

Civile Ord. Sez. L Num. 23857 Anno 2017

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: CURCIO LAURA

Data pubblicazione: 11/10/2017

ORDINANZA

sul ricorso 10182-2012 proposto da:

POSTE ITALIANE S.P.A. C.F. 97103880585, in persona
del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIALE EUROPA 175, presso lo
studio dell'avvocato ANTONINO AMATO, che la
rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

2017

2214

elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA G. BAZZONI 3, presso lo studio dell'avvocato
FABRIZIO PAOLETTI, rappresentato e difeso
dall'avvocato GIROLAMO RUBINO, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 149/2011 della CORTE D'APPELLO
di BRESCIA, depositata il 21/04/2011 R.G.N. 530/2010;
Il P.M. ha depositato conclusioni scritte.

RILEVATO

Che la Corte d'Appello di Brescia ha confermato la sentenza del Tribunale della stessa città che aveva accertato il diritto di _____, dipendente Poste spa ad essere trasferito da Brescia ad Agrigento a seguito della sua domanda presentata ai sensi dell'art.33 comma 5 della legge n. 104/1992 per assistenza continuativa del padre affetto da gravi patologie, trasferitosi in tale città nel 2008. Inoltre la Corte ha ritenuto la fondatezza anche della ulteriore deduzione del _____, ritenendo che il diritto ad essere trasferito derivasse altresì dalla sua condizione di invalido in condizione di gravità, ai sensi dell'art.33 comma 6 della legge 104/1992, essendo egli invalido civile, peraltro assunto ai sensi della legge 482/68 attraverso il collocamento obbligatorio.

Che la Corte territoriale ha ritenuto sussistere i presupposti di legge per il riconoscimento del diritto al trasferimento, non essendo necessaria la convivenza e non avendo la società datrice di lavoro allegato e fornito la prova che non vi fossero posti vacanti nella zona di Agrigento.

Che inoltre la norma sul diritto di scelta della sede di lavoro del disabile in situazione di gravità deve interpretarsi nel senso che esso può essere esercitato non solo in sede di assunzione, ma anche successivamente, quando la situazione di handicap sia preesistente, ma l'interessato intenda mutare la propria residenza.

Che avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione Poste Italiane spa affidato a tre motivi, cui ha resistito il Fiore con controricorso.

Che la società ricorrente ha depositato memoria ex artt.378 e 380 bis c.p.c.

Che il PG in data 7.4.2017 ha depositato conclusioni.

CONSIDERATO

Che con il ricorso la società ricorrente lamenta :

- 1) La violazione e falsa applicazione dell'art.33 comma 5 della L.n.104/1992, in relazione all'art.360 c.1 n.3 c.p.c., per avere la corte erroneamente ritenuto che vi fosse stata assistenza continuativa, mentre il requisito della situazione di assistenza non solo dovrebbe sussistere al momento della scelta dell'assunzione, mentre nel caso in esame tale condizione non era stata denunciata in sede di assunzione, anzi era stata interrotta proprio a seguito della presa di possesso a Brescia. Errore la Corte territoriale nel ritenere che l'esclusione del requisito della convivenza ad opera della legge n.19/2000, abbia allargato il concetto di assistenza continua sino al punto di ritenerla sussistente anche in caso di interruzione come avvenuto nel caso di specie.



- 2) L'insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in relazione all'art.360 c.1 n.5 c.p.c., per avere la Corte di merito erroneamente ritenuto che Poste spa avrebbe dovuto provare il numero di addetti di fatto adibiti alla sede in cui si chiede il trasferimento rispetto a quelli presenti nella sede di appartenenza , onde verificare le disponibilità e quindi le esigenze aziendali che non consentivano il trasferimento. Comunque ribadisce la ricorrente che non vi sarebbe assistenza continua in caso di interruzione, comunque in caso in cui non vi sia "esclusività assistenziale".
- 3) La violazione e falsa applicazione degli artt. 420 e 116 c.p.c., dell'art.2967 c.c. in relazione all'art.360 c.1 n.3 c.p.c.. Secondo la ricorrente ha errato la corte territoriale nel ritenere che Poste non abbia offerto di provare le ragioni tecniche ed organizzative per le quali sarebbe impossibile il trasferimento e che non abbia documentato il numero degli addetti in pianta organica e quello di fatto adibiti alle sedi di Brescia e di Agrigento, essendosi invece la società offerta di provare per testi l'insufficienza della forza lavoro addetta al CMP di Brescia . Secondo Poste spa ha errato la Corte nel non considerare che l'inciso della norma "ove possibile" porta a ritenere che l'onere di prova possa essere adempiuto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria.

