

Possibili profili di illegittimità costituzionale della disposizione normativa di cui all' art. 33, 5° comma, della legge ordinaria dello stato n. 104/1992 che consente il trasferimento di lavoratore pubblico o privato ad altra sede, ma solo in fase di p

Autore: Trabucco Daniele ~ Megali Innocenzo

In: Diritto civile e commerciale

Sommario: 1. La fattispecie incriminata - 2. La giurisprudenza lavoristica ed amministrativa sul tema de quo - 3. Profili di illegittimità costituzionale e possibile intervento "addittivo" della Corte Costituzionale

1. La fattispecie incriminata: - La problematica oggetto della presente trattazione, prende le mosse dalla disposizione normativa contenuta nell'art. 33, 5° comma, della l. ordinaria dello Stato 5 febbraio 1992 n. 104 ("Legge-Quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate") come modificata dalla l. ordinaria dello Stato 8 marzo 2000 n. 53 e dal D.Lgs. 26 marzo 2001 n. 151. Recita il disposto in esame: "Il familiare lavoratore, con un 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". La ratio del legislatore nazionale è molto chiara ossia concedere al lavoratore subordinato un vero e proprio diritto al trasferimento, in caso di handicap grave di un parente dello stesso o di un suo affine entro il terzo grado, imponendo al datore di lavoro l'obbligo, e non una mera facoltà, di concedere al soggetto richiedente le agevolazioni contemplate dalla norma in discussione. Non possono dirsi o considerarsi motivi ostativi al passaggio da una sede ad un'altra né le esigenze economiche del datore di lavoro né tantomeno le esigenze organizzative dal momento che sia i principi sottesi alla legge n. 104/1992 e consistenti nella centralità dell'assistenza a favore di persone handicappate sia il principium costituzionale di "solidarietà sociale", solennemente sancito nell'art. 2 della Carta Costituzionale vigente e per di più, in ragione della sent. 1146/1988 Corte Cost., principio supremo dell'ordinamento costituzionale, prevalgono sulle ragioni lavoristico-organizzative.

2. La giurisprudenza lavoristica ed amministrativa sul tema de quo: - La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, nell'espletamento della sua fondamentale funzione nomofilattica, già con sent. n. 3027/1999 Sez. Lav., ha precisato i confini di azionabilità della pretesa soggettiva, ravvisandoli non solo nella fase genetica del rapporto (ossia nella scelta della prima sede), come parebbe, in prima facie, da una interpretazione esclusivamente letterale della norma, ma anche in costanza di rapporto di lavoro purchè, e questa è la condicio sine qua non la fattispecie a formazione progressiva di cui all'art. 33, 5° comma, della l. ordinaria dello Stato n. 104/1992 non si perfeziona, consiste nella stabilizzazione del rapporto di assistenza. Anche il giudice amministrativo, con una pronuncia di qualche anno successiva rispetto a quella della Cassazione, sent. 27 gennaio 2004 n. 506 della IV sezione del TAR della Campania, sembra ribadire l'orientamento della Suprema Magistratura italiana, limitandosi a negare ogni ipotesi di trasferimento qualora non fosse ancora venuto ad esistenza un rapporto di assistenza. Questa attenzione della giurisprudenza lavoristica ed amministrativa che mette al primo posto la persona bisognosa di cure, trova argomentazioni valide anche nell'ambito della giurisprudenza costituzionale. Infatti, seguendo un indirizzo giurisprudenziale già consolidato, il giudice delle leggi, prima con la sent. n. 233/2005 e poi con la sent. n. 158/2007, tende ad indicare delle linee guida di politica sociale che dovrebbero informare il legislatore: la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile affetto da grave forma di handicap.

3. Profili di illegittimità costituzionale e possibile intervento "addittivo" della Corte Costituzionale: - La laconicità della norma in commento lascia, però, aperti alcuni dubbi di natura costituzionale. La mancanza di specificazione dei momenti in cui poter far valere la pretesa da parte del lavoratore, sebbene specificati ed indicati dalla giurisprudenza della Cassazione e del TAR Campania, non risultano immediatamente dal dettato della norma. In questo senso, nell'ambito del ricorso, ex art. 414 c.p.c, presentato al Tribunale ordinario di Venezia-Sezione Lavoro da un dipendente delle Ferrovie dello Stato che si è vista respinta la domanda di trasferimento, si potrebbe ipotizzare, come richiesto dal suo rappresentante legale, il sollevamento, da parte del giudice a quo, di questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 33, 5° comma, della legge n. 104/1992 nella parte in cui non specifica e non prevede che l'avvicinamento possa essere disposto non solo in sede di prima assegnazione ma anche successivamente alla costituzione del rapporto di lavoro.

