

TRIBUNALE DI COSENZA

SEZIONE CONTROVERSIE DI LAVORO

ORDINANZA EX ART.700 CPC

Il Giudice;

letti gli atti del procedimento iscritto al n. [REDACTED]/2022;
all'esito della riserva formulata all'udienza del
27.7.2022,

OSSERVA

Con ricorso ex art.414 cpc e contestuale richiesta di provvedimento ex art.700 cpc parte ricorrente esponeva:

- di essere docente nella scuola secondaria di secondo grado tipo di posto sostegno, classe di concorso A034, titolare presso [REDACTED] di Crotone, in assegnazione provvisoria presso l'IIS [REDACTED] Cosenza,
- di aver richiesto per l'anno scolastico 2022/2023 il trasferimento interprovinciale per poter assistere il coniuge [REDACTED] disabile grave ,riconosciuto portatore di handicap grave ex art.3 comma 3 L.n. 104 del 1992
- di aver indicato nella domanda di trasferimento la precedenza dell'art.33 comma 5 L.n. 104 del 1992 ,
- di non aver ottenuto il chiesto trasferimento mentre molti docenti erano stati trasferiti sulle sedi da lei espresse anche senza vantare una precedenza e nonostante la disponibilità di posti di sostegno nella scuola secondaria nella provincia di Cosenza.

Deducenza la illegittimità del comportamento del MIUR e concludeva chiedendo "ritenere e dichiarare:la illegittimità, con conseguente disapplicazione, delle norme



del CCNI sulla mobilità richiamate nel presente atto, nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi (fra cui OM n. 45 del 25/02/2022 ed OM n. 106 del 09 marzo 2021 per quanto necessario e le note del 17/05/2022 e del 07/06/2021 con cui è stato comunicato il mancato accoglimento della domanda di trasferimento nella provincia di residenza del coniuge disabile rispettivamente per a.s. 2022/2023 ed a.s. 2021/2022), nella parte in cui non riconoscono il diritto alla precedenza, in termini assoluti, nei trasferimenti interprovinciali, al docente che assiste il coniuge disabile, giusta argomentazioni di cui presente ricorso; conseguentemente: la sussistenza in capo alla ricorrente, alla data di presentazione della domanda di mobilità per l'anno scolastico 2022/2023 (e/o a.s. 2021/2022), del titolo di precedenza di cui all'art. 13 punto IV CCNI mobilità, giusta argomentazioni di cui al ricorso; conseguentemente, accertare e dichiarare la sussistenza del diritto della ricorrente alla precedenza assoluta ex art. 13 punto IV CCNI mobilità (siccome coniuge di persona disabile) nelle operazioni di mobilità territoriale (interprovinciale) per l'assegnazione della sede di titolarità definitiva e, quindi, il diritto ad essere trasferita con precedenza assoluta ed anche in sovrannumero - a partire dall'anno scolastico 2023/2022 (e/o 2021/2022) - presso una delle Istituzioni scolastiche del Comune di [REDACTED] o comuni vicini indicati in domanda e/o Provincia di Cosenza (ove risiede col coniuge al quale presta assistenza continuativa); - per l'effetto - previa sospensione e/o disapplicazione e/o annullamento di ogni contrario provvedimento (in particolare, i bollettini dei trasferimenti 2022/2023 e/o 2021/2022 Scuola secondaria di II grado degli Ambiti Territoriali di Crotone e di Cosenza, nella parte in cui non includono il nominativo della ricorrente nei movimenti in uscita, quanto all'ambito Territoriale di Crotone, e nei movimenti in entrata, quanto



all'ambito Territoriali della Provincia di Cosenza) - ordinare all'Amministrazione resistente di provvedere a trasferire, ora per allora, la prof.ssa [REDACTED] con decorrenza 01/09/2022 (e/o 01/09/2021) - ed eventualmente anche in soprannumero - in una delle Istituzioni scolastiche e/o Comuni indicati nella istanza di mobilità a.s. 2022/2023 (e/o 2021/2022) e secondo l'ordine di preferenza nella stessa riportato e, quindi, in una delle Istituzioni scolastiche del Comune di Rende o comuni vicini o Provincia di Cosenza come da relativa domanda di mobilità tempestivamente presentata per l'anno scolastico 2022/2023 e/o 2021/2022 ".

