

TRIBUNALE DI CASTROVILLARI

Proc. N. [REDACTED] 2020 RGN

Il Giudice,
decidendo inaudita altera parte,
letti ed esaminati gli atti di causa;
visto il ricorso ex art.700 c.p.c. presentato da
[REDACTED]

osserva

Giova anzitutto premettere che ai sensi dell'art.700 c.p.c. le condizioni necessarie ed indispensabili per la concessione del provvedimento d'urgenza sono due: la sussistenza del fumus boni iuris della pretesa che si intende far valere con la promozione del giudizio ordinario e la ricorrenza del c.d. periculum in mora, che secondo il disposto del citato articolo, deve consistere in un "pregiudizio imminente ed irreparabile" a cui il diritto dell'istante sia esposto, in attesa dell'esito del giudizio ordinario.

Nel caso di specie viene in rilievo il doppio motivo di urgenza, dato dalla necessità di assistere [REDACTED] disabile in condizione di gravità ed ulteriormente dall'imminenza delle nuove assegnazioni.

Ciò posto, la 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, prevede che 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.Lgs. 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, come nella specie, 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 mobilità interprovinciale e diritto di precedenza ex art. 33 l. 104/92 -risultando documentato essere ~~il genitore~~ di stato di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 104/92 appare fondata.

Invero, l'unico rilievo plausibile alla negazione del diritto vantato è rappresentato dalla esistenza di una norma pattizia ostativa, art. 13, iv punto del ccni mobilità scuola - sottoscritto il 06/03/2019, laddove limita il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali.

La questione del contendere riguarda quindi la nullità o meno di detta norma contrattuale ai sensi dell'art. 1418 C.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 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 di essa 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 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 (sent. N. 7945 del 27.3.2008): "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 nonchè 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. Ed invero il giudice delle leggi - nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma quinto del citato art. 33, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio - ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l'handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all'ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella - altrettanto meritevole di tutela - ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto - lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevole finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia



valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (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)".

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.p.c..

A tali conclusioni giunge il Tribunale di Taranto, sez. lav., 04/06/2019, n.2145 analogamente a Tribunale di Napoli, secondo cui: "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".

Tale orientamento ha trovato conferma, in vicenda analoga, nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecce in data 13.07.2008, confermata con sentenza del 10.07.2009 e da copiose altre pronunce della giurisprudenza di merito.

Non si giustifica dunque la disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierno istante, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Come esattamente osservato da parte ricorrente, il titolare di tale precedenza può spenderla all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza, a condizione che abbia espresso come prima preferenza una o più istituzioni scolastiche comprese nel predetto comune oppure abbia espresso l'ambito corrispondente ad esso o alla parte di esso qualora intenda esprimere preferenze relative a



scuole di altri comuni o ad altri ambiti o province: dunque può usufruire di tale precedenza anche in ambiti e/o province differenti purchè abbia espresso come prima preferenza una o più istituzioni scolastiche comprese nel comune di residenza.

Tale precedenza è valevole in ciascuno dei comuni, degli ambiti e/o delle province differenti dal Comune di residenza indicati nel proprio ordine di priorità dal docente e il titolare di tale precedenza ha diritto a vedersi riconoscere, in sostanza, tale preferenza, con priorità, nelle sedi disponibili indicate a titolo di preferenze espresse.

Il diritto del familiare lavoratore alla scelta della sede o al non trasferimento per assistere l'handicappato, tuttavia, come affermato nella già richiamata sentenza resa a Sezioni Unite dalla Suprema Corte (n. 7945 del 27 marzo 2008), non è illimitato, e pertanto non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro.

Tale diritto presuppone la compatibilità con l'interesse comune posto che secondo il legislatore il diritto alla tutela dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi -soprattutto per quel che riguarda i



rapporti di lavoro pubblico- in un danno per la collettività.

Difatti il diritto del familiare-lavoratore deve bilanciarsi con altri interessi, che trovano anche essi una copertura costituzionale, sicchè il riconoscimento del diritto del lavoratore-familiare può, a seconda delle situazioni fattuali a fronte delle quali si intenda farlo valere, cedere a rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, e per quanto riguarda i rapporti di lavoro pubblico, ad interessi della collettività.

Il diritto alla precedenza deve essere inteso, conclusivamente, come strumentale a garantire la tutela della situazione di disabilità di cui il possessore è portatore ovvero a garantirgli l'assegnazione nella provincia di residenza o in quella più vicina alla stessa; a parità di precedenza prevale il punteggio più alto e in caso di parità di precedenza e di punteggio prevale la maggiore anzianità anagrafica.

Nel caso di specie, la disponibilità dei posti è stata documentata e non ostano ragioni per non accogliere la domanda.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso ex art.700 c.p.c. e per l'effetto:

- dichiara il diritto di [REDACTED] a fruire della precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92 nelle operazioni di mobilità a decorrere dall'a.s. 2020/21, con



assegnazione presso una delle sedi disponibili, nell'ambito territoriale scelto, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa.

Rinvia per la conferma, la modifica o la revoca dell'ordinanza e per statuire sulle spese, al ~~se~~
~~se~~

Il Giudice
Dr.ssa Anna Caputo

