TRIBUNALE DI LAMEZIA TERME

Controversie di Lavoro e Previdenza Sociale

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del giudice del lavoro dott.ssa Valeria Salatino, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento ex art. 700 c.p.c., iscritto al n. [redacted]/2020 R.G., promosso da [redacted] elettivamente domiciliata in Vibo Valentia alla Via Spogliatore presso lo studio dell'Avv. Valerio Natale, che la rappresenta e difende come da mandato in atti, nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CALABRIA - UFFICIO II - AMBITO TERRITORIALE DI CATANZARO (C.F. 80001920794), rappresentato e difeso ai sensi dell'art. 417-bis c.p.c. dal funzionario delegato dott.ssa Maria Elena Burgello e da Angela Branca e domiciliato presso l'U.S.R. Calabria - Ambito Territoriale di Catanzaro in Catanzaro Lido alla Via Cosenza n. 31;

sentite le parti;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 13.08.2020;

letti gli atti e valutate le risultanze;

ritenuto che siano stati compiuti atti istruttori sufficienti ai fini dell'emanazione del provvedimento richiesto;

ritenuto in fatto quanto esposto dalle parti nei rispettivi atti di causa;

OSSERVA E RILEVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 2.07.2020 [redacted] docente di ruolo di scuola primaria su posto di sostegno (classe di concorso EH) presso l'Istituto Comprensivo [redacted] di Bologna, esponeva di aver ottenuto per l'a.s. 2019/2020 l'assegnazione provvisoria su posto di sostegno presso l'Istituto Omnicomprensivo di [redacted] sino al 31.08.2020, di aver partecipato alle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2020/2021 con un punteggio di [redacted] punti [redacted] per [redacted] verso la provincia di Vibo Valentia e di aver allegato specifica istanza volta al riconoscimento del diritto di precedenza ex L. n. 104/1992 in quanto figlia di genitore disabile in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 3, comma 3 della legge citata.

A tale proposito deduceva di essere referente unica della madre [redacted] portatrice di handicap in situazione di gravità ex art. 3, comma 3 della L. n. 104/1992, in quanto il coniuge di quest'ultima aveva dichiarato di non poter assistere la moglie a causa dell'età e delle sue precarie condizioni di salute, mentre gli altri figli avevano dichiarato di essere residenti fuori regione per motivi di lavoro, di essere residente nel medesimo comune del genitore assistito e che avevano ottenuto il trasferimento interprovinciale nella provincia di Vibo Valentia 5 docenti, molti dei quali senza vantare alcuna delle precedenze previste dal CCNI sulla mobilità.

Denunciava, quindi, la nullità dell'art. 13, punto IV) e dell'art. 14 del CCNI sulla mobilità per il

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcadee699e18db

triennio 2019/2022, nella parte in cui le suddette disposizioni escludono il diritto di precedenza in favore del docente figlio referente unico del genitore disabile nei trasferimenti interprovinciali, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 33, comma 5 della L. n. 104/1992, nonché dell'art. 601 del D. Lgs. n. 297/1994.

Quanto al *periculum in mora*, deduceva che l'assegnazione ad una sede lontana dal luogo di residenza del disabile avrebbe cagionato un irreparabile nocumento alle esigenze di cura del genitore assistito, oltre a provocare disagi al proprio nucleo familiare; aggiungeva che nel tempo occorrente per la definizione del giudizio di merito l'amministrazione scolastica avrebbe potuto destinare altri docenti ai posti disponibili nell'ambito territoriale del comune di residenza e/o di quelli viciniori e/o nella provincia di Vibo Valentia, così frustrando il proprio diritto di precedenza, anche alla luce della prevista riduzione della percentuale dei posti riservati ai trasferimenti.

Chiedeva, pertanto, che venisse accertato il proprio diritto di precedenza ex L. n. 104/1992 nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2020/2021 e che, per l'effetto, l'amministrazione resistente venisse condannata a trasferirla dalla provincia di Bologna a quella di Vibo Valentia, nonché ad assegnarla come sede di titolarità presso una delle sedi indicate nella domanda di mobilità e secondo l'ordine di preferenza espresso.

