



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI ROMA

Sez. II[^] lavoro

Il Giudice del lavoro, dr. Luca Redavid, ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura del dispositivo, all'udienza in data 11/10/24 la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta in materia di lavoro al n° 2744 del R.G. dell'anno 2024 promossa da:

Parte_1

rappresentata e difesa dall'avv. R. Faranda – P. M. Crupi – P. Angiari in virtù di procura allegata al ricorso introduttivo del giudizio ed elettivamente domiciliato presso lo studio del difensore;

RICORRENTE

Contro

Controparte_1

in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. F. Pulsoni – S. Maresca in virtù di procura allegata alla memoria di costituzione ed elettivamente domiciliato presso lo studio del difensore;

RESISTENTE

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 23/01/24, e ritualmente notificato, la ricorrente indicata in epigrafe ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma – GL la società indicata in epigrafe e, concludendo, ha chiesto:

- “1. accertare e dichiarare la nullità del provvedimento di trasferimento comminato alla ricorrente perché disposto in violazione della normativa di cui alla Legge 104/92, dell'art. 1345 c.c. e dell'art.15 legge 300/1970, nonché degli obblighi di correttezza e buona fede - artt.1175 e 1375 c.c. e delle Direttive Europee 78/2000/CE e 2019/1158/CE, e comunque perché privo di alcuna giustificazione;*
- 2. ordinare, alla società resistente di reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro precedentemente occupato;*
- 3. con sentenza esecutiva e con vittoria di spese, onorari e competenze di giudizio da liquidarsi in favore degli scriventi difensori antistatari. 2*

La società convenuta si è costituita in giudizio con memoria, eccependo l'infondatezza del ricorso sulla base delle allegazioni contenute nella memoria ed ha concluso, quindi, chiedendo rigettare il ricorso, con vittoria di spese ed onorari.

Istruita documentalmente, la causa è stata discussa e decisa all'udienza dell' 11/10/24 con la lettura del dispositivo in udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e deve, quindi, essere accolto.

Si deve, innanzitutto, osservare che l'art. 33 L.n. 104/92 prevede al c.5, come modificato dall'art.19 c.1 lett. b) L.n.53/2000 che ha eliminato il precedente riferimento alla convivenza, e dall'art. 24 della L.n. 183/10, che il lavoratore di cui al comma 3 della L.n. 104/92, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista il coniuge, un parente o un affine entro il secondo grado con handicap in situazione di gravità 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.

In relazione alla fattispecie dedotta in giudizio, osserva il Tribunale che dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione versata in atti è risultato provato che la ricorrente, dipendente dal 2011 della società convenuta con mansioni di addetta alle vendite con orario part time e con sede di lavoro presso il punto vendita di via Tiburtina, a decorrere dal 23.11.2018 usufruisce dei permessi ex art. 3 comma 3 della legge 104/1992 per assistere la madre **Persona_1** a cui è stato riconosciuto un handicap grave e, a decorrere dal 18.07.2013, usufruisce dei permessi ex art. 3 comma 3 della legge 104/1992 per assistere il figlio **Persona_2** a cui è stato riconosciuto un handicap grave; risulta, inoltre, documentalmente provato che a decorrere dal 4/12/23 la ricorrente è stata trasferita dal punto vendita presso il quale prestava servizio presso il punto vendita di via Passo del Falzarego con la seguente motivazione di carattere tecnico organizzativo: *“l'evidenza che la domenica costituisce in termini di fatturato il secondo giorno della settimana nel punto vendita di Roma Tiburtina; la circostanza che l'organico del citato punto vendita, per la sua attuale com-posizione, non consente l'adeguata copertura dei presidi domenicali. Tale anomalia deriva dalla presenza di contratti di lavoro delle prestazioni part ti-me, che non contengono la domenica come giornata lavorativa e da un numero di dipendenti full time, rispetto ai quali l'azienda, pur applicando l'art. 13 del CCNL DMO, non riesce a garantire l'adeguata copertura dei presidi e la totale partecipazione di tutto il personale, per mancanza di disponibilità, dell'ipermercato al lavoro ordinario domenicale, motivo per cui l'azienda è costretta a ricorrere a personale esterno specificamente chiamato per lavorare di domenica; la circostanza che la sua prestazione lavorativa si esaurisce nella fase lunedì – sabato, non prestando quindi servizio nella giornata di domenica; l'ulteriore evidenza che l'ulteriore organico del punto vendita di Tiburtina rileva una concentrazione di lavoratori titolati alla fruizione di permessi legati all'utilizzo di specifici istituti contrattuali, tale da non consentire la corretta pianificazione delle attività lavorative. Si rende quindi necessario distribuire tale situazione su una pluralità di punti vendita, che per composizione organica ne consentono l'assorbimento senza arrecare disfunzioni organizzative, in modo da rendere meno gravosa la pianificazione degli orari nel punto vendita di Tiburtina; la necessità di implementare gli organici del punto vendita **Con** di Roma Bufalotta, al fine di ridurre le ore di lavoro straordinario e supplementare prestate dal personale addetto ad aumentare il presidio del punto vendita e migliorare il servizio di vendita al pubblico; l'evidenza che il Suo cambio di sede di lavoro si colloca in un giro più ampio di trasferimenti che hanno coinvolto il personale dei punti vendita **CP_1** di Roma.”*

