

Studio Legale
Avv. Sergio Algieri

Via P. Calamandrei, 10 - 87041 ACRI (CS)
Tel/fax 0984 915027 - 339 2804673



Crn 15066/2019

TRIBUNALE DI COSENZA
SEZIONE CONTROVERSIE DI LAVORO
ORDINANZA EX ART. 700 C.P.C.

Il Tribunale di Cosenza, in composizione monocratica, in persona del dott. Vincenzo Lo Feudo;

letti gli atti del procedimento n. 3219/19 RGAL instaurato da [] rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Algieri, nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro, legale rappresentante p.t.;

sciogliendo la riserva formulata all'odierna udienza di discussione.

OSSERVA

La ricorrente - docente di ruolo di Scuola Secondaria di II grado su posto di sostegno, classe di concorso [] con contratto di lavoro a tempo indeterminato, titolare presso l'ISS ([] di), deduceva di essere "referente unico" della propria madre, affetta da handicap grave, ai sensi delle disposizioni contenute nell'art. 3, comma 3°, della L. 104/92, e di non avere, ciò nonostante, ottenuto con precedenza l'assegnazione in mobilità presso gli ambiti e le scuole della Provincia di Cosenza, provincia di residenza della disabile oltre che propria, pur avendolo richiesto e segnalato nella domanda di mobilità per l'anno scolastico 2019/2020, a causa della illegittima formulazione dell'art. 13 del C.C.N.I. relativo, che esclude - in violazione dell'art. 33 l. n. 104/1992 - i figli di genitori affetti da handicap grave dalla preferenza nella mobilità interprovinciale.

La ricorrente ha, quindi, chiesto che venisse dichiarato nullo "in parte qua" l'art. 13 del predetto C.C.N.I. e conseguentemente dichiarato, in via d'urgenza, il suo diritto di precedenza nella procedura di mobilità, riconoscendo il proprio diritto ad essere trasferita, a decorrere dal suddetto anno scolastico, con la precedenza sopra precisata, presso una delle sedi indicate nella domanda di mobilità, segnatamente presso l'ambito territoriale di Cosenza.

Benché ritualmente e tempestivamente convenuto in giudizio, il MIUR non si costituiva.

All'udienza di discussione, sentita la parte ricorrente, il Tribunale si riservava.

Pur in assenza di un'eccezione sul punto, rileva il Tribunale che non sussistono nel caso di specie i presupposti per una integrazione del contraddittorio nei confronti di potenziali controinteressati

Si osserva, infatti, che ai fini dell'individuazione dei soggetti controinteressati, è richiesta la presenza di due elementi.

Da una parte, il cd. "elemento formale": l'atto impugnato deve riferirsi direttamente ai soggetti coinvolti o, comunque, consentirne un'agevole individuazione "perché indicati in modo non generico" (Cons. Stato, Ad. pl. 28 settembre 1987, n. 22; Cons. Stato, sez. V, sent. 24 settembre 2003, n. 5462).

Dall'altra, il cd. "elemento sostanziale": deve, cioè, sussistere, in capo al controinteressato, la titolarità di un interesse qualificato alla conservazione del provvedimento impugnato, ossia di una situazione giuridica soggettiva analoga (ma di segno opposto) a quella che può esser fatta valere da un ricorrente.

I due menzionati elementi devono, tuttavia, ricorrere contestualmente: considerati "parimenti essenziali" (cfr. Cons. Stato, IV, sent. n. 3895/2001), ciascuno di essi - valutato singolarmente - appare "necessario ma non sufficiente" (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 2/1996).

Come ancor più precisamente affermato dal TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. 4 gennaio 2007, n. 39, "non basta, perché vi sia una posizione di controinteressato tutelata, il solo dato formale della menzione del soggetto nell'atto, ma occorre il dato sostanziale di un fumus di meritevolezza di tutela nel merito di tale supposto controinteresse".

Nel caso in esame non è necessario procedere alla notifica a potenziali controinteressati, in quanto la ricorrente non rivendica una determinata sede di servizio, ma un ambito territoriale, e per questo motivo può essere assegnata anche in soprannumero.