Nel costituirsi in giudizio l'amministrazione scolastica eccepiva, in via preliminare, il difetto di integrazione del contraddittorio nei confronti dei docenti che avrebbero potuto subire un pregiudizio in conseguenza dell'eventuale accoglimento del ricorso e, in particolare, nei confronti di tutti docenti di scuola primaria che avevano ottenuto il trasferimento nelle sedi richieste dalla ricorrente nella domanda di mobilità; nel merito, contestava la fondatezza dell'istanza cautelare, evidenziando che l'art. 13, punto IV) del CCNI sulla mobilità vigente sancisce il diritto di precedenza in favore di coloro che assistono genitori disabili solo in sede di assegnazione provvisoria di durata annuale e, in presenza di determinate condizioni, nell'ambito delle operazioni di mobilità provinciale; quanto al *periculum in mora*, eccepiva che l'esigenza di assistenza del genitore disabile è tutelata attraverso l'istituto dell'assegnazione provvisoria, che la ricorrente avrebbe potuto richiedere anche per l'a.s. 2020/2021, e che la lunga pausa estiva avrebbe consentito alla docente di prestare le cure necessarie al familiare disabile.

All'udienza fissata per la comparizione delle parti, le loro difese insistevano nelle rispettive istanze e conclusioni ed il giudice riservava la decisione.

In via preliminare va disattesa l'eccezione di difetto di integrazione del contraddittorio nei confronti dei docenti trasferiti nelle sedi richieste dalla ricorrente: al riguardo è sufficiente ricordare che l'integrazione del contraddittorio è obbligatoria solo nei casi di litisconsorzio necessario e precisamente "quando la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti".

Al contrario, nel caso di specie si richiede l'accertamento del diritto di precedenza della ricorrente, accertamento che in alcun modo è atto ad incidere sul rapporto di lavoro di altri soggetti.

E' vero che sussiste, nella specie, il rischio di un arretramento in graduatoria dei docenti che seguono la ricorrente, ma tuttavia tale rischio costituisce solo un effetto indiretto dell'accoglimento

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db

della domanda e non una conseguenza del carattere unitario ed inscindibile della situazione giuridica soggettiva vantata o dell'adempimento richiesto.

Detto rischio potrebbe al più giustificare un intervento volontario, ma giammai l'obbligo della trattazione del giudizio nel contraddittorio degli insegnanti che dall'accoglimento del presente ricorso subirebbero un pregiudizio.

Nel merito, occorre, innanzitutto, rilevare che la madre della ricorrente, [redacted] è stata riconosciuta portatrice di handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3 della L. n. 104/1992, non soggetta a revisione, dalla Commissione medica per l'accertamento dell'handicap nella seduta del [redacted]

La ricorrente ha, inoltre, dichiarato di essere stato l'unico soggetto richiedente i tre giorni di permesso ex art. 33, comma 3 della L. n. 104/1992 e/o il congedo straordinario di cui all'art. 42 della medesima legge.

Risultano, poi, allegate le dichiarazioni sottoscritte dal coniuge della signora [redacted] dagli altri [redacted] figli della medesima, le quali attestano l'impossibilità di prestare assistenza al familiare disabile, rispettivamente, per ragioni connesse all'età ed alle personali condizioni di salute ovvero perché residenti fuori regione per motivi di lavoro [redacted] figli hanno, inoltre, dichiarato di non essersi avvalsi dei benefici di cui all'art. 33 della L. n. 104/1992).

Tanto precisato, la questione controversa attiene alla sussistenza del diritto della ricorrente di beneficiare della precedenza assoluta nella procedura di mobilità interprovinciale in quanto figlia referente unica di genitore riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità.

L'amministrazione scolastica nega la sussistenza del diritto azionato, eccependo che le disposizioni vigenti riconoscono la suddetta precedenza soltanto in sede di assegnazione provvisoria (di durata annuale) ovvero nell'ambito della mobilità provinciale.

Ebbene, l'art. 13, punto IV) del CCNI sulla mobilità per il triennio 2019/2022, sottoscritto il 6.03.2019, prevede, per quel che rileva in questa sede, che "*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.

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 ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D. L.vo 151/2001.

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db

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.
Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti. Tale precedenza permane anche nel caso in cui, prima del predetto comune o distretto sub comunale, siano indicate una o più istituzioni scolastiche comprese in essi.
Detta precedenza si applica anche alla I fase dei trasferimenti, alle condizioni di cui sopra, limitatamente ai comuni con più distretti.
In assenza di posti richiedibili nel comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile è obbligatorio indicare il comune viciniore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili ovvero una scuola con sede di organico in altro comune anche non viciniore che abbia una sede/plesso nel comune di domicilio dell'assistito. (...)
Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità. Successivamente tale precedenza è riconosciuta al coniuge del disabile in situazione di gravità. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità.
La particolare condizione fisica che dà titolo alla precedenza cui al presente punto IV) nella mobilità a domanda deve avere carattere permanente. (..)".

