



TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE LAVORO 4^

Il Tribunale nelle persone dei Magistrati:

Dott.ssa Margherita Maria Leone	Presidente;
Dott.ssa Giuseppina Vetrutto	Giudice
Dott.ssa Monica Emili	Giudice Relatore

nel procedimento cautelare – reclamo - iscritto al n. 8853/2017 RG, a scioglimento della riserva assunta in data 27.4.2017, ha pronunciato la seguente ordinanza.

TRA

E

Viene reclamata dalla

l'ordinanza cautelare emessa in data 7.3.2017, nel giudizio RG 2791/2017, con la quale la dipendente aveva ottenuto l'accertamento del suo diritto ad essere trasferita in una delle sedi di Roma.

La Società ha lamentato che era stata ritenuta erroneamente la sussistenza del *periculum in mora*, ma anche del *fumus*, avendo il giudice del cautelare accertato il diritto senza verificare in concreto i requisiti organizzativi aziendali, affermando che gravava sulla società l'onere di provare che in nessuna sede delle tre esistenti su Roma, vi fosse un posto vacante di livello contrattuale uguale a quello della ricorrente, onere che la società non avrebbe adempiuto; non era stato considerato, inoltre, che la posizione di vantaggio prevista dall'art. 33, comma V, della L. 104/92, non era incondizionata, ma limitata

B

dall'esistenza in capo alla parte datoriale del potere di organizzare i fattori della produzione (il trasferimento poteva avvenire per dettato di legge solo ove possibile).

La reclamata ha resistito con memoria alle argomentazioni della reclamante, chiedendo la conferma dell'ordinanza.

Rileva preliminarmente il Collegio che la ordinanza di prima fase ha dato atto dei fatti, pacifici/non contestati, neppure in questa fase di reclamo ed, in particolare, che la ricorrente, assunta il 1.12.2004, alla chiusura delle sedi su Roma dell'allora datrice di lavoro

era stata formalmente trasferita a Venegono Superiore con effetto dal 1.1.2013 pur continuando in realtà a lavorare, come in precedenza, in regime di distacco presso la Camera dei Deputati; che, in data 13.1.2014, la madre della ricorrente, già riconosciuta invalida al 100% dal marzo 2013, aveva trasferito la propria residenza presso la figlia; che, alla medesima genitrice, era stato riconosciuto il diritto all'accompagnamento, a far data dal maggio 2014; che, terminato il distacco in data 31.10.2014, la ricorrente aveva richiesto, in ragione dei gravi e comprovati motivi familiari, non esistendo più sedi a Roma, di poter essere trasferita alla sede più vicina di Pomigliano d'Arco e la datrice di lavoro aveva acconsentito con effetto dal 29.5.2015, avendo già concesso altresì alla dipendente i benefici di cui all'art. 33 L.104/92; che, di fatto, la ricorrente non aveva mai preso servizio in tale sede (Pomigliano d'Arco) avendo chiesto di poter usufruire di congedo straordinario ai sensi della L. 151/2001 concedibile per il termine massimo di gg.730 dal gennaio 2015; che, in data 1.1.2016, la datrice di lavoro era stata

incorporata da una società quale ultima società aveva numerose sedi su Roma ove erano occupati oltre 3000 dipendenti; che la ricorrente, sempre in regime di congedo, aveva chiesto, senza esito, nel maggio e nell'ottobre 2016, nonché nel gennaio 2017, di essere trasferita presso una sede di Roma.

Con riferimento al *periculum in mora* è stato ritenuto rilevante, con argomentazioni del tutto condivisibili, l'esaurimento dei giorni di congedo straordinario nel futuro semestre, considerata la interruzione che altrimenti si sarebbe verificata quanto all'assistenza offerta alla madre convivente, non ritenendo realistico quanto sostenuto dalla società (secondo cui la lontananza del posto di lavoro dalla residenza avrebbe comunque consentito di offrire adeguata assistenza alla madre in ragione dei tempi ragionevoli di percorrenza del tragitto Roma-Napoli e della flessibilità in entrata ed in uscita dell'orario di lavoro); l'azione di urgenza di poi, è stata ritenuta tempestiva, avendo la ricorrente nelle more già ripetutamente avanzato in via breve ed in via formale, la propria richiesta di essere trasferita.

