseguenza del reato.

La tutela, azionabile anche dall'associazione sindacale in quanto annoverabile fra i "soggetti" non personificati, è subordinata quindi alla sussistenza di un danno ingiusto e risarcibile cagionato dal reato.

Se il danno ingiusto è quello arrecato ad un diritto soggettivo, si pone il problema di individuarne i confini rispetto al complesso di facoltà vantate da un'associazione sindacale, la quale, è più facilmente portatrice di interessi collettivi. Questi ultimi, tuttavia, finiscono per coincidere con i diritti soggettivi laddove siano individuati in una norma di protezione destinata ad una comunità determinata, tale da farla assurgere essa stessa a soggetto di diritto.

Questo è quanto accade con riferimento all'associazione sindacale la quale può vantare, altresì, una facoltà di controllo sull'osservanza delle norme antinfortunistiche ed un autonomo potere di promozione a riguardo, entrambi fondati dalla previsione di cui all' 9 dello Statuto dei Lavoratori.

## Risarcibile anche il danno all'immagine del sindacato

Quanto al danno risarcibile, è facile oggi estenderne la portata anche al danno all'immagine che in tali casi subisca il sindacato. L'evoluzione giurisprudenziale ha destrutturato i confini della nozione di danno ingiusto, fino a farla diventare una "clausola generale di responsabilità" idonea a tutelare una situazione soggettiva, anche genericamente protetta, qual è quella che si rinviene nella struttura dell'interesse diffuso di cui sono

portatrici, in generale, le associazioni sindacali.

Siffatta tutela affianca quella offerta dalla nuova dogmatica del danno non patrimoniale il quale, interpretato oggi alla luce del principio solidaristico ex art. 2 Cost., diviene suscettibile di integrare ogni ipotesi nella quale sia "leso un valore della persona".

Proprio il suddetto principio solidaristico ha permesso di aprire la strada alla ammissibilità della tutela degli enti pubblici, ai quali è oggi riconosciuto il ristoro del danno patrimoniale, sub specie di turbamento morale, patito dalla collettività di cui essi sono esponenti.

La progressiva apertura verso la configurabilità di una tutela risarcitoria anche per gli enti collettivi è, in ogni caso, subordinata alla circostanza che l'ente abbia fatto proprio, quale fine primario, quello della tutela degli interessi coincidenti con quelli lesi o posti in pericolo dallo specifico reato.

Proprio da una tale immedesimazione, secondo la Suprema Corte, nascerebbe quella posizione di diritto soggettivo che legittimi l'ente a richiedere il risarcimento del danno patito contra ius.

Così, essendo l'organismo collettivo direttamente titolare di siffatta posizione giuridica soggettiva viene meno anche la necessità che il soggetto direttamente leso dal reato sia legato da un rapporto diretto con l'ente.

Nel caso di specie, dunque, si può affermare che a seguito della decisione della Suprema Corte non sia più necessario il requisito dell'iscrizione del lavoratore all'associazione sindacale, per fondare una legittima pretesa risarcitoria in capo a quest'ultima.

## Il sindacato agisce per il risarcimento indipendentemente dall'iscrizione della vittima

In caso di infortuni sul lavoro derivanti dall'inosservanza di norme antinfortunistiche, infatti, il sindacato subisce un diretto ed effettivo pregiudizio che risiede nel danno patrimoniale e non patrimoniale della perdita di credibilità nei confronti dell'azione sindacale.

# Disabilità

Questa si inquadra, infatti, fra i più efficaci ed imprescindibili strumenti di tutela nei confronti della salute e della sicurezza del prestatore di lavoro. Attraverso le facoltà riconosciute dall'art. 9, lo Statuto consente ai sindacati di promuovere e controllare gli aspetti più importanti e peculiari in tema di sicurezza che nascono dai singoli processi produttivi.

Siffatti poteri partecipativi sono stati oggi potenziati e proceduralizzati attraverso le previsioni normative di cui al TU 81 2008, il quale ha previsto che i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza fossero presenti a tre livelli: aziendale, territoriale e di sito produttivo. Inoltre, i rappresentanti debbono essere adeguatamente formati per l'assolvimento dei compiti loro richiesti.

Una tale attribuzione di responsabilità non può non tradursi, per il sindacato, in un adeguato riconoscimento del proprio ruolo cui consegue la sussistenza di una posizione tutelabile attraverso a costituzione di parte civile nel processo penale.