Nell'ipotesi che occupa, come detto, la ricorrente ha allegato alla domanda di trasferimento interprovinciale la dichiarazione per usufruire della precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del CCNI, specificando di essere figlia non convivente ma referente unica del genitore disabile in quanto il padre e gli altri figli/fratelli non sono in grado di prestare assistenza continuativa al coniuge e/o alla madre per motivi legati all'età ed allo stato di salute o perché residenti fuori regione per motivi di lavoro; la ricorrente ha, inoltre, dichiarato di essere l'unico parente ad aver beneficiato dei permessi di cui alla L. n. 104/1992 per l'assistenza al genitore disabile.

Quanto alla legittimità della disposizione contrattuale che esclude la possibilità di avvalersi del diritto di precedenza ai fini del trasferimento interprovinciale, pur nella consapevolezza della sussistenza di precedenti giurisprudenziali di segno contrario, il Tribunale ritiene di aderire all'orientamento espresso, tra gli altri, dal Tribunale di Taranto con l'ordinanza cautelare depositata il 15.10.2018 nell'ambito del procedimento n. 7613-1/2018 R.G., le cui motivazioni di seguito si riportano: "(..) *In sostanza, la risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n.*

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db

*104 del 1992, **art. 33, comma** 5, 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" (norma peraltro richiamata espressamente anche dall'art. 601, D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 – TESTO UNIco in materia di istruzione – con riconoscimento della " ... **precedenza** all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di **mobilità**").*

*Inoltre, ai fini del presente giudizio, deve altresì valutarsi il contenuto della clausola pattizia prevista dall'**art. 13, punto IV, CCNI** 11 aprile 2017 sulla **mobilità** per l'a.s. 2017/18 (applicabile anche per l'a.s. 2018/19), nella parte in cui dispone che: "Il **figlio che assiste il genitore** in situazione di gravità ha **diritto** ad usufruire della **precedenza tra province diverse esclusivamente** nelle operazioni di **assegnazione provvisoria**, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità".*

*In sostanza, secondo tale disciplina pattizia, i genitori e i coniugi di persone disabili con handicap grave hanno diritto di precedenza anche nei trasferimenti interprovinciali, per gli spostamenti di carattere definitivo; **di converso**, **ai figli** che prestano medesima assistenza **in favore** dei propri **genitori** (come nel caso qui in esame) il diritto suddetto è stato "**limitato**" **ai soli spostamenti temporanei** della mobilità annuale (e quindi non definitivi).*

*Orbene, in linea generale e di principio, occorre dare atto di come, in autorevoli e condivisibili arresti della giurisprudenza di legittimità sia stato reiteratamente rimarcato che l'art. 33, comma 5, legge n. 104 del 1992, stabilendo il "**diritto** a scegliere, **ove possibile**, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", attribuisce un **diritto** che però, in virtù dell'inciso secondo il quale esso può essere esercitato **solo "ove possibile"**, ed in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, **non** può essere fatto valere qualora il suo esercizio **leda in misura consistente** le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro (sic CASS. LAV. 5 SETTEMBRE 2011 N° 18223, peraltro in conformità a quanto già affermato da CASS. SS. UU., 9 LUGLIO 2009 N° 16102, CASS. SS. UU., 27 MARZO 2008 N° 7945 e CASS. LAV. 27 MAGGIO 2003 N° 8436), **gravando sulla parte datoriale**, privata o pubblica, l'**onere** della **prova** di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto (così espressamente CASS. SS. UU., 27 MARZO 2008 N° 7945 e CASS. LAV. 18 FEBBRAIO 2009 N° 3896, nonché CASS. LAV. 11 OTTOBRE 2017 N° 23857).*

*Sempre CASS. LAV. 18 FEBBRAIO 2009 N° 3896, ha anche precisato che la norma de qua, circa il **diritto** del (parente del) disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretata nel senso che esso può essere esercitato, al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell'assunzione, **anche successivamente** a quest'ultima e, in tal caso, **sia** quando la situazione di **handicap** intervenga **in corso** di rapporto, **sia quando essa preesista** ma l'interessato, per ragioni apprezzabili, intenda mutare la propria residenza, deponendo in tal senso, oltre che la lettera della norma, l'esigenza di consentire l'effettività del diritto al lavoro in capo alla persona svantaggiata a causa della situazione di*

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db

handicap (conf. CASS. LAV. 20 SETTEMBRE 2012 N° 15873 nonché 18 DICEMBRE 2013 N° 28320 e 3 AGOSTO 2015 N° 16298).