Che va preliminarmente rilevato che la sentenza impugnata ha respinto l' appello e confermato il diritto del al trasferimento ad Agrigento considerando due *rationes decidendi* , la prima relativa alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art.33 comma 5 della legge 104/92, che si riferisce alla posizione del lavoratore che assiste la persona handicappata , la seconda ritenendo che il diritto al trasferimento ad Agrigento trovava fonte anche nella disposizione di cui al comma 6 del citato art.33, che fa riferimento al diritto di scelta del lavoratore disabile a scegliere una sede di lavoro più vicina al proprio domicilio , senza poter essere trasferito in altra sede senza consenso.

Che tale seconda motivazione non è stata oggetto di censura in questa sede, avendo limitato Poste spa i motivi di gravame soltanto alla prima *ratio decidendi* .

Che il primo motivo è infondato. Questa Corte ha più volte statuito che, sussistendo il presupposto dell'assistenza continua della persona disabile , il diritto di scelta del lavoratore non va riferito esclusivamente al posto di lavoro all'atto dell'assunzione, ma che tale diritto sussiste anche in corso di rapporto, sempreché il posto risulti esistente e vacante (così da ultimo Cass. n.15873/2015); che tale diritto va comunque fatto valere contemperando le esigenze organizzative del datore di lavoro, che ha l'onere di provare le circostanze ostative al suo esercizio (Così Cass.SSUU n.7945/2008, Cass. n. 3896/2009). Peraltro la ritenuta esistenza, da parte della corte bresciana, del presupposto di assistenza continua da parte del nei confronti del padre disabile, è valutazione di merito insindacabile in questa sede, ove non formi



oggetto di censura relativa a vizi di illogicità o contraddittorietà motivazionale che poste non ha formulato.

Che il secondo ed il terzo motivo, che possono esaminarsi congiuntamente perché connessi, vertendo in realtà entrambi su censure relative all'onere probatorio circa l'impossibilità della datrice di lavoro di consentire il trasferimento, sono egualmente infondati , se non inammissibili.

Che questa corte ha più volte chiarito che è onere del datore di lavoro provare la sussistenza di ragioni di natura organizzativa , tecnica o produttiva, che impediscono di accogliere la richiesta di un'assunzione , o anche di trasferimento, presso una sede di lavoro vicina al domicilio della persona disabile che si assiste (cfr per tutte la citata Cass. SSUU n.7945/2008) . La corte territoriale ha motivato sul punto rilevando che Poste non aveva fornito , ma neanche allegato, elementi di prova che dimostrassero tale impossibilità. Le censure della ricorrente non colgono nel segno, perché ribadiscono esclusivamente ed ancora una volta che l'inciso della norma di cui al comma 5 dell'art.33 cit.- "ove possibile- sta a significare che il diritto di scelta non può comportare una eccessiva lesione delle esigenze organizzative aziendali , ma non richiamano , né indicano le specifiche deduzioni, con le relative istanze istruttorie formulate negli atti dei giudizi di merito , aventi ad oggetto le ragioni organizzative che avrebbero impedito di accogliere la richiesta del

Che pertanto il ricorso va rigettato, con condanna della società ricorrente , soccombente , alla rifusione delle spese di lite, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in euro 200,00 per esborsi, euro 4000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

Così deciso nell' Adunanza Camerale del 17. 5.2017.