

Art. 33 legge n. 104/92: nonostante le modifiche legislative persistono i dubbi interpretativi

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

(Nota a sentenza Consiglio di Stato 04.03.2003 n. 2683)

Autori: Massimo Minniti*; Francesco Minniti*.

1) Premessa.

In base all'art. 33 della legge n. 104/92 - come modificato dalla legge n. 53/2000 (confluita nel D.lgs. n. 151/01, a sua volta modificato con D.lgs. 23.04.03 n. 115/03, di seguito legge n. 53/00) - non è più necessario (ai fini del trasferimento della sede di lavoro) il requisito della convivenza tra dipendente (pubblico o privato) che presti assistenza al disabile e quest'ultimo; condizione necessaria e sufficiente per conseguire il trasferimento ex art. 33, co. 5, legge n. 104/92 è che il lavoratore richiedente presti un'assistenza continuativa ed esclusiva.

La legge n. 53/00, infatti, pur eliminando da un lato il requisito della convivenza (ampliando il numero dei casi in cui il diritto all'avvicinamento di sede può essere esercitato) ha, dall'altro, ristretto la categoria dei beneficiari atteso che il beneficio può essere richiesto solo dal dipendente, unico parente o affine (entro il terzo grado) disponibile a prestare l'assistenza necessaria (assistenza continuativa esclusiva).

In ogni caso, la distanza fisica tra la sede di lavoro del dipendente e quella di residenza del disabile non è di per sé sufficiente ad escludere il requisito dell'assistenza esclusiva e continuativa laddove fra i due siano concretamente residuati stretti legami di assistenza materiale, morale, psicologica.

Sono queste le conclusioni cui è giunta la VI sez. del CdS con la sentenza n. 2683/03. Conclusioni che offrono l'occasione per effettuare una panoramica dei contrastanti orientamenti interpretativi dell'art. 33, co. 5, legge n. 104/92, il cui contenuto coinvolge svariati profili: da quello più prettamente giuslavoristico a quello assistenziale e persino a quello morale/psicologico dei soggetti interessati.

2) La normativa ed i suoi problemi interpretativi.

L'art. 33, co. 5, cit. (come modificato dalla legge n. 53/00) prevede che: "Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assiste 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 portata della norma appena citata non può essere colta appieno ove non si tenga conto del suo inquadramento nella più vasta disciplina, in favore dei disabili e delle loro famiglie, introdotta per la prima volta organicamente ed innovativamente con la legge 05.02.1992 n. 104 ("Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate") la quale ha avuto l'indubbio merito di aver affermato fondamentali ed ormai irrinunciabili diritti con particolare attenzione a) alle famiglie delle

persone con handicap, b) al principio del coordinamento dei servizi ai disabili (tra scuola, Asl, enti locali ed altre Pa espressamente richiamate dalle varie norme).

Tornando all'esame dell'art. 33 cit. ed alle sue diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza, è senza dubbio ultroneo soffermarsi sull'ormai non richiesto (dopo la legge n. 53/00) requisito della "convivenza" la cui natura e consistenza è stata pure a lungo dibattuta (oscillando tra coabitazione, stesso domicilio, stessa residenza anagrafica, stessa residenza di fatto).

Occorre premettere che i punti nodali della normativa sono dati: 1) dalla necessità di un'assistenza al disabile continuativa ed esclusiva da parte del parente o affine entro il terzo grado; 2) dal diritto del lavoratore familiare a scegliere - ove possibile - la sede più vicina al proprio domicilio; 3) dal divieto di essere trasferiti dalla sede di lavoro senza il proprio consenso. Di tali punti quelli più controversi attengono alla circostanza se, per azionare il diritto di scelta della sede, l'assistenza debba essere già in atto al momento della domanda o se, viceversa, il diritto medesimo sia azionabile anche per instaurare un rapporto di assistenza (o ripristinarlo in caso di sua interruzione per effetto del sorgere del rapporto di lavoro).