A tal proposito la società convenuta, allo scopo di fornire la giustificazione del trasferimento impugnato, ha dedotto in memoria:

“5. A causa dei negativi andamenti economici, l'Ipermercato di Roma Tiburtina, precedente sede di lavoro della ricorrente, negli ultimi 5 anni è stato oggetto di procedure di licenziamento collettivo al fine di ridurre le ore di organico in esubero rispetto ai fatturati conseguiti.

6. Come si evince nella sotto riportata tabella, l'andamento dei fatturati, del costo del lavoro e del risultato operativo (EBIT) degli ultimi 5 anni dell'ipermercato è stato molto negativo: il punto vendita ha conseguito, in maniera cronica, una media di oltre -2 MIO € di perdita di esercizio nel quinquennio

considerato..... 7. Per fare fronte a tale complessa situazione la Società ha anzitutto fatto ricorso tra le leve gestionali, oltre agli esodi incentivati e ai trasferimenti negli altri punti vendita distribuiti sulla piazza di Roma, anche agli ammortizzatori sociali, nello specifico:

per il 2020 alla Cigd Cassa Covid dal 14/06/2020 al 29/08/2020; dal 13/09/2020 al 28/11/2020;

per il 2021 alla Cigd Cassa Covid dal 24/01/2021 al 31/07/2021; dal 29/08/2021 al 27/11/2021;

per il 2022/2023 ai contratti di solidarietà dal 03/07/2022 al 01/07/2023.

8. Nel corso del 2023, la Società è venuta alla determinazione di effettuare un importante investimento nel punto-vendita, al fine di rilanciarlo sia a livello immobiliare, che commerciale.

9. E così sotto il primo profilo, a livello immobiliare, la superficie commerciale dell' **Parte_2**, un tempo distribuita su due piani di vendita, è stata ridotta al solo piano inferiore, permettendo l'affitto delle tre superfici derivate dal piano superiore, a tre nuovi operatori: Happy Casa Store, Euronics e Kiabi. 10. Sotto il secondo profilo a livello commerciale, gli investimenti per un costo complessivo di circa 3.200.000 €, hanno riguardato:

- l'ampliamento del reparto "forno", con l'implementazione di nuove referenze a produzione;
- l'inserimento del laboratorio per la produzione della "pasticceria fresca";
- l'inserimento del **Parte_3** nuova tipologia espositiva e di vendita delle referenze delle categorie: cura casa, cura persona e pet food;
- il cambio del banco del reparto carne;
- l'ampliamento dell'assortimento del reparto gastronomia, con l'inserimento oltre 30 nuove ricette.

11. Verso la fine del 2023, al fine di sostenere l'investimento realizzato e con l'obiettivo di fornire il miglior servizio possibile alla clientela, la Società ha posto in essere tutta una serie di azioni, tra cui le quali i trasferimenti, da e verso Tiburtina, che hanno riguardato il personale del punto vendita.

12. In particolare al pari della ricorrente sono stati trasferiti in altri ipermercati della piazza di Roma ben 17 lavoratori, tra i quali anche titolari dei benefici di cui alla legge n. 104 del 1992, come la ricorrente.

13. Per quanto attiene la **Pt_1** -si ripete al pari di altri lavoratori- le necessità tecniche organizzative poste a fondamento del trasferimento sono state nell'ordine:

- la mancata partecipazione della ricorrente al lavoro domenicale;
- la presenza nell'organico dell'ipermercato, di una concentrazione di lavoratori titolati alla fruizione di permessi legati all'utilizzo di specifici istituti contrattuali, tale da non consentire la corretta pianificazione delle attività lavorative, con conseguente necessità di distribuire tale situazione su una pluralità di punti-vendita, che, per composizione organica, ne consentano l'assorbimento senza arrecare gravi disfunzioni organizzative, in modo da rendere meno gravosa la pianificazione dei presidi e degli orari di lavoro nel punto-vendita di Tiburtina;

- la necessità di ridurre il ricorso alle ore di straordinario nel punto-vendita di Roma Bufalotta, sede di lavoro cui la **Pt_1** stata assegnata.

