

Studio Legale
Avv. Sergio Allegri
Via P. Calamandrei, 10 - 87041 ACRI (CS)
Tel/fax 0984 915027 - 339 2804673

TRIBUNALE DI COSENZA

SEZIONE CONTROVERSIE DI LAVORO

ORDINANZA EX ART. 700 CPC

Il Giudice;

letti gli atti del procedimento iscritto al n. 3581/2019;
all'esito della riserva formulata all'udienza del
13.9.2019.

OSSERVA

Con ricorso ex art. 414 cp e contestuale richiesta ex art. 700 cpc depositato in data 29.7.2019 parte ricorrente esponeva:

- di essere stata assunta quale insegnante per la classe di concorso A017 su posto di sostegno AD03, nella scuola secondaria di II grado, in forza di contratto a tempo indeterminato per l'anno scolastico 2015/2016
- di essere titolare di cattedra nella provincia di Taranto
- di essere unica figlia referente a prestare assistenza al genitore, e portatore di handicap in situazione di gravità (art. 3 comma 3 L.n. 104 del 1992)
- di aver richiesto il trasferimento nell'ambito territoriale comprendente il luogo di residenza del genitore,
- di non aver avuto il chiesto trasferimento nonostante la disponibilità di posti sul sostegno assegnati a altri docenti con punteggio inferiore.

Deducava la illegittimità del comportamento del MIUR e concludeva chiedendo la declaratoria della illegittimità

parziale del CCNI sulla mobilità nella parte in cui dispone in senso difforme al riconoscimento del diritto di precedenza, che fosse ordinato all'amministrazione convenuta di riconoscerle il diritto di beneficiare della precedenza di cui sopra relativa alla mobilità interprovinciale dell'AS 2019/2020 e ad assegnarla, per trasferimento interprovinciale, in una delle scuole ed ambiti della provincia di Cosenza secondo l'ordine di preferenza indicato.

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 tenendo conto anche del fatto che gli esiti delle domande inoltrate quest'anno sono previsti per fine giugno.

Non si costituiva il MIUR.

All'udienza del 13.9.2019, all'esito della discussione questo giudice si riservava.

Non è controverso che la ricorrente docente sia stata assegnata presso l'istituto [redacted] di Taranto e che il genitore sia portatore di handicap, in situazione di gravità, e che lei sia referente unico che assiste il genitore.

Non è stato poi contestato quando dedotto dalla ricorrente sulla disponibilità di posti assegnati a docenti con punteggio inferiore a quello della ricorrente.

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

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 il genitore del ricorrente è portatore di handicap in situazione di gravità con carattere permanente.

Con riferimento all'altro requisito si osserva :

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 dalla Legge 270/82).

Per quanto riguarda il figlio referente unico che presta assistenza al genitore con disabilità, il punto IV dell'art. 13 riconosce la precedenza solo nell'ambito dei 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 la 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^o 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 puo' dunque in alcuni casi derogare alla enorme pubblicistica ma cio' non e' possibile qualora si tratta di disposizioni dirette ad attuare fondamentali principi di solidarieta' sociale, costituzionalmente garantiti.

L'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale e 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 quei 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 sicché 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 dei CCNI mobilità 2016/2017 e 2017/2018 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

9

posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit. "(
Tribunale di Alessandria, sentenza n. 201 del 2018).

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 di 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. ⊙

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.

Spese al definitivo,

FQM

Dichiara il diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento 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 e per l'effetto ordina al MIUR di trasferire la ricorrente in uno degli ambiti indicati nella domanda di mobilità per l'anno 2019/2020 con la precedenza di cui all'art. 33 citato.

Spese al merito.

Fissa per il merito l'udienza del [redacted] avendo la notifica alla parte convenuta nei termini di legge.

Si comunichi.

Cosenza, 14.9.2019

TRIBUNALE DI COSENZA
SEZ. LAVORO

Depositata in cancelleria

oggi, _____

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Dott.ssa Anna Porcaro

Il giudice

IL GIUDICE

D.ssa Silvana D. Ferrentino