In base ad un orientamento che potremmo definire "restrittivo", l'art. 33, co. 5, prevedendo un'assistenza "continuativa" tenderebbe a garantire il mantenimento di un rapporto assistenziale già preesistente ed in atto al momento della domanda. Il diritto di scelta della sede più vicina al proprio domicilio e il divieto di trasferimento ad altra sede senza consenso dell'interessato troverebbero la loro "ratio nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'attuale ed effettiva convivenza" con negative ricadute sullo stato fisico e psichico del disabile e pertanto non spetterebbero nel caso di instaurazione o ripristino dell'assistenza anche se interrotta proprio a causa dell'assegnazione della sede di lavoro in occasione dell'assunzione. In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 3027/99, la quale, per altro, ha fatto proprie le considerazioni in precedenza svolte dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 325/96 (in termini anche Pret. Milano 22.04.98, Pret. Roma 31.05.97, CdS sez. I n. 3027/99). Infatti, con la sentenza n. 325/96 appena sopra citata, il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, co.5, sotto il profilo allora prospettato dal Pretore di Livorno e cioè della irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui l'assistenza sia già in corso e quella in cui il trasferimento sia richiesto proprio al fine di instaurare un rapporto di assistenza al disabile. La Corte Cost. ha sostenuto che seguendo l'impostazione del giudice a quo si sarebbe rischiato di attribuire "un rilievo eccessivo" alla norma in questione "perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare sì che il legislatore ha ... ragionevolmente previsto la salvaguardia dell'assistenza in atto ... al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza". In linea con tale interpretazione anche Cass. n. 3306/99, per la quale "il diritto del familiare dell'handicappato alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ... non può farsi valere nei casi in cui la convivenza sia stata interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa ed il lavoratore tenda a ripristinarla attraverso il trasferimento..."

Altro orientamento giurisprudenziale, altrettanto decisamente restrittivo, concerne un ulteriore profilo dell'art. 33 cit.; con particolare riferimento al momento in cui il diritto di scelta della sede più vicina al domicilio sarebbe azionabile, proprio in ragione del termine adoperato dal legislatore ("scegliere"), parte della giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che il diritto (di scelta, appunto) sarebbe logico e legittimo soltanto nel momento genetico/costitutivo del rapporto di lavoro, ergo nella scelta della prima

sede di lavoro (in tal senso: Pret. Roma 20.05.99, Trib. Firenze 25.09.96, Corte App. Venezia 29.09.2000, Trib. Torino 19.04.2000 per il quale “anche dopo le modifiche introdotte dall’art. 19 legge n. 53/2000, deve ritenersi che l’art. 33, co. 5, legge 104/92 tuteli un diritto di scelta iniziale, tipico del momento costitutivo del rapporto di lavoro, ma non fondi il diritto ad un trasferimento nel corso del rapporto al fine di riavvicinarsi con il congiunto”, analogamente Trib. Varese 23.05.2000, Trib. Catanzaro 03.07.2000, Corte App.di Bari 04.06.02).

Per una diversa opzione interpretativa, di carattere “estensivo”, il diritto alla scelta della sede più vicina al proprio domicilio sarebbe azionabile, invece, non solo in caso di assistenza già in corso (in aderenza all’ipotesi principe dell’art. 33 co. 5) ma anche in quello di richiesta di trasferimento al fine di instaurare un rapporto di assistenziale ex novo od al fine di ripristinare il rapporto stesso eventualmente interrotto (in tal senso: Trib. Firenze 08.05.1997, Trib. Roma 12.06.99, Trib. Brescia 29.01.97). In effetti, volendo aderire alla contraria e più rigorosa interpretazione, si rischierebbe di lasciare privo di tutela il caso di sopravvenienza dell’handicap (nascite, eventi traumatici, incidenti invalidanti, etc.). Caso che, alla luce dei principi costituzionali di solidarietà sociale, salute, famiglia, istruzione e lavoro (tutti sottesi all’intera legge quadro n. 104/92) si appalesa meritevole di tutela soprattutto ove si tenga conto di un’interpretazione funzionale dell’art. 33 co. 5 che non può non ricomprendere nella propria sfera di operatività il caso dell’insorgere dell’esigenza di assistenza dopo l’ingresso nel mondo del lavoro. Sul punto è autorevolmente intervenuto il CdS il quale, con parere della III sez. 10.12.96 n. 1813, ha affermato che “ritenere che la norma possa operare solo in presenza di una convivenza in atto tra il dipendente e l’handicappato significa attribuire alla norma un portata eccessivamente limitata” non in sintonia con la ratio dell’intera legge quadro.