Deduceva quanto al periculum che il 31.8.2022 cesseranno gli effetti dell'assegnazione provvisoria sicchè dovrà prendere servizio dal 1.9.2022 presso la sede di titolarità a Crotone, distante circa 100 km dal luogo di residenza e ciò determinerà una interruzione dell'assistenza ed accudimento giornaliero al coniuge.

Si costituiva il MIUR chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza del 27.7.2022 questo giudice si riservava.

Non è controverso che la ricorrente docente sia titolare di cattedra nella provincia di Crotone e che il coniuge è portatore di handicap, in situazione di gravità.

Ai sensi dell'art. 33, quinto comma, della stesse l. 104, "il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

L'art. 13 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA (sottoscritto in data 6 marzo 2019 per il triennio 2019/2021 e, per la mobilità 2022/2025,



sottoscritto in data 27/01/2022) prevede "le precedenzae riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto 1) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sotto elencata viene evidenziata l'operazione a cui si applica. In caso di parità di precedenza e di punteggio, prevale chi ha maggiore anzianità anagrafica".

In particolare il punto IV del citato art. 13 prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità per le ipotesi di assistenza al coniuge con disabilità: "Nella I fase solo tra distretti dello stesso comune e nella II e III fase dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/1992, richiamato dall'art. 601 del D.lgs n. 297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile ...Successivamente, viene riconosciuta la precedenza per assistenza al coniuge".

Ne consegue che la norma pattizia considera la precedenza di cui al punto IV dell'art. 13 non come precedenza assoluta, ma solo all'interno di ciascuna delle tre fasi della mobilità, ossia quella intracomunale e provinciale prima e quella interprovinciale dopo (ed all'interno di questa successivamente alla precedenza per assistenza a figlio disabile) .

Ritiene questo giudice, condividendo l'orientamento espresso da molti giudici di merito (tribunale Busto Arsizio, ordinanza 27.12.2017, Tribunale Cagliari, ordinanza 7.9.2017 , che il suddetto art. 13 , IV punto si pone in contrasto con al norma di cui all'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992 ove si prevede" Il lavoratore di cui



al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede."

E il comma 3 fa riferimento al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravita', coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

I rapporti tra contratto collettivo del dipendente pubblico e legge sono disciplinati dal secondo comma dell'art. 2 D.Lgs n. 165 del 2001 che recita "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilita' sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario."

Il contratto collettivo può dunque in alcuni casi derogare alla enorme pubblicistica ma ciò non è possibile qualora si tratta di disposizioni dirette ad attuare fondamentali principi di solidarietà sociale, costituzionalmente garantiti .

L'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale è sicuramente una norma imperativa inderogabile, a prescindere da una espressa previsione in tal senso .

La disciplina di cui alla legge n. 104 è volta infatti ad attuare qui fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendosi l'eliminazione di tutti quegli



ostacoli , materiali e giuridici che ne possono limitare il regolare dispiegarsi nella vita di relazione.

E la ratio dell'art. 33 comma 5 è non solo quella di assegnare benefici a soggetti che hanno un parente portatore di handicap ma anche e soprattutto di garantire al portatore di handicap la continuità dell'assistenza in atto.

Detta norma dunque si caratterizza come norma attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione sicchè è innegabile che la stessa non sia derogabile per intervento e per effetto di una contrattazione collettiva.

Ne consegue che la precedenza prevista da una lex speciali in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e assistenza della persona handicappata, non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti.

Peraltro è evidente un trattamento discriminatorio tra i docenti in quanto se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale e nella procedura di assegnazione provvisoria a *fortiori* non può essere escluso in quella interprovinciale perché 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 ed ancor di più se il docente è l'unico referente.

La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità non è dunque legittima.

In tal senso si è espressa anche di recente la giurisprudenza di merito " Si ritiene infatti che le clausole dei citati CCNI, nel limitare la preferenza



accordata al docente figlio e referente unico che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave alla sola mobilità annuale, escludendola invece nella mobilità definitiva, e, parimenti, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente nella suddetta situazione alla sola mobilità provinciale, accordandolo invece, in sede di mobilità extra-provinciale, solo ai genitori di figli disabili, violino 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, la norma di cui all'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" (Cass. n. 25379/2016): 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 - è 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 effettiva e motivata sussistenza di superiori esigenze pubblicistiche, non invece da includere in detta accezione l'astratto e generico 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." (Tribunale di Alessandria, sentenza n. 201 del 2018).