Ivi, come è accaduto nel caso peculiare da cui ha preso le mosse la vicenda processuale in esame, la condotta degli imputati colpisce direttamente la funzione di tutela e di controllo della quale è portatore il sindacato. Pertanto, ove si verificano infortuni anche gravi ai lavoratori, le associazioni sindacali vengono indefettibilmente screditate nella loro funzione di conformazione e controllo dell'attività produttiva ai parametri antinfortunistici.

Siffatto discredito integra i requisiti di quel danno ingiusto direttamente risarcibile che fonda la possibilità per l'associazione sindacale di costituirsi parte civile nel processo penale.

## Assistenza al disabile e diritto alla scelta della sede di lavoro

Andrea Ranfagni

Il 21 maggio 2010, con sentenza n. 3237, il Consiglio di Stato si è occupato di un istituto molto utilizzato nel nostro ordinamento, ma sul quale permangono,

stante una formulazione legislativa non ottimale, molti dubbi interpretativi. Stiamo parlando del comma 5 dell'art. 33, l. n. 104/1992, il quale riconosce due importanti prerogative del dipendente pubblico e privato che assiste un familiare disabile: da un lato, il diritto di scelta della sede più vicina al proprio domicilio, dall'altro lato, il diritto a non essere trasferiti senza il proprio consenso.

Il Consiglio di Stato si è occupato del primo diritto, affermando che esso non spetta se l'assistenza prestata al familiare disabile può essere fornita da altri parenti, residenti nello stesso Comune o in comuni limitrofi, anche nel caso in cui questi ultimi abbiano dichiarato la propria indisponibilità ad occuparsi del disabile.

Si tratta di un orientamento volto a circoscrivere i margini di utilizzo del diritto in questione e si pone in perfetta sintonia con i futuri interventi legislativi del c.d. "collegato lavoro", i quali intendono ridurre i soggetti e le situazioni cui potrà trovare applicazione.

## I requisiti per poter usufruire delle prerogative in questione

Nel momento in cui il legislatore italiano ha riconosciuto al dipendente le prerogative in questione, si è ovviamente preoccupato di individuare dei requisiti ben precisi in presenza dei quali è consentito usufruirne.

### 1. grado di parentela

Il primo elemento indispensabile attiene al grado di parentela che deve sussistere tra il disabile ed il lavoratore. Il lavoratore deve essere o un genitore o un parente/affine entro il terzo grado. Su tale primo requisito, per fortuna, non sussiste nessun dubbio.

### 2. continuità

Maggiori incertezze presentano gli altri requisiti, a partire dalla "continuità": il comma 5 dell'art.33, l. n. 104/1992, richiede infatti che il lavoratore preli assistenza al familiare disabile con "continuità". Il principale problema interpretativo è quello di capire in quale momento cronologico debba sussistere

tale elemento. Secondo un orientamento restrittivo, la continuità deve preesistere al momento della domanda. Secondo, invece, un orientamento più estensivo, il comma 5 troverebbe applicazione anche qualora si voglia iniziare ad assistere il familiare disabile o si voglia ripristinare un'assistenza interrotta in passato.

### 3. gravità

Le prerogative del lavoratore che assiste un disabile necessitano, poi, per poter operare, di determinati requisiti del familiare coinvolto. Il comma 5 si limita a parlare di parente o affine entro il terzo grado "handicappato", senza far riferimento alcuno al fatto che lo stato di salute del soggetto che si assiste sia "grave".

In realtà il requisito della "gravità" può dirsi necessario. Ciò emerge dalla stessa legge n. 104/1992, la quale, all'art. 3, comma 1, definisce portatore di handicap colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

Già da tale definizione emerge il requisito della gravità, che esclude la rilevanza di un handicap lieve. In tal senso è, comunque, orientata la giurisprudenza la quale richiede la sussistenza di tale elemento da accertarsi ad opera delle competenti commissioni Asl.

Vi è, comunque, qualche commentatore che obietta a ciò il fatto che il legislatore, quando ha richiesto la sussistenza del requisito della gravità lo ha richiamato espressamente; il comma 5, non disponendo nulla a riguardo, non la richiederebbe quindi come condizione necessaria per accedere al diritto al trasferimento.

### 4. esclusività

E veniamo, infine, al requisito della "esclusività" dell'assistenza prestata dal lavoratore al familiare, aspetto sul quale si è soffermata la sentenza del Consiglio di Stato in commento.

Il lavoratore che intende avvalersi delle prerogative di cui al comma 5 dell'art. 33, deve essere l'unico soggetto a prestare

l'assistenza?

