

N. 855/2018 R.G. Lav.



TRIBUNALE ORDINARIO di CUNEO

Il giudice del lavoro, nella persona della dott.ssa Paola Elefante
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa iscritta al N. 855/2018 R.G. Lav. promossa da:

[REDACTED], con il patrocinio dell'avv.
RICCA MARIA VALENTINA

RICORRENTE

contro

MIUR (C.F. 80185250588), con il patrocinio della dott.ssa SELLERI
ELISABETTA

CONVENUTO

[REDACTED] + 36

TERZO CHIAMATO

letti gli atti, sentite le parti;

RILEVATO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., [REDACTED], residente a Cosenza,
esponeva :

di essere docente sulla classe di concorso A046, immessa in ruolo a tempo
indeterminato con decorrenza dall'a.s. 2015/2016, assegnata presso l'ambito
Piemonte 0018, Liceo Vasco Beccaria Govone di Mondovì;

di aver partecipato alle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s.
2018/2019 chiedendo di essere trasferita in sede viciniore rispetto alla propria
residenza, indicando quale prima sede l'IIS ITEV Cosenza Mancini –
Tommasi;

che nella domanda di mobilità aveva indicato la precedenza prevista dall'art.
13, comma 1, punto IV del CCNI di mobilità per l'a.s. 2017/18 prorogato per
l'a.s. 2018/19, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/92, essendo ella
l'unico familiare in grado di accudire la suocera convivente, sig. [REDACTED]

[REDACTED], affetta da handicap grave con invalidità al 100%, riconosciuta ai sensi



dell'art. 3 comma 3 della legge 104/92 dalle Commissioni ASL e INPS di Cosenza.

Allegava inoltre che la precedenza richiesta non le era stata riconosciuta di tal che non aveva ottenuto il trasferimento sperato, come da comunicazione del MIUR in data 13/7/2018, avverso la quale aveva presentato reclamo ma senza esito positivo.

Assumeva che il suo mancato trasferimento era illegittimo in quanto era avvenuto in palese ed evidente violazione delle norme imperative di cui all'art. 33, commi 3 e 5, della legge 104/92 e degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Chiedeva pertanto l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

“Piaccia all'ecc.mo Giudice del Lavoro adito, contrariis reiectis: - Rilevata l'esistenza dei presupposti e la fondatezza dell'azione cautelare proposta sia con riferimento al fumus boni iuris che al periculum in mora, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita in sede viciniora alla propria residenza per le ragioni di cui in narrativa con il punteggio spettante e con decorrenza dall'a.s. 2018/2019, disapplicando, siccome illegittimi l'O.M 2018/2019 ed il CCNI mobilità 2017/2018 prorogato anche per l'a.s. 2018/2019, nonchè tutti gli atti anche non conosciuti nella parte in cui negano il trasferimento della odierna istante in violazione dell'art 33 della legge 104/1992;

per l'effetto, sempre previa disapplicazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi eventualmente riconosciuti illegittimi, ordinare alle Amministrazioni convenute il trasferimento della prof.ssa [] presso l'IIS “MANCINI TOMMASI IPSEO+ITA di Cosenza, in quanto sede viciniora alla propria residenza sulla cattedra classe di concorso A046, ovvero nelle altre sedi indicate nella domanda di mobilità e che di seguito si riportano; IIS COSENZA IPSS ITAS: (CSIS 051007) (dove risulta disponibile posto su potenziamento cdc a046) ; IIS COSENZA PEZZULLO (CSIS06900C) (dove risulta disponibile posto su potenziamento cdc a046); ITI MONACO COSENZA (CSTF01000C) (dove risulta disponibile posto su potenziamento cdc a046); IIS TEV COSENTINO-IPAAF TODARO RENDE (CSIS07400X); CALABRIA AMBITO 003 (PROVINCIA CS); CALABRIA AMBITO 006 (PROVINCIA CS); CALABRIA AMBITO 0004 (PROVINCIA CS); CALABRIA AMBITO 005 (PROVINCIA CS); CALABRIA AMBITO 002 (PROVINCIA CZ); CALABRIA AMBITO 001 (PROVINCIA CZ); VIBO VALENTIA; CROTONE; REGGIO CALABRIA; MATERA ;

in via subordinata e con salvezza di impugnativa, dichiarato il diritto della ricorrente al trasferimento immediato in sede viciniora alla propria residenza tra quelle indicate nella domanda di mobilità, ordinare alle amministrazioni convenute l'utilizzazione e/o assegnazione anche in soprannumero della ricorrente su posto disponibile in organico di fatto ovvero in organico di potenziamento per l'a.s. 2018/2019 nelle sedi prescelte.