Non ignora questo giudice che è intervenuta recentemente la sentenza della Cassazione n. 4677 del 2021 che ha osservato come la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali prevista dall'art.13 ccni, non contrasta



con la previsione della legge n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n. 104 del 1992 privilegia. La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, come nella precedenza provinciale (FASE A, punto I), così nella precedenza interprovinciale, l'agevolazione della preferenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità con le esigenze dell'Amministrazione, riconoscendola sia pure in via provvisoria pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni, come sopra precisate, fissate nel rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo.

Tuttavia ritiene questo giudice di discostarsi da tale interpretazione osservando come l'applicabilità dei benefici previsti dalla legge 104/1992 al personale della scuola, è prevista da disposizione speciale, inserita nel Testo Unico della Scuola di cui al D. Lgs. n. 297/1994 art.601 che così recita "1. 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.

2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità."

Dunque, la precedenza per i soggetti aventi diritto ai benefici previsti dalla l. 104/1992 nelle operazioni di mobilità, è prevista espressamente dalla legge e,



segnatamente, da legge speciale atta a disciplinare tale specifico comparto.

Dunque l'art.601 estende gli effetti degli art.21 e 33 anche alla fase della mobilità e non bisogna dimenticare che l'art. 601 (in quanto inserito nel T.U. della scuola) è senz'altro da considerarsi norma "speciale", perché si applica specificamente al personale scolastico.

Di conseguenza, il contratto sulla mobilità non può violare la norma primaria, *"prevedendo in luogo della mobilità l'assegnazione provvisoria, in quanto quest'ultima non è istituto che fa parte della mobilità, ma ha natura e finalità del tutto diverse"*.

"La prevalenza della normativa primaria su quella secondaria, inderogabile nell'impiego pubblico, comporta quindi di ritenere la nullità sul punto dei predetti CCNI e OM sulla mobilità, per violazione del citato art. 601, con conseguente accertamento del diritto di parte ricorrente alla precedenza prevista dalla norma primaria". (in tal senso Tribunale di Palermo, sentenza n. 2521- 16 giugno 2021.)

Peraltro parte ricorrente ha dedotto e provato che, rispetto all'organico di diritto relativo alla mobilità 2022/2023 e a quello relativo alla mobilità 2021/2022, vi era la disponibilità di posti sul Sostegno nella Scuola Secondaria di II Grado della provincia di Cosenza ai quali la ricorrente avrebbe potuto legittimamente aspirare ove, in fase di mobilità, le fosse stata riconosciuta la precedenza assoluta reclamata(cfr.doc.11a e 11b)

Sussiste inoltre il periculum in mora da intendersi quale pericolo di un pregiudizio imminente irreparabile per il diritto in contestazione o per la realizzazione di situazioni soggettive del titolare del diritto che siano



indissolubilmente legate alla soddisfazione del diritto in contestazione in relazione alla possibile durata del giudizio ordinario.

È indubbio che l'espletamento dell'attività didattica in un istituto scolastico lontano dalla residenza del coniuge impedisce alla ricorrente di prestare assistenza al coniuge in situazioni disabilità grave, con carattere di continuità.

Deve pertanto ritenersi che il mancato riconoscimento della precedenza determina il pericolo concreto che si verifica un pregiudizio imminente e irreparabile di beni di rilevanza costituzionale qual è il diritto alla salute del coniuge della ricorrente in situazione di handicap grave, pericolo che non può ritenersi allo stato scongiurato dall'assegnazione provvisoria atteso che per come concordemente ritenuto dalle parti, la procedura è ancora in corso.

La domanda va dunque accolta nei termini di cui sopra con declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento, anche in sovrannumero, presso la sede disponibile, tra quelle da lei indicate nella domanda di mobilità interprovinciale con la precedenza di cui all'art.33 comma 5 della legge n. 104 del 1992.

Restano assorbite le ulteriori censure.

Spese al definitivo.

PQM

Ordina al Ministero di trasferire la parte ricorrente presso la sede disponibile tra quelle da lei indicate nella domanda di mobilità interprovinciale anno 2022/2023 con la precedenza di cui all'art.33 comma 5 della legge n. 104 del 1992.



Spese al definitivo.

Si comunichi.

Cosenza, 1 agosto 2022

Il giudice

Dott.ssa Silvana D.Ferrentino