Tanto premesso, ritiene il Tribunale che il ricorso sia fondato e debba essere accolto, sussistendo entrambi i requisiti richiesti dalla legge - fumus boni juris e periculum in mora - per accordare la tutela cautelate invocata dalla ricorrente.

La risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) *"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"*.

A sua volta, l'art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 - testo unico in materia di istruzione - stabilisce che *"gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico"* (co. 1) e che *"le predette norme*

comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità" (co. 2).

L'interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l'istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della "persona handicappata", nè la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso "*ove possibile*" (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002).

Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso "*ove possibile*" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Ora, venendo alla fattispecie in esame, deve preliminarmente disattendersi l'orientamento giurisprudenziale, ormai minoritario, secondo cui il beneficio di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/92, anche dopo le modifiche introdotte dagli artt. 19 e 20 della l. n. 53 del 2000, in favore del familiare che assista con continuità un parente handicappato, è concedibile unicamente in fase di prima scelta della sede lavorativa (all'atto cioè dell'assunzione e non anche in sede di trasferimento), aderendo questo giudice al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (valga per tutte, Cass., 18.12.2013, n. 28320).

Ciò posto, la richiesta avanzata dalla ricorrente, con istanza di trasferimento per la provincia Cosenza, con diritto di precedenza ex art. 33 l. 104/92, risultando provato che la madre, Signora _____ residente in _____ sia portatrice di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 104/92, come da Decreto

di Omologazione ex art. 445 bis c.p.c., emesso dal Tribunale di Cosenza il ...
... risulta fondata.

Invero, alcun rilievo ha mosso il MIUR nel presente giudizio, in cui non si è costituito, e, in sede amministrativa, ha rappresentato l'esistenza di una norma pattizia ostativa, art. 13 CCNI.

Orbene, la norma applicata dal MIUR in sede amministrativa prevede che " ...
Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge (8) e, limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.

In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni:

1. *documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;*
2. *documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (9).*
3. *essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (10) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001.*

In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria."

Ritenute dunque provate tutte le altre circostanze di fatto, ivi compresa quella della esistenza del posto in organico presso la sede di destinazione (provincia di Cosenza), che si desumono dalla documentazione versata in atti in allegato al ricorso, che attesta la presenza di posti coperti da docenti che non risultano avere precedenza con priorità rispetto alla ricorrente, deve condividersi quanto ritenuto nel merito dal Tribunale di Taranto, con ordinanze dott. L. De Napoli, ord. 13.08.2013 e dott. E. Palma, ord. 15.09.2015, in relazione alla deroga apportata dal CCNI alla regola desumibile dall'art. 33 l. n. 104/1992 e succ. mod., come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta.

In particolare, ha condivisibilmente ritenuto il Tribunale di Taranto che *"la clausola pattizia appena citata, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità annuale, escludendolo invece nella mobilità definitiva, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co. 5 l. 5.2.1992 n. 104, e conseguentemente deve essere disapplicata, dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, con il solo limite, derivante dall'inciso "ove possibile" contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato"*.

Le pronunce citate facevano riferimento al precedente CCNI della mobilità docenti e la prima di esse aveva trovato conferma, in vicenda analoga, nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecce in data 13.07.2008, confermata con sentenza del 10.07.2009.

Osserva il giudicante che, *mutatis mutandis*, la clausola oggi impugnata del CCNI mobilità 2019-2020, nel limitare la preferenza accordata al docente figlio referente unico che assista genitore affetto da handicap in situazione di gravità alla sola mobilità provinciale, accordandola invece in sede di mobilità al di fuori dell'ambito provinciale solo ai genitori di figli disabili, abbia violato la norma imperativa del citato art. 33 l. 104/1992 e succ. mod., come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione, anche alla stregua della normativa sovranazionale e comunitaria.

Ed invero, l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito "ove possibile".