14. E così con riferimento alla problematica relativa al lavoro domenicale, va precisato come:

- alla fine del 2023 la domenica costituisce il secondo giorno della settimana in termini di importanza di fatturato, dopo il sabato;

- nel punto-vendita di Tiburtina è sempre esistito il tema della scarsa partecipazione dei dipendenti al lavoro domenicale, poiché la maggior parte del personale sia part-time, che full-time è stato assunto con contratti che non prevedono la domenica come giornata ordinaria di lavoro, atteso che al tempo delle suddette assunzioni non c'era ancora la liberalizzazione degli esercizi commerciali;

- tale problematica era stata anche evidenziata nella lettera di avvio della procedura di licenziamento collettivo ex L. 223/91 del 29 marzo 2022, nella quale, tra i motivi tecnico-organizzativi posti a fondamento dell'apertura della procedura per 15 punti vendita, tra i quali anche quello di Tiburtina, veniva specificato che: "Si segnala infatti la cronica e ricorrente problematicità di reperire le ore necessarie per la copertura dei presidi domenicali e festivi, nonostante le ore presenti sul punto di vendita, anche al netto degli esuberi, sarebbero più che sufficienti a coprire anche tali necessità. Tale anomalia deriva dalla presenza di contratti di lavoro delle prestazioni part-time, che non contengono la domenica come giornata lavorativa e da un numero di dipendenti part-time, rispetto ai quali l'azienda pur applicando l'art. 136 Testo Unico del CCNL DMO, non riesce comunque a garantire un'adeguata copertura di tali presidi. In tali frangenti l' **Pt_4** è

costretta a ricorrere frequentemente a personale esterno, specificatamente chiamati a prestare la propria attività esclusivamente di domenica e nei festivi. Il tutto non solo generando gravi disservizi organizzativi, ma altresì, in una situazione già di eccedenza di organico, peggiorando un sistema di costi che già impatta significativamente sui conti economici di queste realtà”;

- a fine 2023, l'organico delle casse, reparto in cui operava la Pt_1 era composto da 34 lavoratori part-time, di cui solo 7 lavoratori avevano la domenica contrattualizzata come giornata ordinaria di lavoro: in tale contesto la Pt_1 non contribuiva, neppure in maniera volontaria, al lavoro domenicale, avendo prestato attività lavorativa in tale giornata in un anno solo il 1° ottobre 2023;

- per lo stesso motivo, oltre alla ricorrente, sono state trasferite altre 12 persone: Controparte_2 , CP_3 , CP_4 , Controparte_5 , Controparte_6 , CP_7 , Controparte_8 , CP_9 Controparte_10 , CP_11 Controparte_12 e Controparte_13 (doc. 8).

- 15. Parimenti con riferimento alla massiccia concentrazione nell'ipermercato di Tiburtina di lavoratori, titolari dei benefici di cui alla legge n. 104 del 1992, va sottolineato come:

- nel punto vendita di Tiburtina i titolari, fruitori dei benefici di cui alla Legge n. 104 del 1992 sono in numero molto elevato, tale da non consentire la corretta pianificazione / effettuazione delle normali attività di presidio del punto -vendita e di servizio alla clientela, generando, di fatto, gravi disfunzioni organizzative, andando così ad aggravare gli andamenti economici, già di per sé, insostenibili dell'ipermercato;

- nel dettaglio, nel 2023 su 121 lavoratori, la titolarità dei benefici ex lege n. 104 del 1992, ha riguardato ben 59 posizioni, atteso che alcuni lavoratori beneficiano, come anche la ricorrente, di 2 o anche 3 autorizzazioni.