A riguardo occorre operare delle distinzioni. Innanzitutto la l. n. 53/2000, con l'art. 20, ha esteso i benefici di cui all'art. 33, l. n. 104/1992, anche ai genitori ed ai familiari lavoratori, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente. Tale intervento è risultato particolarmente significativo in quanto ha esteso l'altro diritto individuato dall'art. 33: quello ai tre giorni di permesso mensili a coloro che non sono conviventi con la persona disabile. Nel concedere ciò ha però richiesto che l'assistenza sia, appunto, esclusiva. Di "esclusività", invece, non parla espressamente l'art. 33, né al comma 3 né al comma 5. Dalla lettura combinata dell'art. 33, comma 5, e dell'art. 20, l. n. 53/2000, sembrerebbe che se non c'è il requisito della convivenza, allora c'è bisogno dell'esclusività, se, invece, c'è la convivenza, allora non è necessaria l'esclusività dell'assistenza.

In realtà, la stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 3237/10 ha sottolineato come l'esclusività sia un requisito comunque necessario, anche nel caso di assenza di una convivenza. Quindi, il comma 5, anche se non lo richiama espressamente, richiederebbe questo elemento, desumibile dalla ratio della norma, che non è quella di assegnare dei benefici ai soggetti che hanno un parente portatore di handicap, ma quella di garantire a quest'ultimo un'assistenza.

## La sentenza del Consiglio di Stato

Come anticipato, la sentenza del Consiglio di Stato n. 3237/10 ha affermato un principio che rischia di ridurre ulteriormente la possibilità di usufruire della prerogativa sancita dal comma 5, art. 33.

In tale sentenza, viene infatti affermato che spetta al lavoratore dimostrare, attraverso dichiarazioni, dati o riferimenti oggettivi, che altri parenti e affini non siano in grado o comunque non siano disponibili ad occuparsi dell'assistenza del disabile. Pone, dunque, l'esclusività dell'assistenza come requisito fondamentale ed afferma che essa deve essere sufficientemente dimostrata da parte del lavoratore interessato.

Ciò che colpisce di più della sentenza in

## FLASH \*Congedo straordinario per familiari anche in caso di lavoro del parente assistito

Un recente interpello del Ministero del lavoro datato 6 luglio 2010 ha affrontato una questione inerente l'art. 42, comma 4, d.lgs. n. 151/2001. Tale disposizione prevede che il lavoratore che assiste padre, madre o fratello/sorella di soggetto con handicap in situazione di gravità ha diritto ad un congedo di due anni, godibili in modo frazionato o continuativo, nel corso dei quali percepisce una indennità pari all'ultima retribuzione fruita ed il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa. Tale indennità è poi pagata dal datore di lavoro, il quale avrà la possibilità di detrarla dall'ammontare dei contributi dovuti mensilmente per tutti i propri dipendenti.

Con l'interpello si chiedeva se tale beneficio spettasse anche qualora il disabile assistito svolgesse attività lavorativa. Ad avviso del Ministero, non sembra conforme allo spirito della normativa porre, a priori, un limite alla fruizione del congedo da parte di colui assiste il familiare disabile. Una diversa interpretazione risulterebbe in contrasto con i principi formulati dalla l. n. 104/1992, cui lo stesso art. 42, comma 5 rinvia, che mira invece a promuovere la piena integrazione del disabile nel mondo del lavoro e l'adozione delle misure atte a favorirla, così come in contrasto con le finalità di cui alla l. n. 68/1999. Infatti, continua il Ministero, l'assistenza si può sostanziare in attività collaterali ed ausiliare rispetto al concreto svolgimento dell'attività lavorativa da parte del disabile, quali l'accompagnamento da e verso il luogo di lavoro, ovvero attività di assistenza che non necessariamente richiede la presenza del disabile, ma che risulta di supporto per il medesimo (ad esempio prenotazione e ritiro di esami clinici).

Da sottolineare come tale interpretazione estensiva era stata negata dall'INPS nella Circolare n. 64 del 15 marzo 2001.

questione, non è tanto l'affermazione della sussistenza del requisito della esclusività (la cui indispensabilità era già stata affermata dallo stesso Consiglio di Stato, vedi parere n. 1623/2003), quanto la necessità che essa sia dimostrata in maniera minuziosa. Non bastano, infatti, semplici dichiarazioni (ad esempio degli stessi parenti) di carattere formale, ma servono dati oggettivi, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità nella misura in cui risultino tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare. Tutto ciò, aggiunge il Consiglio di Stato, per poter valutare, alla

stregua di un criterio di ragionevolezza, la presenza di altri parenti in grado di prestare assistenza.