Relativamente al buon diritto, la ordinanza ha chiarito, sussistenti il requisito legale della assistenza continuativa (*"resa possibile prima da svolgimento di attività lavorativa in regime di distacco su Roma e quindi di (dal) godimento di congedo straordinario..."*), sia lo stato di "portatore di handicap" in capo alla madre della ricorrente dal gennaio 2014, come, secondo la accezione meno restrittiva, doveva tendersi a mantenere la situazione di assistenza già in atto da tempo e, quindi, la piena applicazione della norma di cui al comma 5, dell'art. 33, L. 104/92.

Non si rileva, quindi, il difetto motivazionale denunciato in quanto secondo il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte: *"Il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato con lui convivente, di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio deve essere inteso - secondo il tenore letterale dell'art. 33, quinto comma L. 104/92 e in via comparativa con il sesto comma del medesimo articolo - nel senso della possibilità di suo esercizio tanto al momento dell'assunzione, quanto in costanza di rapporto: ben s'intende, ove possibile, in ragione del suo bilanciamento con la valutazione datoriale di compatibilità con le esigenze economiche ed organizzative dell'impresa, sul presupposto dell'esistenza e della vacanza del posto"*⁽¹⁾.

La valutazione relativa alla disponibilità nella sede di assegnazione ed in quella anelata, di Roma, parimenti in via del tutto condivisa, è stata condotta comparando la posizione soggettiva della istante in relazione alle esigenze aziendali, tenuto presente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, quanto al relativo onere probatorio, ma anche il principio della vicinanza della prova, in relazione al nuovo testo dell'art. 2103 C.c..

L'ampliamento dello *jus variandi* avrebbe richiesto, invero, come affermato dal giudice di *prime cure*, la dimostrazione impossibilità di adibire la _____ alla sede di Roma, con riferimento a posizione inerente il livello e la categoria di appartenenza, circostanza tuttavia neppure dedotta dalla società [*"Si ricorderà, infatti, che la disciplina previgente consentiva il mutamento solo a condizione che le mansioni precedenti e quelle nuove fossero equivalenti sia dal punto di vista oggettivo (parità di contenuto professionale) e sia soggettivo (coerenza con il bagaglio professionale acquisito e con la possibilità di un suo futuro sviluppo). Con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n.81/2015 al datore di lavoro è attribuita, invece, la facoltà di modificare unilateralmente le mansioni a condizione che le nuove siano*

¹ Sez. I., Sentenza n. 16298 del 03/08/2015

riconducibili allo stesso livello di inquadramento e categoria legale (operai, impiegati, quadri, dirigenti)" così nell'ordinanza].

Rileva il Collegio, in proposito, che, nel quadro della nuova disciplina dello *ius variandi*⁽²⁾ e quindi del potere conformativo della prestazione lavorativa (che costituisce riflesso del potere direttivo della parte datoriale), le mansioni, costituenti l'oggetto principale dell'obbligazione del lavoratore, debbono essere quelle della assunzione ovvero quelle riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

Evidente quindi che— per quanto interessa in questa sede — risulta modificato anche il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell'esercizio di tale potere datoriale: la possibilità di assegnare il lavoratore "a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte" ha, infatti, sostituito il potere di adibizione "a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte".

Ai sensi della novella legislativa, pertanto, per stimare la legittimità dell'esercizio di tale potere unilaterale, deve essere utilizzato un criterio determinato *per relationem* (appunto, il livello di inquadramento, come individuato dalla contrattazione collettiva) parametro che deve essere ritenuto, di per sé, sufficiente, non potendo il Giudice operare un sindacato sulla c.d. equivalenza professionale⁽³⁾.

In altre parole, il concetto di "livello" e "categoria", si pone quale limite entro il quale il potere di modificare l'assegnazione delle mansioni deve essere contenuto e, quindi, non può non essere utilizzato anche con riferimento all'istituto del trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra, atteso che, anche in tale fattispecie, permane il divieto delle variazioni in *pejus*.