Al riguardo vanno evidenziati due dati: 1) l’orientamento contrario (restrittivo), benché sia sopravvissuto alle modifica apportata con la legge n. 53/00, si è storicamente sviluppato allorquando era ancora richiesto il doppio requisito dell’assistenza continuativa e della convivenza ed all’attualità di questa faceva riferimento, mentre - come noto - oggi rileva solo il requisito dell’assistenza continuativa ed esclusiva, intesa, quest’ultima, non solo quale assistenza sanitaria e materiale ma anche morale, affettiva, psicologica (in termini: Trib. Bari 25.10.99, Trib. Catanzaro 13.05.2000) e come tale possibile anche in presenza di una distanza non irragionevole tra domicilio del disabile e domicilio del lavoratore; 2) il CdS, con il citato parere n. 1813/96, ha anche preso atto della diversa opzione interpretativa contenuta nella sentenza 29.07.96 n. 325 Corte Cost., ma ha correttamente fatto notare che ciò non impedisce di disattendere l’interpretazione fornita dal giudice delle leggi alla luce dell’aspetto equitativo afferente la norma in questione e del fatto che trattasi, comunque, di una sentenza di rigetto, in quanto tale non vincolante sul piano ermeneutico al di fuori dello specifico procedimento a quo nell’ambito del quale la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata.

Aggiungasi che l’estensione della tutela offerta dall’art. 33, co. 5, legge n. 104/92, anche ai casi di un instaurando rapporto di assistenza non può essere vanificata con interpretazioni restrittive volte a contenere eventuali disfunzioni originate da un distorto utilizzo dell’istituto o da suoi possibili abusi che, semmai, potranno rilevare sul piano penale o disciplinare poiché non sarebbe equo addivenire ad un’interpretazione che “al fine di colpire l’abuso ... escluda dal beneficio soggetti che ne abbiano diritto”. D’altronde, in tale ottica va inquadrata la scelta legislativa (già più volte ricordata (legge n. 53/00) di cui il parere CdS n. 1813/96 ne è sicura anticipazione in un’ottica di equità sostanziale) che ha eliminato il

requisito della convivenza e che ha lasciato quale unico requisito quello dell'assistenza continuativa, adesso colorata anche dall'ulteriore profilo della esclusività. Vero punto nodale della questione, insomma, è quello della necessità di assistere già un disabile o di volerlo assistere; in entrambi i casi, ciò che conta è che l'assistenza sia prestata dal un solo familiare lavoratore (non è possibile che più familiari si avvalgano contemporaneamente dei benefici ex lege n. 104/92, così anche CdS sez. VI, 947/98) e che la stessa si connoti per stabilità e durata nel tempo (continuativo: atto a congiungere, che ha carattere di continuità, di durata, in Grande dizionario della lingua italiana, Battaglia, TO).

Occorre, comunque, prendere atto del parere n. 1623 reso dal CdS, (sez. III) il 17.10.2000, quindi dopo l'entrata in vigore della legge 08.03.2000 n. 53; parere in cui l'organo consultivo ha posto la distinzione tra assistenza interrotta a causa dell'assunzione in servizio ed assistenza da instaurare ex novo. In relazione alla prima ipotesi si è ipotizzato che la richiesta ex art. 33 co. 5 cit. - come modificato ex lege 53/00 - sia possibile "ogni qualvolta l'assunzione ... comporti o abbia comportato l'allontanamento del lavoratore dalla sede ove prestava la propria assistenza con continuità". In relazione alla seconda eventualità, nel citato parere è espresso l'avviso che - in assenza di un'univoca e chiara presa di posizione del legislatore con la legge n. 53/00 e senza, quindi, che siano intervenute ulteriori innovazioni (sul punto) oltre la soppressione del requisito della convivenza - nulla sia cambiato per quanto concerne le esigenze di assistenza manifestatesi dopo l'assunzione e, pur facendo sibillinamente salva "la necessità di esaminare caso per caso le singole fattispecie", ha aderito al principio già espresso dalla Corte Cost. con la sentenza n. 325/96 sopra già menzionata (negazione del diritto di scelta al fine di instaurare un rapporto di assistenza per handicap sopravvenuto e non irragionevolezza della differenziazione di trattamento rispetto al diritto riconosciuto solo per le assistenze già in atto). Non può sottacersi che "la necessità di esaminare le singole fattispecie" è in realtà quello che già di fatto si verifica, soprattutto nel settore del pubblico impiego, con le inevitabili differenze di trattamento le quali non sempre sono giustificate da diversità di situazioni, ma (anche per casi omogenei) da differenti prassi applicative instauratesi in seno alle singole PA. A dimostrazione di ciò, basti pensare che soltanto alcune PA hanno adottato il criterio in base al quale è riconosciuto il diritto al trasferimento nella sede più vicina al proprio domicilio anche per ripristinare il legami assistenziale interrotto a causa della prima assegnazione della sede di lavoro; ciò appare ragionevole ove si immagini, in caso contrario, la drammatica scelta dinanzi a cui sarebbe posto un vincitore di concorso nel caso di indisponibilità di posti nella sede del proprio domicilio: accettare l'assunzione o continuare ad assistere il congiunto disabile? Non a caso lo stesso parere CdS n. 1623/00 chiosa asserendo che "la tutela dell'assistenza a soggetti bisognosi può essere naturalmente favorita nell'ambito dell'autonomia organizzativa di ciascuna Amministrazione entro i limiti e nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità" sempre che sussista e sia coniugabile con quello dell'assistenza al disabile, un interesse pubblico specifico. Ma il terreno è minato. Infatti, è del tutto condivisibile la conclusione cui perviene Corte App. di Venezia con la sentenza 10.10.2000 per cui nel rapporto di lavoro cd. contrattualizzato deve escludersi che la parte datoriale possa unilateralmente modificare, ancorché con atto di carattere generale adottato in forma di circolare esplicativa, la disciplina dei diritti riconosciuti dalla legge n. 104/92 e ciò anche se la modifica abbia carattere migliorativo poiché ai vantaggi così acquisiti da una determinata categoria di dipendenti, fanno riscontro simmetrici svantaggi per altri lavoratori che per scelta unilaterale del lavoratore sarebbero pretermessi ai primi.