### Le ulteriori incertezze interpretative

L'istituto in commento presenta poi ulteriori incertezze interpretative, su cui merita soffermarsi.

Il diritto a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio presenta, al di là dei requisiti anzidetti, due grosse criticità di fondo. La prima, che riguarda anche l'altro diritto riconosciuto dal comma 5 dell'art. 33 (quello a non essere trasferito senza il proprio consenso), legata al suo porsi a metà strada tra un diritto vero e proprio ed un mero interesse legittimo dipendente dalla disponibilità dell'azienda o dell'amministrazione. La seconda, valevole solo per il diritto alla scelta della sede, legata all'interrogativo se il diritto in questione possa essere esercitato al momento dell'assunzione ovvero anche in un momento successivo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, decisamente quello più importante, una recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite sembra aver risolto la questione. Nonostante la legge parli espressamente di "diritto", la Suprema Corte (Sentenza n. 7945/2008) ha affermato che la possibilità del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicina al proprio domicilio e il diritto a non essere trasferito, si atterrebbero non come diritti assoluti e prevalenti, bensì come meri interessi, nel senso che essi possono essere fatti valere solo allorché - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra diritti, tutti con rilevanza costituzionale - il loro esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche,

produttive o organizzative del datore di lavoro ovvero - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - l'interesse della collettività. Sulla base di tale orientamento, dunque, anche in presenza dei requisiti sopra descritti, il comma 5 può trovare attuazione solo se non si ha pregiudizio all'azienda ovvero alla PA, quindi solo se la realtà imprenditoriale o amministrativa lo permette.

L'unico aspetto positivo di tale orientamento, recentemente seguito da altra Cassazione (Sentenza n. 3896/2009) è che comunque spetta alla parte datoriale, tanto pubblica quanto privata, dare prova della esistenza di esigenze che rendono impossibile la scelta della sede ovvero il diniego al trasferimento. Se il datore di lavoro non prova ciò, l'interesse del lavoratore si trasforma in un vero e proprio diritto. A ciò condurrebbe, sempre secondo la Cassazione, sia la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, sia il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione in materia di trasferimento del lavoratore ex art. 2103 Codice Civile (Cassazione n. 6117/2005 e n. 9290/2004). Questo significa, in termini molto pratici, che nel caso in cui il lavoratore chieda all'azienda o all'amministrazione di essere trasferito, l'eventuale diniego sulla base di precise esigenze.

Merita, infine, sottolineare in riferimento a tale orientamento che, se per quel che concerne il diritto alla scelta della sede più vicina, pare ragionevole pensare che esso non costituisca un diritto assoluto, assai più discutibile è che lo stesso valga per il diritto a non essere trasferiti senza il proprio consenso. Su quest'ultima prerogativa sembrava, infatti, che non ci fossero dubbi circa la sua "assolutezza". Alla luce del suddetto orientamento, pare invece che anche nel caso di assistenza al disabile, si possa essere trasferiti a prescindere dal consenso, trovando applicazione quello che è il regime ex art. 2103 c.c., valevole per tutti i lavoratori. Ciò contrasta, ad avviso di chi scrive, con la finalità dell'istituto, nonché con altri orientamenti della Cassazione che, seppur su questioni diverse, erano arrivati a

riconoscere un diverso valore all'istituto. E' il caso dell'orientamento (si veda Bollettino n. 2/2009) secondo il quale solo l'incompatibilità ambientale può costituire una particolare e superiore esigenza organizzativa del datore di lavoro, rispetto a quelle "ordinarie" ex art. 2103 c.c. in grado di prevalere sul diritto ex art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, a non essere trasferiti senza il proprio consenso. Forse la soluzione può essere trovata nell'aggettivo utilizzato dalle Sezioni Unite n. 7945/2008, per cui deve trattarsi di esigenze del datore di lavoro particolarmente "consistenti", quali appunto l'incompatibilità ambientale ricordata dall'altra Cassazione citata.

Ad ogni modo, è innegabile che l'orientamento in questione esprime una tendenza della Corte Suprema ad affievolire un istituto con finalità ben precise e superiori rispetto alle esigenze dell'impresa o dell'amministrazione.

Venendo, infine, alla seconda criticità di fondo, dubbi sussistono per ciò che concerne il momento in cui il diritto alla scelta della sede più vicina al proprio domicilio può essere esercitato.