La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza della Sezione Lavoro n. 25379/2016 ha ritenuto - in ipotesi in cui era anzi documentato solo un handicap non grave - che: *"In effetti questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, 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 [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'art. 33 cit.], deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che*

il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte" (Cass. n. 9201/2012). Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con 4. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto la Corte territoriale non avrebbe dovuto fermarsi alla mancanza di documentazione proveniente dalle USL sull'invalidità grave della madre della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell'handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento, il che è stato omesso sulla base di una interpretazione letterale della norma in discussione oggi superata dalla giurisprudenza di legittimità."

La Suprema Corte si pronunciava sul divieto di trasferimento del lavoratore, tuttavia, atteso anche il tenore dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite sopra citata, deve ritenersi che, anche in relazione all'assegnazione del posto di lavoro, il diritto del disabile all'assistenza - tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell'assistito - sia un diritto assoluto, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di insussistenza di alcun posto di lavoro scoperto nel luogo di lavoro in oggetto, non invece da includere in detta accezione il contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit.

Ebbene, il Ministero convenuto, non essendosi costituito, nulla ovviamente ha dedotto, oltre che in relazione all'interesse pubblico che sarebbe stato ostativo del richiesto diritto di precedenza, neppure in ordine alla eventuale indisponibilità di posti nella richiesta provincia di Cosenza, con conseguente sussistenza nella specie del diritto vantato; parte ricorrente ha, inoltre, provato documentalmente la sussistenza di siffatti posti e la loro assegnazione a docenti che non fruiscono della preferenza ex art. 33 l. 104/1992, la quale deve precedere ogni altro titolo valido per la mobilità.

La ricorrente ha provato, inoltre, la propria qualità di referente unico, dimostrando che il padre, _____ ed i fratelli, _____

_____ non possono assistere la familiare disabile (il primo è affetto da patologie gravi, i secondi lavorano e sono domiciliati in _____).

Sussiste altresì, nella fattispecie in esame, l'ulteriore requisito del *periculum in mora*.

Nel tempo necessario per la instaurazione e la definizione del giudizio di merito, infatti, dovendo la ricorrente prendere servizio nell'Ambito Territoriale di il diritto del genitore disabile risulterebbe inammissibilmente violato, posto che la ricorrente medesima ha documentato di essere l'unica figlia che abita nel medesimo luogo di residenza della disabile e che le presta assistenza.

Conclusivamente, in accoglimento del ricorso cautelare, disapplicando sul punto l'art. 13 del CCNI - nullo per violazione della norma imperativa dell'art. 33 l. n. 104/1992 come sopra interpretato - deve riconoscersi il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92 nelle operazioni di trasferimento della scuola secondaria di II grado, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa, ordinando in via cautelare all'Amministrazione di trasferire la ricorrente su un posto ed in un istituto scolastico della provincia di Cosenza.

Le spese del presente giudizio, attesa la tendenziale e possibile definitività del provvedimento cautelare (ex art. 669 octies co. 6, c.p.c., come modificato dal d.l. n. 35/05, conv. in l. 80/05, giusta d.l. 273/05, conv. in l. 51/06) vanno poste, nella misura indicata in dispositivo, tenuto conto dell'attività espletata, a carico del Ministero convenuto, in base alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Accoglie la domanda proposta e, per l'effetto, ritenuta la parziale nullità dell'art. 13 del CCNI per la mobilità 2019-20, dichiara il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore di , nelle operazioni di trasferimento definitivo della scuola secondaria di II grado (classe di concorso

) secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa, ordinando al MIUR, in persona del Ministro, legale rappresentante p.t., di trasferire la ricorrente su un posto e presso un istituto scolastico della provincia di Cosenza, anche in sovrannumero.

Condanna il MIUR, in persona del Ministro, legale rappresentante p.t., a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida complessivamente in euro e rimborso forfetario come per legge, con distrazione in favore dell'Avv. Sergio Algieri.

Cosenza, 04.09.2019

REGIONE LIGURIA
SEZIONE IN GIUDIZIO
04/09/2019
CASSINTE GREGGIANTO
Grazella Barbara

IL GIUDICE
dot. Vincenzo Lo Feudo