Due, a nostro intendimento, i parametri costituzionali da invocare. In primo luogo, il "dovere di solidarietà sociale" di cui all'art. 2 della Costituzione. Ora, la dottrina costituzionalistica ha fatto rientrare, all'interno di questa categoria, anche l'assistenza a persone in grave stato di handicap, concependola quale posizione giuridica cui nessuno, e tantomeno un datore di lavoro sia esso pubblico o privato, possa sottrarsi; la stessa Corte Costituzionale (sentt. n. 7/1967 e n. 106/1968) ha previsto la rottura della inderogabilità di questo dovere unicamente e solamente a fronte di giustificati motivi che ne impediscono l'attuazione. Un'interpretazione della norma in senso restrittivo, spesso dominante fra i giudici, che limitasse alla sola fase

genetica del rapporto di lavoro la possibilità di ottenimento del trasferimento, apparirebbe irrazionale ed illogica in quanto si muoverebbe nella direzione di ridurre l'assistenza familiare solo alla fase costitutiva del rapporto, non prendendo in considerazione il fatto che la situazione di grave handicap (si pensi ad un ictus) potrebbe subentrare anche in costanza del rapporto medesimo. Pertanto, un principio solidaristico a "dimensione temporale unidirezionale" risulterebbe in netto contrasto con la sua portata espansiva ad ogni situazione giuridica soggettiva, valutabile sempre nella sua complessità e totalità.

Il secondo dato dal quale prendere le mosse consiste nel combinato disposto tra l'art. 32 e l'art. 38 della Costituzione. Se da un lato, la Carta riconosce il carattere soggettivo del diritto alla salute e delle sue articolazioni, compreso il diritto all'assistenza indispensabile per l'equilibrio psico-fisico del disabile, dall'altro lato, non può, neppure in questo caso, mozzare la portata di questa pretesa e delle sue implicazioni ascrivendola a un particolare momento cronologico di costituzione del rapporto di lavoro. Inoltre, avendo più volte, la Corte Costituzionale, ribadito il carattere precettivo (sentt. n. 160/1974, n. 80/1971) del diritto all'assistenza sociale di cui al 1° comma dell'art. 38 Cost. e quindi la sua immediata applicabilità, ne consegue che il legislatore deve necessariamente garantire, in ragione della rimozione degli "ostacoli di ordine sociale" di cui all'art. 3, 2° comma, Cost., la funzionalità piena di questo diritto attraverso interventi di legislazione ordinaria funzionali alla piena realizzazione del diritto all'assistenza sociale che la Legge Fondamentale statuisce espressamente.

Come potrà rispondere la Corte se investita della quaestio de qua ? Due le possibili vie da intraprendere. La prima, attraverso una sentenza addittiva nella quale, procedendo per "rime obbligate", introduce la norma (la previsione del trasferimento in ogni momento del rapporto di lavoro) omessa dal legislatore nazionale, enunciandola nel dispositivo della sentenza. La seconda, di contro, potrebbe consistere in una sentenza interpretativa di accoglimento ove la Corte annulla, con effetto erga omnes, uno dei significati normativi della disposizione impugnata che non viene intaccata e continua ad esistere. In questo modo, ogni attività interpretativa che circoscrivesse alla fase genetica la pretesa di cui all'art. 33, 5° comma, della legge n. 104/1992, sarebbe colpita dalla illegittimità dichiarata dalla Corte per i profili di incostituzionalità sopra delineati con la conseguenza che la declaratoria non inciderebbe sul testo legislativo ma solo su una norma ricavabile da esso.

Daniele Trabucco (1) ed Innocenzo Megali (2)

(22 settembre 2007)

(1) Assistente in Istituzioni di Diritto Pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova

(2) Avvocato del Foro di Venezia. Relatore in convegni giuridici.

<https://www.diritto.it/possibili-profili-di-illegittimita-costituzionale-della-disposizione-normativa-di-cui-all-art-33-5-comma-della-legge-ordinaria-dello-stato-n-1041992-che-consente-il-trasferimento-di-lavor/>