- 16. Con riferimento alla sede di destinazione la società convenuta ha individuato per la ricorrente l'ipermercato di Bufalotta in quanto:

- ivi era possibile consentire alla Pt_1 il mantenimento del proprio orario di lavoro privo della prestazione nella giornata di domenica, tenuto conto che in tale unità, aperta in epoca più recente rispetto a quello di Tiburtina, molti lavoratori avevano la domenica inserita quale giornata di lavoro ordinario nel proprio contratto di lavoro;

- era necessario implementare gli organici nella fascia pomeridiana per aumentare il presidio del punto-vendita e migliorare il servizio alla clientela e nel contempo ridurre le ore di lavoro straordinario e supplementare prestate dal personale ivi addetto;

- è pacifico che la ricorrente risiede in Roma Via della Liane n. 15 e la di lei madre, cui presta assistenza, in Clivo Monte del Gallo, n. 60, laddove il punto-vendita di Via Tiburtina è situato in Via Tiburtina n. 757, mentre quello di Bufalotta è situato in Via Passo del Falzarego n. 19, con la conseguenza che la Pt_1 seguito della sua assegnazione a tale ultimo ipermercato aumenta dalla propria abitazione il singolo percorso di soli 3,3 Km (passando da 7 a 10,3 Km) e soltanto di circa 9-10 minuti in auto e 21 minuti con i mezzi pubblici, mentre rimane sostanzialmente invariata la distanza pari a 12 KM ed ai tempi di percorrenza con l'abitazione della propria madre (doc. 6).”

Concorda il Giudice con quanto dedotto da parte ricorrente laddove ha rammentato, innanzitutto, l'applicabilità nella fattispecie della direttiva 2000/78/CE e del d.lgs. n. 216/03 e che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 17 luglio 2008 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall Controparte_14 — Regno Unito) — S.

Controparte_15 Law, Steve Law (Causa C-303/06), in merito alla possibilità di estendere la disciplina della direttiva 2000/78 “...ad una persona che abbia uno stretto rapporto con una persona disabile e che sia stata discriminata a causa di tale rapporto”, ha affermato:

“...1) La direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui

quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a).

2) La direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, è connesso alla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto comportamento viola il divieto di molestie enunciato al detto art. 2, n. 3.

Nella motivazione (punti 50-51) la Corte ha affermato: «Orbene, anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra

Pt_5, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima. (...) Una volta accertato che un lavoratore che si trovi in una situazione come quella di cui alla causa principale è vittima di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, un'interpretazione della direttiva 2000/78 che ne limiti l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire».

Quindi tale normativa di fonte comunitaria può ritenersi applicabile anche nella fattispecie di qua nella quale la ricorrente risulta sia genitore che presta assistenza continua al proprio figlio disabile sia care - giver per la madre disabile alla quale presta assistenza continua.

Risulta altresì applicabile il d.lgs. n. 216/03 recante "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro" che prevede:

Art. 1.

Oggetto

1. Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini.

Art. 2.

Nozione di discriminazione

1. Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così definite:

a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.

Art. 3 comma 3 bis (introdotto ad opera del Decreto Legge 76/13 articolo 9, comma 4-ter): «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18 nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

Come precisato da parte ricorrente "la direttiva 2000/78/CE ha recepito la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità che ha affermato il principio "dell'accomodamento ragionevole". Il diritto al lavoro delle persone con disabilità, sia a livello europeo che nazionale, dovrà essere interpretato

conformemente ai principi contenuti nella Convenzione, tra i quali fondamentali sono: la nozione di persona con disabilità e la definizione di accomodamento ragionevole.

L'accomodamento ragionevole è il principio che ritroviamo nella Convenzione ONU e che va considerato come criterio ermeneutico per l'interpretazione dell'articolo 5 della Direttiva 78/2000/CE. Per effetto del richiamo della Convenzione ONU, il rifiuto del ragionevole adattamento costituisce fattispecie discriminatoria (il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli è qualificato come discriminazione, analogamente a quanto avvenuto con la Direttiva 78 del 2000, con riferimento alla nozione di molestie).

Il concetto di inabilità che viene in gioco è più ampio di quello contenuto nelle diverse disposizioni previste dall'ordinamento interno.

I principi propri del diritto antidiscriminatorio contenuti tanto nella Direttiva quanto nella Convenzione ONU 13 dicembre 2006 qui richiamata impongono limitazioni alla libertà economica degli imprenditori – entro certi limiti – nel momento in cui si tratta di tutelare diritti umani fondamentali.

L'Italia è stata condannata per non avere “correttamente recepito” la Direttiva 78/2000/CE nell'ordinamento interno (causa C-312/11 Commissione contro Repubblica Italiana) ed in particolare per non avere recepito «correttamente e completamente» l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE, che aveva disciplinato l'obbligo per i datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli» per le persone con disabilità nell'ambiente di lavoro. La Corte di Giustizia Europea ha ritenuto che per trasporre correttamente l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE non fosse sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno, essendo invece compito degli Stati imporre a tutti i datori di lavoro a livello nazionale l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere a un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione. Soluzioni ragionevoli che, alla luce della giurisprudenza citata della CGUE, vanno sicuramente ricercate anche per i care giver come è il caso della ricorrente.