Secondo l'orientamento maggioritario, la scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, necessaria per assistere familiare con handicap, deve essere fatta al momento dell'assunzione (in tal senso Corte d'Appello di Venezia n. 47/2000, Corte d'Appello di Bari n. 860/2002, Tribunale di Torino del 17.11.2003 e del 18.10.2003, Tribunale di Como n. 65/2003, Corte d'Appello di Brescia n. 510/2002, Tribunale di Torino n. 5533/2002).

A tale orientamento maggioritario, se ne contrappone, tuttavia, uno minoritario secondo il quale il diritto riconosciuto dal comma 5 dell'art. 33, L. n. 104/1992, può essere esercitato anche in un momento successivo, qualora lo status di "handicappato" della persona assistita si verifichi successivamente all'assunzione (Tribunale di Milano 15.6.2005, Pretura di Pisa 17.10.1998, Tribunale di Roma 27.5.2000, Parere del Consiglio di Stato n. 394/1998, Tribunale di Bari 27.4.2009).

In realtà, nonostante sia minoritario, pare più condivisibile il secondo di tali orientamenti, poiché, come spiegato dal Consiglio di Stato nel parere del 1998, gli obiettivi della legge 104 sono quelli di garantire "la piena integrazione" della persona portatrice di handicap, oltre che prevenire e rimuovere "le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana" e di "superare stati di emarginazione e di esclusione sociale", cose che verrebbero meno nel caso in cui si accogliesse la prima interpretazione. Verrebbe cioè meno l'assistenza solo perché lo status di handicap si è verificato dopo l'assunzione del familiare.

### **Il collegato lavoro e l'obiettivo di restringere ulteriormente il campo di applicazione dell'art. 33, l. 104/1992**

La sentenza del Consiglio di Stato del 21 maggio fornisce l'occasione non solo per approfondire un tema rispetto al quale, come visto, tanti sono i problemi applicativi, ma anche per parlare ancora una volta del collegato lavoro, che tocca anche il tema in esame, prospettando una modifica dell'art. 33 della l. n. 104/1992. Con le modifiche in discussione s'intende limitare fortemente le prerogative in esso riconosciute, non solo quelle fino a questo momento analizzate, ma anche quelle di cui al comma 3, relative ai tre giorni di permesso mensili.

Partendo proprio da quest'ultimo beneficio, l'attuale formulazione della ddl, che nella parte qui in commento non ha subito modifiche nella nuova discussione in Parlamento (il che lascia presupporre che non cambierà), riduce dal terzo al secondo il grado di parentela che deve sussistere con il disabile. Quest'ultimo può ritornare fino al terzo solo qualora i genitori o il coniuge del portatore di handicap abbiano compiuto 65 anni oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. Si prevede poi che il permesso non possa essere riconosciuto a più di un dipendente per l'assistenza alla stessa persona con

handicap in situazione di "gravità".

Per quanto riguarda il comma 5, si ha un richiamo espresso ai soggetti di cui al comma 3, quindi saranno questi ultimi coloro che potranno usufruire dei "diritti" di scelta della sede più vicina al domicilio e quello a non essere trasferiti senza il proprio consenso.

In questa maniera verrebbero eliminati i dubbi circa il requisito della gravità dell'handicap oggi sussistenti.

In secondo luogo, s'intende sostituire il diritto alla scelta della sede più vicina al proprio domicilio con quella più vicina al domicilio della persona che si assiste.

La modifica che preoccupa maggiormente è quella all'art. 20 della l. n. 53/2000. In sostanza, si vuole eliminare l'estensione (voluta dall'allora ministro Bindi) dei benefici dell'art. 33 a coloro che non erano conviventi con la persona disabile, a patto che però l'assistenza prestata fosse esclusiva.

Con l'approvazione del collegato lavoro tale estensione verrebbe meno, ponendosi la convivenza come requisito essenziale, senza il quale le prerogative di cui all'art. 33, comma 5 non troverebbero attuazione.

**DIRITTI&LAVORO**  
flash  
idee e strumenti per il sindacato

LUGLIO 2010\* NUMERO 7\* NUOVA SERIE

a cura di

*Centro Studi Diritti & Lavoro*

Via della Condotta, 12

50122 - Firenze

*Comitato scientifico*

Avvocato Fabio Rusconi

Avvocato Andrea Danilo Conte

*Direttore scientifico*

Prof. Giovanni Orlandini

*In redazione*

Andrea Ranfagni

Alessandro Giovannelli

*ha collaborato*

Cecilia Valbonesi

info: [dirittilavoro@gmail.com](mailto:dirittilavoro@gmail.com)