Con vittoria di spese e competenze di giudizio da distrarre in favore del procuratore costituito ai sensi e per gli effetti dell'art. 93 c.p.c. - Con riserva di esercitare azione di merito per la conferma delle statuizioni richieste con il presente atto.”.



Si costituiva il MIUR chiedendo il rigetto del ricorso, rilevando l'insussistenza del requisito del *fumus boni iuris* atteso che l'art. 13 comma 1 punti IV del CCNI sulla mobilità, nel bilanciamento delle esigenze dell'amministrazione con quelle dei lavoratori, non aveva previsto alcuna precedenza per il docente che dovesse prestare assistenza ad un familiare in condizioni di disabilità, in ambito di mobilità interprovinciale, prevedendo un diritto di precedenza solo ai fini del diverso istituto dell'assegnazione provvisoria.

Deduceva inoltre come l'art. 33 della legge 104/92 non stabilisse alcun obbligo per la P.A. in ordine ai movimenti ad istanza di parte, atteso che il comma 5 della citata disposizione prevedeva il diritto di scelta del lavoratore della sede più vicina al domicilio della persona da assistere, "ove possibile", con la conseguenza che del tutto legittimo deve ritenersi l'ordine di graduazione delle precedenze previsto nel CCNI ai fini delle operazioni di trasferimento, nell'ambito del principio di bilanciamento dei contrapposti interessi costituzionalmente garantiti.

Integrato il contraddittorio nei confronti dei soggetti che avevano ottenuto l'assegnazione dei posti richiesti dalla ricorrente nella domanda di mobilità, all'udienza del 18/1/2019, le parti insistevano nelle rispettive conclusioni, come in atti.

OSSERVA

Il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei termini che seguono.

Nella fattispecie in esame è documentato (doc 3 bis) e comunque non contestato che la suocera della ricorrente, sig. [REDACTED], sia stata riconosciuta disabile in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 della L. 104/92 dalla Commissione medica dell'INPS di Cosenza in data 20/2/2017 e che la ricorrente, con lei convivente in Cosenza, ne sia l'unica referente, come da autocertificazioni e dichiarazioni prodotte in allegato al ricorso (doc 3 bis).

L'art. 33, comma 5, della L. n. 104/1992, 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.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).

La natura di norma imperativa della legge 104/92, contenente "*i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata*" è evincibile dalle "*Finalità*" enunciate dall'art. 1. ("*La Repubblica: a) garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le 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; c) persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predispone interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata.”) e dai “principi generali” sanciti dall’art. 2. (“1. La presente legge detta i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata”).

Ed invero, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che *“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. 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)”* (così Cass SS. UU. del 27.3.2008, n. 7945).

Peraltro, la stessa S.C. ha affermato il principio secondo cui *“Alla stregua dell’art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, il diritto del genitore*



o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - con l'interesse della collettività. Considerazioni queste la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica”.

Secondo la Suprema Corte, infatti, *“Il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso non è un diritto assoluto o illimitato in quanto presuppone, oltre agli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse comune posto che secondo il legislatore - come è dimostrato anche dalla presenza dell' inciso "ove possibile" - 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 (cfr.: Cass. 29 settembre 2002 n. 12692). In questo caso quindi il diritto del familiare-lavoratore deve bilanciarsi con altri interessi, che trovano anche essi una copertura costituzionale, sicché 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 ostativi di fatto alla operatività della scelta ex art. 33, comma 5, del d. Lgs. n. 104 del 1992. 7.1. La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta delle sede fa carico poi ..., sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 2103, ultimo comma, c.c.(per l'affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro cfr. ex plurimis : Cass. 22 marzo 2005 n. 6117, Cass. 15 maggio 2004 n. 9290).”*

L'interpretazione giurisprudenziale richiamata porta, pertanto, a ritenere che il diritto del lavoratore familiare del disabile può, quindi, cedere solo a fronte di rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa e - nei casi di rapporto di lavoro pubblico, come quello in esame - ad interessi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta.

L'onere di provare la sussistenza delle ragioni ostative del diritto alla scelta della sede viciniora, grava sul datore di lavoro e - per quanto di interesse sull'amministrazione - il quale è tenuto ad allegare e dimostrare con riferimento al singolo posto di lavoro le concrete esigenze che impediscono la



realizzazione del diritto soggettivo del lavoratore che assiste un familiare disabile a scegliere la sede più vicina al domicilio e quindi più idonea a garantire l'attuazione del diritto della persona disabile ad una assistenza continua (cfr Cass. 23857/2017).

Ne consegue che, in ipotesi di fattibilità materiale (che si risolve nella disponibilità concreta del posto nella sede richiesta) e mancata rilevante lesione delle esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, il diritto del lavoratore alla scelta della sede di lavoro viciniora debba essere riconosciuto.