In merito a tale ultimo aspetto ed a dimostrazione delle persistenti problematiche applicative, il CdS con

parere del 27.06.2001 n. 589, rispondendo a quesiti riguardanti profili pratici quali il criterio di priorità da adottare in caso di molteplici domande ex lege 104/92 per la stessa sede (criterio temporale e/o del grado di parentela etc.) o la possibile revoca del trasferimento in caso di decesso dell'assistito, ha affermato che tali aspetti critici attengono alla materia della mobilità che la riforma del pubblico impiego (D.lgs. n. 165/01) ha affidato - almeno per il settore contrattualizzato - alla contrattazione collettiva; è, pertanto, in quella sede che le Amministrazioni potranno far valere eventuali linee interpretative per giungere ad un regolamento concordato dell'applicazione dell'art. 33 per gli aspetti non espressamente disciplinati dalla normativa primaria. Per quanto concerne i dipendenti pubblici non contrattualizzati, il CdS ha riconosciuto la possibilità di seguire la via del regolamento di attuazione con l'adozione di specifiche disposizioni in merito a norma dell'art. 17 legge n. 400/88.

Altri due importanti questioni interpretative non possono essere tralasciate, e cioè se il diritto al trasferimento ex art. 33 cit. costituisca, o meno, un diritto soggettivo incondizionato; se il trasferimento in parola sia possibile anche nel caso in cui il lavoratore assista un disabile con handicap definito "non grave".

Quanto alla prima questione, la risposta della giurisprudenza è stata univoca: l'inciso "ove possibile" contenuto nel corpo dell'art. 33, co. 5, è chiaro indice che il diritto di che trattasi non ha carattere assoluto ma è condizionato alle esigenze organizzative del datore di lavoro nonché alla sua compatibilità con l'interesse comune. In tali termini si è espressa (ex plurimis) Cass. n. 829/01, la quale ha precisato la necessità di un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco: trasferimento del lavoratore, esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro (nello stesso senso Cass. n. 12692/02; in termini di interesse legittimo si esprime CdS, sez. IV, ord. n. 898/01). Pertanto, alla luce di quanto detto, la giurisprudenza esclude che si possa far luogo ad un trasferimento in posizione soprannumeraria dovendo sussistere la vacanza del posto nella sede in cui il lavoratore aspira essere trasferito. Altra giurisprudenza, inoltre, ritiene, la vacanza del posto (unitamente alla sussistenza degli altri requisiti) condizione necessaria ma non sufficiente poiché potrebbe darsi il caso che per ragioni organizzative il datore di lavoro non ritenga di dover coprire una data vacanza o di dover procedere prioritariamente alla copertura di altri posti vacanti. Si è introdotto in tal modo il concetto di posto vacante ma indisponibile e quindi solo il posto vacante, ma anche reso disponibile da parte datoriale, consentirebbe l'esercizio del diritto ex art. 33, co. 5, legge cit. (in tal senso, Trib. Reggio Calabria 18.02.02, 25.07.02; sulla distinzione concettuale tra posto vacante e posto disponibile v. anche CdS, sez. IV, n. 150/74 e n. 1171/76). Contra, e cioè che l'inciso "ove possibile" debba essere inteso in senso oggettivo senza poter riconoscere alcun margine di discrezionalità alle decisioni del datore di lavoro e che, quindi, sia necessario - e sufficiente al tempo stesso - la mera vacanza oggettiva del posto richiesto, si è espresso il Trib. Bari con sentenza 25.10.99.