Occorre allora sottolineare che all'esito di questo discusso iter con il “Decreto Lavoro” (Decreto Legge 76/13, convertito dalla Legge 99/13) è stata quindi introdotta anche nel nostro ordinamento una disposizione assai rilevante a tutela delle persone con disabilità: l'obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare “accomodamenti ragionevoli” nell'ambiente di lavoro per garantire “parità di condizioni” (comma 3 bis art 3 legge 68/99).”

Occorre ulteriormente rammentare che l'art. 33 comma 5 della L. n. 104/92 prevede che: “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” e che tale norma considera la “sede di lavoro” e non l’“unità produttiva” di cui all'art. 2103 c.c.; a tal proposito la giurisprudenza della Cassazione (n. 24015/17) ha precisato che “Il divieto di trasferimento del lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dall'art. 24, comma 1, lett. b), della L. n. 183 del 2010, opera ogni volta che muti definitivamente il luogo geografico di esecuzione della prestazione, anche nell'ambito della medesima unità produttiva che comprenda uffici dislocati in luoghi diversi, in quanto il dato testuale contenuto nella norma, che fa riferimento alla sede di lavoro, non consente di ritenere tale nozione corrispondente all'unità produttiva di cui all'art. 2103 cod. civ.”. Inoltre Cass. n. 29009/20 ha affermato che “ “Deve, invero, essere richiamato il principio espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui - alla stregua dell'orientamento della Corte costituzionale, che ha, da tempo, affermato che della L. n. 104 del 1992 cit., art. 33, comma 5, si deve dare una interpretazione orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti (come delineati, in particolare, dalla Corte Cost. con le sentenze n. 406 del 1992 e n. 325 del 1996) il diritto del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente od un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico- produttive dell'azienda ovvero della P.A. (cfr., Cass. SU 9 luglio 2009, n. 16102 e, successivamente, Cass. 12692/2002, Cass. 28320/2013, Cass. 11568/2017, 7981/2018, Cass. 6150/2019)”.....“ Tale consenso risulta imprescindibile e come tale necessario ai fini della legittimità del trasferimento che pure sia giustificato da esigenze tecnico organizzative del datore di

lavoro, in un'ottica di bilanciamento di diritti che presuppone comunque che il consenso venga reso, salva una sua considerazione più o meno attenuata in sede di comparazione.”

Quindi la norma sopra citata pone un divieto di trasferimento dalla sede di lavoro che individua un concetto più limitato della unità produttiva in quanto individua qualunque luogo nel quale il lavoratore presti la propria attività e le esigenze di ordinaria natura organizzativa o produttiva che ai sensi dell'art. 2103 c.c. giustificano il potere del datore di lavoro di trasferire il proprio dipendente incontrano un limite nell'esigenza di garantire assistenza delle persone disabili in conformità ai valori costituzionali della dignità umana, dell'utilità sociale e dell'eguaglianza sostanziale (art. 2, 3 e 41 Cost.). Cass. n. 24015/17 ha, infatti, affermato che *“le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono, dunque, intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 Cost., comma 2 - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali. Va, inoltre, osservato che questa Corte (Cass. 9201/2012, 25379/2016, 22421/2015) ha affermato il principio secondo cui “la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., e della Carta di Nizza che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. 12911/2017, 25379/2016, 2210/2016). 26. L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, 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 alle immutate condizioni di assistenza”*.

Ciò posto, si osserva anche che la Corte d'appello di Roma _ GL, con sentenza n. 4313/2023, richiamando la giurisprudenza della Cassazione, ha così affermato: *“...E' nondimeno innegabile che l'applicazione dell'art. 33, comma 5 cit, postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, in tutti i trasferimenti atteso il disposto dell'art. 2103 c.c. che, nel periodo finale al primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. 28 L'onere probatorio rafforzato posto dall'art. 2103 c.c. sul datore di lavoro con riferimento all'esigenza dell'impresa di variare la sede lavorativa (ex multis Cass. 11984/2010) dimostra la preoccupazione del legislatore nei confronti dei provvedimenti destinati ad avere, nella generalità dei casi, ricadute sovente pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti non di rado oltre che sul piano economico anche su quello familiare per interrompere, per tempi non limitati, quei rapporti di affetti e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare. 29 A questi ultimi particolare attenzione è stata dedicata dal legislatore italiano che, con l'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, nel contesto normativo sovranazionale sopra richiamato, ha inteso regolare più incisivamente i poteri del datore di lavoro nei casi nei quali il lavoratore sia parte di una comunità familiare nella quale vi siano persone con disabilità che richiedono un impegno più pregnante e gravoso da parte del familiare lavoratore, impegno che l'inaffidabilità di quest'ultimo può garantire.*