Così come il criterio dell'equivalenza in tema di assegnazioni del lavoratore a mansioni diverse, costituiva il paradigma per valutare la legittimità della nuova assegnazione a seguito degli spostamenti disposti da parte datoriale, la nuova regola introdotta dal D.Lgs. 81/2015, sicuramente più ampia⁽⁴⁾, condiziona, quale effetto riflesso, anche

² decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015, entrato in vigore il 25 giugno 2015 ed applicabile immediatamente, anche ai rapporti di lavoro in corso

³ Con riferimento alla disciplina previgente v. Cass. Sez. Un., n. 25033 del 24 novembre 2006 secondo cui l'equivalenza legittimante lo *ius variandi* dell'imprenditore "deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto"

⁴ Nel precedente di merito che si sono occupati dell'argomento non è posto in dubbio che l'art. 2103 c.c., nel testo sostituito dall'art. 3 del d.lgs. n.81 del 2015, consenta ormai, al comma 1, ai datori di lavoro, diversamente da quanto ritenuto dal diritto vivente affermatosi nella vigenza del testo dell'art. 2103 c.c. quale introdotto dall'art. 13 della l. 20 maggio 1970, n. 300, di adibire i lavoratori a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, anche

l'istituto del trasferimento, pur nella invarianza del relativo precetto (così come in tema di *repechage*, quanto alla dimostrazione della impossibilità del reimpiego del lavoratore in altra posizione, di demansionamento ed, in generale, relativamente agli istituti che suppongono l'utilizzo del medesimo concetto).

Si tratta, in definitiva, nella specifica fattispecie, della opposta faccia della medesima medaglia e, se non può revocarsi in dubbio che la parte datoriale possa esercitare lo *ius variandi* nei più ampi confini recentemente ridisegnati non può, del pari, non ammettersi che alla stessa nozione presupposta debba farsi riferimento anche quando debba dimostrarsi l'esistenza delle ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo, ostative al trasferimento richiesto.

Nessuna delle censure proposte dalla Società reclamante, pertanto, risulta dirimente nel senso di indebolire il ragionamento operato dal giudice della prima fase (quella relativa alla decadenza non è stata neppure riproposta) dovendosi ribadire la inesistenza di un ritardo incompatibile con le ragioni di urgenza, proprio in ragione del fatto che la aveva, nelle more dell'azione, più volte avanzato istanza di trasferimento, sperando in una risposta positiva ovvero in una soluzione bonaria, ed anche avanzato formale diffida, comportamento del tutto incompatibile con un atteggiamento "di attesa" (inerte o acquiescente), mentre l'esaurimento del periodo di congedo, in correlazione alla esigenza di assistenza della madre, ben avrebbe potuto rendere inefficace la relativa tutela, nell'attesa dell'esito del giudizio ordinario.

Né, ancora, può accedersi alla ricostruzione della reclamante quanto al *fumus* in quanto il giudice di *prime cure* ha correttamente applicato alla fattispecie concreta quel contemperamento di interessi sotteso alla norma richiamata e la "possibilità" concreta di adibizione della lavoratrice ad una determinata sede e, quindi, sicuramente rispettando il limite costituito dalla compromissione delle esigenze aziendali, non avendo la reclamante fornito la prova relativa alla insussistenza su Roma di posizioni di livello e categoria corrispondenti a quella posseduta dalla

In definitiva il reclamo va sicuramente respinto, con regolazione delle spese, liquidate in calce, secondo l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

quando le nuove mansioni, per il loro diverso contenuto professionale, non consentano l'utilizzazione e l'arricchimento delle conoscenze e delle abilità acquisite nella precedente fase del rapporto, bastando che le nuove mansioni siano riconducibili, secondo il sistema di classificazione previsto dal contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro, allo stesso livello di inquadramento ed alla stessa categoria legale. Ciò determina un ampliamento dello *ius variandi*, posto che la generalità dei livelli previsti dai contratti collettivi accomuna mansioni anche sensibilmente differenti tra loro, sotto il profilo del contenuto professionale. TRIBUNALE DI ROMA - 30 settembre 2015 - Est. Sardi, TRIBUNALE DI RAVENNA - 30 settembre 2015 - Est. Rivero

Rigetta il reclamo e condanna la società al pagamento
delle spese processuali liquidate in complessivi euro 2.500,00.

Roma lì 27.4.2017

Il Giudice estensore

Il Presidente

Depositato in Cancelleria
il 5 MAG 2017

Re: ...
DILETTA ROSA ASTORINI