Deve dunque ritenersi che, sia nel caso di scelta della sede di lavoro all'atto dell'assunzione ***sia*** *nel caso di* ***successivo trasferimento a domanda****, la limitazione del diritto, in ragione della concomitanza di valori di rilievo costituzionale, quali i principî distintamente espressi dall'art. 97 e dall'art. 41 Cost., comporta che l'inciso "****ove possibile****" valga a configurare una* ***subordinazione*** *del diritto alla* ***condizione*** *che il suo esercizio* ***non*** *comporti una* ***lesione*** *eccessiva delle* ***esigenze organizzative ed economiche*** *del datore di lavoro* ***privato, ovvero non*** *determini un* ***danno*** *per la* ***collettività*** *compromettendo il* ***buon andamento*** *e l'****efficienza*** *della* ***pubblica amministrazione*** *(cfr. ancora CORTE COST. N. 372 del 2002; CASS., SEZ. UN., N. 7945 del 2008, cit.; CASS. N. 1396 del 2006; ID., N. 8436 del 2003; ID., N. 12692 del 2002).*

Ed allora, facendo applicazione al caso di specie dei sopra rassegnati principî di diritto, deve verificarsi la ***tesi*** *di parte* ***convenuta****, secondo la quale al* ***mancato rispetto*** *della* ***specifica previsione*** *contenuta nella* ***disciplina pattizia*** *– come sopra richiamata - conseguirebbe una "****consistente lesione****" in danno del MINISTERO, id est un* ***danno*** *per la* ***collettività*** *derivante dalla compromissione del* ***buon andamento*** *e dell'****efficienza*** *della* ***pubblica amministrazione****.*

Occorre tuttavia rilevare che ***nessuna specifica dimostrazione*** *è stata fornita dal MINISTERO – nemmeno a livello di fumus – in ordine al fatto che l'eventuale trasferimento della ricorrente potrebbe "****ledere in maniera consistente****" le proprie esigenze organizzative, non potendosi quindi affermare – ovviamente con valutazione allo stato degli atti – che il riconoscimento del diritto del lavoratore-familiare debba cedere a fronte di* ***alcun verosimile danno*** *per l'****interesse*** *della* ***collettività****, trattandosi di rapporto di lavoro pubblico e gravando sulla parte datoriale, come detto, l'onere della prova di siffatte eventuali circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto (sic CASS. SS. UU., 27 MARZO 2008 N° 7945):* ***né*** *tali "esigenze" possono ritenersi "****implicite****" nella medesima* ***previsione pattizia*** *in questione, trattandosi all'evidenza di una inammissibile petizione di principio che, oltretutto, non considera la ben plausibile* ***nullità*** *di detta clausola contrattuale ai sensi dell'art.* ***1418 c.c.****, stante la* ***natura imperativa*** *della normativa di cui alla* ***L. n. 104/92****.*

Pur non essendo prevista, infatti, un'espressa sanzione di nullità per la violazione dell'art. 33, comma quinto, della legge n. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata" (art. 21 L. 104/1992) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà ed autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b7541cdcedee699e18db

riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 L. 104/92).

Come evidenziato dalle SEZIONI UNITE della SUPREMA CORTE, nella più volte citata SENTENZA N° 7945/2008: "La posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la CORTE COSTITUZIONALE ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame ... ... (cfr. ordinanza Corte Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la CORTE COSTITUZIONALE ha avuto anche modo di ricordare come esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992 ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ha anche aggiunto che essa incide sul settore sanitario ed assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a far superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992)".

Sulla necessità di una interpretazione in termini costituzionalmente orientati delle disposizioni di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992 - 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, si vedano anche CASS. LAV. 7 GIUGNO 2012 N° 9201 e CASS. LAV. 12 DICEMBRE 2016 N° 25379.

*Pertanto, il **rilievo, anche costituzionale**, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce **norma imperativa**, la cui **violazione** da parte di disposizioni contrattuali comporta la **nullità** di queste ultime, ai sensi dell'art. **1418**, comma primo, c.c..*

*Con riguardo alla **clausola pattizia** che rileva **nel presente giudizio**, deve quindi ritenersi che essa - nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità annuale (assegnazioni provvisorie), **escludendolo** invece nella **mobilità definitiva** (per i trasferimenti interprovinciali) – sia **nulla**, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co. 5 L. n° 104/92, 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, ovviamente entro i limiti, derivanti dall'inciso "ove possibile" contenuto nella citata norma, della **vacanza** in organico, della **materiale disponibilità** del posto rivendicato e della*

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db

*insussistenza di alcuna "**consistente lesione**" per la **collettività** e/o compromissione del **buon andamento** e dell'**efficienza** della **pubblica amministrazione**.*
Non si giustifica dunque l'ulteriore disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierna parte ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.".