Il rilievo costituzionale del diritto che l'art. 33, comma 5, della legge 104/92 è volto a tutelare, rende evidente come la norma in questione costituisca norma imperativa e come la precedenza assicurata dalle fonti normative richiamate non possa essere impedita dalla previsione da parte di norme pattizie – le quali quindi devono ritenersi nulle e vanno disapplicate - di criteri di “graduazione” del sistema delle precedenze e dei trasferimenti che di tale precedenza tenga conto solo in via del tutto residuale, a seguito cioè di accantonamenti, successivi al rilievo della sussistenza materiale di posti disponibili.

Ciò posto e con riferimento al caso in esame, ne consegue che la disposizione di cui all'art. 13 del CCNI, in quanto norma di rango inferiore che dispone in senso diverso da quanto stabilito dalla norma imperativa, non possono trovare applicazione, nell'assenza di allegazione e di prova di specifiche ragioni ostative al trasferimento, non essendo stato dedotto che lo spostamento della docente sia tale da determinare incompatibilità o gravi danni all'organizzazione dell'amministrazione, né tantomeno che esso contrasti con le concrete esigenze pubblicistiche che sole potrebbero giustificare l'esclusione della ricorrente dal beneficio.

Deve pertanto ritenersi che l'art. 13 del CCNI, nella parte richiamata dal convenuto, sia in contrasto con una norma imperativa posta a tutela di un diritto costituzionale del soggetto disabile all'assistenza, che non ammette una generalizzata ed astratta riduzione delle possibilità di trasferimenti e che pertanto esso va disapplicato.

Deve pertanto ritenersi sussistente il requisito del *fumus boni iuris*.

Con riferimento al requisito del *periculum in mora*, la sua configurabilità nel caso di specie discende in primo luogo dal rilievo degli interessi in gioco, tenuto conto della documentata situazione familiare della ricorrente ed il grave pregiudizio connesso alla distanza tra la sede di lavoro e la residenza del familiare disabile, non essendo contestabile in particolare che il mancato trasferimento determini l'interruzione dell'effettivo e sempre attuale rapporto di convivenza ed assistenza tra la ricorrente e la suocera, con ciò provocando ed aggravando progressivamente un inevitabile trauma nelle condizioni di vita e di salute del beneficiario di assistenza.

Né elide la sussistenza del pericolo del pregiudizio la possibilità che la ricorrente possa godere *medio tempore*, dell'assegnazione pure richiesta.

Va infine rilevato come dalla devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione sul rapporto di pubblico impiego contrattualizzato o privatizzato scaturisca indubbiamente anche l'attribuzione al giudice del potere di emissione di provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione, anche impositivi di un *facere*.



Peraltro il trasferimento definitivo della docente dipende non solo dalla sussistenza di vacanza in organico e della disponibilità materiale del posto rivendicato, da valutarsi *ex ante*, ma anche da una valutazione comparativa con altre situazioni di precedenza, anche allegate dal convenuto, che non può essere effettuata in questa sede, anche tenuto conto della natura cautelare del presente procedimento.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, con riferimento al riconoscimento del diritto della ricorrente alla preferenza su posti vacanti anche per la mobilità interprovinciale (e quindi non solo per l'assegnazione provvisoria), spettando poi alla Amministrazione convenuta di determinare sulla base di detto riconoscimento il trasferimento della ricorrente presso una delle sedi (vacanti e disponibili) viciniori alla sua residenza tra quelle indicate nella domanda di mobilità, secondo l'ordine di preferenza dalla stessa espresso.

Le spese di lite liquidate in dispositivo tenuto conto della complessità della causa e dell'attività prestata, seguono il criterio di soccombenza, con distrazione in favore del difensore della ricorrente, dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Visti gli artt. 669 bis ss. e 700 c.p.c.

Accoglie il ricorso e, per l'effetto,

Ordina al Ministero resistente di riconoscere alla ricorrente l'applicazione del diritto di precedenza ex art. 33 comma 5 L. 104/92 in riferimento al suo trasferimento interprovinciale e conseguentemente di assegnare la ricorrente presso una delle sedi (vacanti e disponibili) viciniori alla sua residenza tra quelle indicate nella domanda di mobilità, secondo l'ordine di preferenza dalla stessa espresso;

Condanna il Ministero convenuto alla rifusione in favore della ricorrente delle spese del procedimento che liquida in € 1500,00 per compensi, oltre 15% per rimborso forfettario ed accessori di legge, con distrazione in favore del procuratore antistatario.

Si comunichi.

Cuneo, 26/2/2019

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Paola Elefante

