

IL TRIBUNALE DI NAPOLI NORD

SEZIONE LAVORO

nella persona del G	Siudice Federica Acquaviva Coppola, nel procedimento promosso da
Prof.	(Avv. Gianfranco NUNZIATA) contro MINISTERO
DELL' ISTRUZIO	NE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (d.ssa Franzese)
	c.p.c., ed iscritto al n. 8510/20 del Ruolo Generale, all'esito della
camera di consiglio,	ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso depositato il 23.7.20 la parte ricorrente ha chiesto venisse dichiarato il proprio diritto alla assegnazione della sede definitiva, scuola e/o ambito, secondo l'ordine delle preferenze dalla stessa indicato in domanda e con la precedenza, di cui la stessa risulta essere beneficiaria, ai sensi dell'art. 33, comma 5, L. 104/92, e che venisse pertanto ordinato all'Amministrazione convenuta di trasferirla o assegnarla con la citata preferenza a una scuola o a un Ambito Territoriale nell'ordine indicato nella propria domanda di mobilità, proponendo ricorso cautelare. Parte convenuta, ritualmente citata nella presente fase cautelare, non si è costituita in giudizio.

Anzitutto, nel presente giudizio non possono identificarsi controinteressati, trattandosi di giudizio in cui si richiede l'accertamento di un diritto soggettivo della parte ricorrente.

Deve essere positivamente ritenuta la giurisdizione di questo Tribunale, Sezione Lavoro, poiché la ricorrente è già dipendente della P.A. convenuta, sicché la procedura di mobilità viene posta in essere da parte della medesima con i poteri del privato datore di lavoro.

Va poi ritenuta la competenza territoriale di questo giudice del lavoro, atteso che la ricorrente al momento del deposito del ricorso era in servizio, in assegnazione

FOR

provvisoria, presso Istituto Scolastico sito in Caivano, che rientra nella circoscrizione di questo Tribunale.

Il ricorso cautelare è fondato e va 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).

Deve, peraltro, rilevarsi che, nella fattispecie, a ben vedere, la mobilità cui ha partecipato il ricorrente è rivolta all'assegnazione della sede definitiva, che in quanto tale è la prima sede conseguente all'assunzione.

Ciò posto, la richiesta avanzata dalla ricorrente, sia su posto comune che su posto di sostegno, con diritto di precedenza ex art. 33 l. 104/92, non convalidato, benché risulti provato che la zia, di cui parte ricorrente è unica referente affidataria, sia portatore di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 104/92, come da verbale Inps in atti - appare fondata.



Invero, alcun rilievo rilevante ha mosso il MIUR nel presente giudizio, che costituendosi ha chiesto il rigetto della domanda cautelare escludendo la possibilità di assegnare il ricorrente nell'ambito circoscrizionale di Napoli, richiesta non avanzata dal _____ che invece richiedeva l'ambito di Salerno.

Al riconoscimento, come dedotto dalla stessa parte ricorrente, osterebbe la norma pattizia ostativa, art. 13, comma 1, CCNI mobilità 2017-18.

Orbene, la norma citata 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 successivemodifiche 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 presenzadi coniuge o di altri figli, la precedenzanella mobilità provinciale prevista dalla L. 104/92 potrà essere fruita esclusivamentenelle operazioni di assegnazione provvisoria.".

fol .

Ritenute dunque provate tutte le altre circostanze di fatto, ivi compresa quella della esistenza del posto in organico presso una delle sedi richieste in domanda, che si desumono dalla documentazione versata in atti in allegato al ricorso, che attestano la nomina di altri soggetti che non avevano diritto a precedenza sui posti indicati con priorità in domanda dal 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 2017-2018, 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

fol

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 resistente, come innanzi argomentato, nulla ha dedotto, oltre che in relazione all'interesse pubblico che sarebbe stato ostativo del chiesto diritto di precedenza, neppure in ordine alla eventuale indisponibilità di posti negli Istituti e negli Ambiti richiesti dalla ricorrente nella domanda citata (in atti), con conseguente sussistenza di una parvenza di fondatezza 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.

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, il diritto della zia del ricorrente risulterebbe inammissibilmente violato, posto che ha documentato di essere l'unico convivente in condizioni di prestare alla zia la necessaria assistenza.

Conclusivamente, in accoglimento del ricorso cautelare, deve riconoscersi il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore del ricorrente, nelle operazioni di trasferimento definitivo, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa, ordinando in via cautelare all'Amministrazione di trasferire la ricorrente, sulla scorta di detto diritti di precedenza, presso un Istituto scolastico tra quelli indicati con priorità nella domanda di mobilità



presentata dalla ricorrente, o siti in uno degli Ambiti Territoriali indicati nella medesima domanda, in ordine di priorità.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

 accoglie la domanda proposta e, per l'effetto, dich 	niara il diritto di precedenza ex art. 33
commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore di	, ai fini della mobilità
2018/19, del diritto di precedenza ex art. 33, con	mmi 5 e 7, della legge 104/92 nelle
operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.	s. 2020/2021 secondo l'ordine di
preferenza indicato nella istanza presentata in via ar	
condanna la parte resistente al pagamento del complessivi euro oltre Iva e cpa come dichiaratosi antistatario.	le spese di lite che si liquidano in per legge da distrarsi al procuratore

Così deciso in Aversa 11.8.20

 IL OTODICE DEL LAVORO

Federiqa Acquaviva Coppola