Tale orientamento ha trovato conferma nei precedenti di merito allegati al ricorso, nonché nella sentenza n. 410/2020 del 21.05.2020 pronunciata dalla Corte di Appello di Catanzaro, nella quale si afferma la natura di norma imperativa inderogabile dell'art. 33, comma 5 della L. n. 104/1992 in quanto volta ad attuare i principi di solidarietà sociale sanciti dalla Costituzione e, in particolare, quello del portatore di handicap alla continuità dell'assistenza in atto; i giudici di secondo grado hanno, inoltre, evidenziato che la precedenza prevista dalla *lex specialis* in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e l'assistenza della persona handicappata non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norma di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti e che, peraltro, le disposizioni contrattuali in oggetto danno luogo ad un trattamento discriminatorio tra i docenti in quanto il diritto di precedenza è riconosciuto nella mobilità provinciale e nelle assegnazioni provvisorie ed è, invece, escluso nelle procedura di mobilità interprovinciale, laddove è proprio nei trasferimenti tra province diverse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico, difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile, soprattutto nei casi in cui il docente sia il referente unico.

Ciò posto, accertato il diritto di precedenza ai fini del trasferimento interprovinciale, dal bollettino dei trasferimenti per la provincia di Vibo Valentia, relativo alla scuola primaria, emerge che per l'a.s. 2020/2021 hanno ottenuto il trasferimento interprovinciale verso la provincia di Vibo Valentia nella scuola primaria, posto di sostegno, cinque docenti, di cui soltanto due titolari di precedenza (non specificata) prevista dal CCNI sulla mobilità.

Risulta, pertanto, provato l'ulteriore presupposto richiesto dalla norma invocata, ovvero la sussistenza della disponibilità di posti destinati alla mobilità interprovinciale, che la ricorrente potrebbe occupare avvalendosi della precedenza riconosciuta ed in base al punteggio posseduto.

Con riferimento all'ulteriore requisito del *periculum in mora*, appare meritevole di tutela l'interesse della persona portatrice di handicap in situazione di gravità a ricevere assistenza in maniera continuativa e consona alle proprie condizioni di salute da parte del familiare lavoratore, soprattutto nell'ipotesi in cui non vi siano altri soggetti in grado di prendersi cura del disabile.

Si ritiene, pertanto, che la notevole distanza che separa l'attuale sede di titolarità (Bologna) dal comune di residenza del genitore [redacted] incida in misura apprezzabile sull'effettività e sulla continuità dell'assistenza prestata al portatore di handicap, impedendo alla ricorrente di prendersi agevolmente cura della madre malata.

Infine, quanto alla possibilità di ottenere l'assegnazione provvisoria per il prossimo anno scolastico, non risulta, allo stato, che la relativa procedura si sia conclusa e/o che la ricorrente abbia ottenuto il beneficio eventualmente richiesto per l'a.s. 2020/2021.

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcede699e18db

La controvertibilità della questione esaminata e l'insussistenza di precedenti giurisprudenziali di legittimità giustificano la compensazione delle spese del giudizio nella misura della metà, condannando il Ministero dell'Istruzione al pagamento della restante metà, liquidata come da dispositivo, tenuto conto del valore della causa, dell'assenza di attività istruttoria e della natura cautelare del procedimento, con distrazione in favore del procuratore costituito della ricorrente ex art. 93 c.p.c.

P.Q.M.

Letti e applicati gli artt. 669 bis e segg. c.p.c.:

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, accerta e dichiara il diritto della ricorrente a fruire della precedenza, ex art. 33, commi 5 e 7 della L. n. 104/1992, per l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità nell'ambito delle operazioni di mobilità interprovinciale, condannando il MIUR a trasferirla dalla provincia di Bologna a quella di Vibo Valentia presso una delle sedi indicate nella domanda di trasferimento presentata per l'a.s. 2020/2021 e secondo l'ordine di preferenza espresso;
- compensa le spese del giudizio nella misura della metà, condannando il Ministero dell'Istruzione al pagamento della restante metà, liquidata in complessivi [redacted] per compensi professionali e per spese sostenute e documentate, oltre accessori di legge, con distrazione in favore del procuratore costituito della ricorrente ex art. 93 c.p.c.

Si comunichi.

Lamezia Terme, 14.08.2020

IL GIUDICE DEL LAVORO
Dott.ssa Valeria Salatino

Firmato Da: SALATINO VALERIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7398ef6ab64b754e1cdcedee699e18db