Quanto alla seconda questione da ultimo prospettata (requisito della gravità) va premesso che la legge n. 104/92 definisce persona handicappata "colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale ... 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" (art. 3, co. 1). Specifica poi, che "qualora la minorazione ... abbia ridotto l'autonomia personale correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo, e globale ... la situazione assume connotazione di gravità" (art. 3, co. 2). Ciò detto, si ritiene che - sebbene non espressamente previsto dall'art. 33 comma 5 cit. - i benefici discendenti da quest'ultimo spettino solo nel caso in cui il disabile

assistito possieda un handicap con connotazione di gravità risultante dal verbale di visita rilasciato dalle apposite commissioni della competente Asl (in tal senso Cds sez. VI n. 185/96; Tar Lazio, Roma, n. 462/98; Tar Calabria n. 171/97).

In realtà, occorre leggere la norma nella sua completezza e si noterà come il comma 6 prevede che “ la persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità ... ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio”; il legislatore quindi, ha previsto due differenti ipotesi: al comma 5 il caso del familiare che assista un parente od affine con handicap, al comma 6 quello del lavoratore maggiorenne egli stesso con handicap ma connotato da gravità. Inoltre, il comma 7 dell’art. 33 contiene un’ulteriore precisazione. Il diritto di cui al comma 5 viene riconosciuto, infatti, anche agli affidatari di portatori di handicap ma - a differenza dell’ipotesi ordinaria - purchè si tratti di un handicap grave e tanto si giustificerebbe con la minore intensità del legame affettivo rispetto a quello derivante da un rapporto di parentela/affinità. In buona sostanza, i commi 6 e 7 costituiscono una cartina di tornasole per interpretare il comma 5 e la loro lettura sistematica consente di concludere che laddove il legislatore ha voluto che i benefici fossero subordinati ad un handicap grave (commi 6 e 7) lo ha espressamente previsto (in termini, Trib. Modica 12.07.2000). E’ questa, comunque, una tesi minoritaria, ma come affermato da CdS Comm. Spec. n. 369/97, le diverse previsioni normative di cui ai commi 5, 6 e 7 del citato art. 33, sarebbero pleonastiche se non interpretate diversamente come il loro senso - in primis - letterale lascia intendere. D’altronde, tal modo sarebbe ben delineata la previsione legislativa: 1) ex art. 21 il disabile con handicap superiore ai 2/3 (quindi non grave) vincitore di concorso ha “diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili” al momento dell’assunzione; ha inoltre diritto alla “precedenza” in caso di trasferimento a domanda (per intendersi, nel caso in cui il datore di lavoro effettui veri e propri bandi per coprire vacanze d’organico); 2) ex art. 33, co. 6, il disabile maggiorenne con handicap grave ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito in altra sede senza il suo consenso; e tanto a prescindere dal fatto che si tratti di scelta in sede di prima assunzione o dal fatto che siano state bandite procedure di mobilità per la copertura di posti vacanti (v. sopra per le condizioni oggettive e soggettive richieste); 3) ex art. 33, co. 5, lo stesso diritto appena citato sub 2) spetta al familiare lavoratore (parente /affine entro il terzo grado) che assista con continuità e esclusività (nel senso che sia l’unico disponibile a prestare assistenza) un congiunto con handicap (l’indisponibilità a prestare assistenza è cosa diversa dall’inesistenza di altri familiari che possano prestare assistenza: è necessario e sufficiente che il richiedente sia il solo familiare disponibile, così CdS, parere n. 1623/00) .

Come di può agevolmente desumere da quanto sin qui esposto, i problemi applicativi della legge n. 104/92 sono molteplici e solo un intervento chiarificatore del legislatore o della contrattazione collettiva (quale fonte normativa concordata) potrebbe risolverli; si è rivelata insufficiente, infatti, tanto l’interpretazione giurisprudenziale, la quale è a dir poco topica, quanto le opzioni interpretative unilaterali di parte datoriale espresse tramite una pletora di circolari.

L’anno del disabile, proclamato per il 2003 dall’UE, potrebbe rappresentare l’occasione giusta.

<https://www.diritto.it/art-33-legge-n-104-92/>