

TRIBUNALE DI COSENZA  
SEZIONE CONTROVERSIE DI LAVORO  
ORDINANZA EX ART.700 CPC

Il Giudice;

letti gli atti del procedimento iscritto al n.2644/2021;  
all'esito della riserva formulata all'udienza del 10  
settembre 2021,

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 classe di concorso A054, titolare presso [REDACTED] di [REDACTED], tipologia posto normale, in assegnazione provvisoria fino al 31.8.2021 presso l'IIS di [REDACTED] [REDACTED],
- di essere unica figlia referente a prestare assistenza alla madre, sig.ra [REDACTED] disabile in situazione di gravità, riconosciuta ai sensi dell'art 3 comma 3 della legge 104/1992,
- di aver richiesto nell'anno scolastico 2021/2022 il trasferimento interprovinciale per poter assistere la madre ,trasferimento nell'ambito territoriale comprendente il luogo di residenza - del genitore, sia su posto di sostegno che su posto normale
- 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 .



Deduceva la illegittimità del comportamento del MIUR e concludeva chiedendo "...accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita in sede viciniora alla propria residenza per le ragioni di cui in narrativa con la immediata applicazione del diritto di precedenza ex art 33 comma 5 L.104/1992 in riferimento al trasferimento interprovinciale , con il punteggio spettante e con decorrenza dall'a.s. 2021/2022, disapplicando , siccome illegittimi l'O.M del 29 marzo 2021 ed il CCNI mobilità 2019/2022 , nonchè tutti gli atti anche non conosciuti nella parte in cui negano il trasferimento dell' odierna istante; per l'effetto, sempre previa disapplicazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi eventualmente riconosciuti illegittimi, ordinare alle Amministrazioni convenute il trasferimento della prof. [ ] presso gli Istituti di Istruzione Secondaria del Comune di Cosenza, in quanto sede viciniora alla residenza del disabile sulla cattedra classe di concorso A054-HH ovvero nelle altre sedi indicate nella domanda di mobilità con il punteggio spettante in via subordinata e con salvezza di impugnativa, dichiarato il diritto della ricorrente al trasferimento immediato, con la immediata applicazione del diritto di precedenza ex art 33 comma 5 L.104/1992 in riferimento al trasferimento interprovinciale, in sede viciniora alla propria residenza, tra quelle indicate nella domanda di mobilità, ordinare alle amministrazioni convenute il trasferimento, l'utilizzazione e/o assegnazione anche in soprannumero della ricorrente su posto disponibile in organico di fatto nelle sedi prescelte.

Deduceva quanto al periculum che i tempi ristretti di completamento della procedura di mobilità erano incompatibili con la tutela del diritto azionato tramite azione ordinaria.



Non si costituiva il MIUR nonostante la regolare notifica del ricorso.

All'udienza del 10 settembre 2021 questo giudice si riservava.

Non è controverso che la ricorrente docente sia titolare di cattedra nella provincia di Vibo Valentia e che la madre è portatrice di handicap, in situazione di gravità, e che lei è referente unica che assiste il genitore.

Ai sensi dell'art. 33, quinto comma, della legge n. 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".

La normativa di cui al CCNI (art. 6 e 13) dispone il diritto di precedenza per il figlio referente che assiste il genitore portatore di handicap solo in presenza di determinati requisiti:

- a) la situazione di disabilità deve essere grave e deve rivestire il carattere permanente (non deve cioè essere rivedibile)
- b) il diritto di precedenza riguarda i trasferimenti all'interno della stessa provincia mentre relativamente ai trasferimenti interprovinciali la precedenza non è riconosciuta al figlio referente unico.

E' documentalmente provata la sussistenza del primo requisito (lettera a) poiché è in atti il verbale della commissione dal quale emerge che la madre della ricorrente è portatrice di handicap in situazione di gravità con carattere permanente.

Con riferimento all'altro requisito si osserva:



Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

L'art. 13 del contratto collettivo nazionale integrativo per la mobilità riconosce la precedenza nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, indipendentemente dalla provincia di provenienza dell'interessato, a tutto il personale docente che si trovi, nell'ordine, in una delle seguenti condizioni:

1) personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120);

2) personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82).

Per quanto riguarda il figlio referente unico che presta assistenza la genitore con disabilità, il punto IV dell'art. 13 riconosce la precedenza solo nell'ambito del trasferimenti all'interno della stessa provincia e non già nei trasferimenti interprovinciali.

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

Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

rapporti di lavoro la cui applicabilità 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



Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

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



Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

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*



Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

*alla precedenza prevista dalla norma primaria". (in tal senso Tribunale di Palermo, sentenza n. 2521- 16 giugno 2021.)*

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 genitore disabile, impedisce alla ricorrente di prestare assistenza al genitore 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 padre 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.



Accoglimento totale n. cronol. 17596/2021 del 29/09/2021  
RG n. 2644/2021 -1

PQM

Ordina al Ministero di trasferire la parte ricorrente 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.

Spese al definitivo.

Si comunichi.

Cosenza, 29 settembre 2021

Il giudice

Dott.ssa Silvana D.Ferrentino