30. La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo 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 ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque

(ndr: non risultino) insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. 25379/2016, 9201/2012). (Cfr. Cass. n. 24015/2017)".

Ed ancora la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che *"In tema di diritto del lavoratore che assiste un familiare portatore di handicap a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare e a non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, è posto a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza di ragioni organizzative, tecniche e produttive che impediscono l'accoglimento delle richieste del lavoratore, spettando al giudice procedere al necessario bilanciamento, imposto dal quadro normativo nazionale e sovranazionale, tra gli interessi e i diritti del medesimo e del datore di lavoro, ciascuno meritevole di tutela, valorizzando le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile ogni volta che le ragioni tecniche, organizzative e produttive prospettate non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte."* (Cass. n. 47/24 - n. 23857/17 - n. 25379/16 - n. 9201/12).

- Nel caso di specie, oltre a non sussistere il consenso espresso o tacito della ricorrente, deve ritenersi che le ragioni produttive od organizzative addotte dalla società non consentono di ritenere giustificato il trasferimento ai sensi dell'art. 2103 c.c. e della normativa di cui all'art. 33 citato atteso che le circostanze giustificatrici del trasferimento nel caso de quo dovrebbero essere tali da essere insuscettibili di essere soddisfatte in nessun altro modo che con il trasferimento della ricorrente, e tale carattere non rivestono le esigenze produttive ed organizzative quali dedotte dalla società: la mancata partecipazione della ricorrente al lavoro domenicale presso il punto vendita di via Tiburtina, la presenza nell'organico del supermercato di una concentrazione di dipendenti fruitori di permessi legati all'utilizzo di specifici istituti contrattuali tale da non consentire la corretta pianificazione delle attività lavorative; la necessità di ridurre il ricorso alle ore di lavoro straordinario nel punto vendita di Roma Bufalotta, sede di lavoro cui la ricorrente è stata assegnata. Infatti, anche ove ritenute sussistenti e provate, tali esigenze non appaiono di rilevanza e gravità tali da necessitare in maniera obbligata il trasferimento della ricorrente senza possibilità di adottare soluzioni e accomodamenti ragionevoli ed alternativi sulla base dei poteri organizzativi di prerogativa datoriale al fine di rendere meno gravosa la prestazione lavorativa della ricorrente e compatibile con le sue esigenze familiari, accomodamenti di cui non è stato fornito alcun elemento probatorio da parte della società, tanto più se si considera che la stessa ricorrente ha lavorato da circa 20 anni presso lo stesso punto vendita e con le medesime modalità orarie contrattualmente previste (part time di 20 ore settimanali, esclusa la domenica) e che risulta prestare assistenza a due familiari affetti da handicap grave.

Quindi, se l'inaffidabilità del lavoratore senza il suo consenso è giustificata dalle cure e dall'assistenza che deve prestare ai familiari disabili, il trasferimento impugnato de quo deve ritenersi illegittimo.

Ne consegue, quale risarcimento in forma specifica, l'ordine alla società convenuta di reintegrare la ricorrente presso la sede di lavoro presso la quale era precedentemente assegnata.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo ai sensi del DM n. 55/14 e succ. modif. (DM n. 147/22) applicabile *ratione temporis*, seguono la soccombenza ai sensi dell'art. 91 c.p.c., da distrarsi in favore del procuratore di parte ricorrente dichiaratosi antistatario.

P. Q. M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore istanza, deduzione ed eccezione disattesa:

dichiara l'illegittimità del trasferimento impugnato e ordina alla società convenuta di reintegrare la ricorrente presso la sede di lavoro precedentemente assegnata.

Condanna la società convenuta al pagamento delle spese di lite liquidate in complessivi euro 4.000,00, oltre spese generali 15%, IVA e CPA come per legge, da distrarsi.

Fissa il termine di giorni sessanta per il deposito della motivazione.

Roma, 11/10/24

IL GIUDICE
Luca Redavid