



Tribunale di Brindisi

Sezione Lavoro

Il Giudice del lavoro di Brindisi, dott. Francesco De Giorgi, sciogliendo la riserva di cui al verbale d'udienza del 12.9.2017, osserva.

IN FATTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., l'odierna ricorrente, lamentava che all'atto dell'assegnazione della sede per la mobilità della scuola primaria relativa all'anno scolastico 2017/18 l'amministrazione non gli aveva riconosciuto il diritto di precedenza in forza di quanto stabilito dagli artt. 21 e 33 l.n.104/92 così come specificato dall'art.13 del C.C.N.I del 2016. Affermava che in luogo dell'ambito territoriale di Brindisi era stata assegnata nelle Marche presso l'ambito territoriale di Fabriano.

Quanto al periculum, sosteneva che a causa delle condizioni di salute del proprio genitore il trasferimento e il relativo allontanamento dal proprio nucleo familiare gli avrebbe causato un danno irreparabile.

Ribadiva, pertanto, l'illegittimità della propria assegnazione e chiedeva che fosse ordinato all'amministrazione di assegnarlo nell'ambito territoriale indicati quali preferiti secondo il criterio della viciniorietà.

Si costituiva il Miur il quale contestava in fatto e diritto la tesi attorea e concludeva per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 12.9.2017, dopo la discussione orale, il giudice si riservava la decisione.

IN DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

E' pacifico che il ricorrente si trovi nelle condizioni di salute indicate dall'art. 21 l.n.104/92, attesa la documentazione allegata dal ricorrente e attestante lo status di handicap grave della propria madre con lui convivente (cfr.doc. fasc.ric.).

Ritiene, pertanto, lo scrivente che non trovi giustificazione la scelta operata dall'ambito nazionale di non riconoscere il diritto di precedenza del ricorrente. E infatti l'art. 13 del C.C.N.I. nel disciplinare le cause che danno diritto di precedenza nella scelta prevede espressamente che la precedenza viene riconosciuta *esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità*

Ne deriva che nelle operazioni di mobilità interprovinciale la disciplina pattizia, applicata anche nella mobilità 2017/18, non prevede il diritto di precedenza per il figlio che assiste il genitore disabile.

Ritiene lo scrivente di aderire all'interpretazione data dalla giurisprudenza di merito in relazione ai rapporti tra l'art. 33, comma 5, l.n.104/92, come modificato dalla l.n. 53/00, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge n. 183/10, e la disciplina pattizia sopra riportata.

L'art. 33 citato 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 n. 297/94 – 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 Corte Costituzionale ha chiarito che la L. n. 104/92 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” (cfr C. Cost. n. 406/92, n. 325/96, n. 246/97, n. 396/97).

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. 372/02).

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 (cfr.Cass. n.829/01, 12692/02, Cass. civ. Sez. Unite Sent., n. 7945/08).

Ciò premesso, 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). E difatti si ritiene di aderire al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (cfr. Cass., n. 28320/13).

Ne deriva che, la richiesta avanzata dal ricorrente, con istanza di mobilità interprovinciale Ambito Puglia per l'a.s. 2017/2018, con diritto di precedenza *ex art. 33 l. 104/92* –risultando documentato essere la madre [REDACTED] con lui convivente e residente in Mesagne) portatrice di stato di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 104/92 (cfr. all. n. 1, fasc. ric.), appare fondata.

L'art. 7, punto V, CCNI sulla mobilità per l'a.s. 2015/16, secondo cui, in assenza anche di una sola delle condizioni previste dal precedente co. 3, *“per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla l. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di mobilità annuale”*, ripresa poi nell'Ordinanza Ministeriale del 12/4/2017 n. 221.

Il Ministero sostiene che i genitori e i coniugi di persone disabili con handicap grave hanno diritto di precedenza anche nei trasferimenti interprovinciali, vale a dire per gli spostamenti di carattere definitivo; ai figli che prestano medesima assistenza non è negato il diritto suddetto ma è stato “limitato” ai soli spostamenti temporanei della mobilità annuale come le assegnazioni provvisorie.

Deve pertanto ritenersi, come affermato dalla giurisprudenza di merito che si è già espressa in controversie analoghe (cfr. ordinanze allegate da ricorrente) che la questione del contendere riguarda 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).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno statuito 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 pi 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)”* (cfr. sent. n. 7945/08).

Il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della legge n. 104/92 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..

Non si giustifica dunque l'ulteriore disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierno ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

Deve ribadirsi che il ricorrente si trova nelle condizioni indicate dalla norma (cfr. verbali di commissione medica in atti) e ha correttamente redatto la domanda.

Ciò detto, nei limiti della presente fase, non vi sono elementi per ritenere la sussistenza di motivi ostativi al riconoscimento del diritto di precedenza del ricorrente, atteso che l'amministrazione resistente non ha indicato né la sussistenza di altri soggetti che si trovassero in una situazione tale da essere preferiti al ████████, né la mancanza di posti assegnabili nell'ambito territoriale dove è ricompreso il comune di residenza.

Sussiste anche il *periculum in mora*.

Deve, infatti, osservarsi che il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario potrebbe frustare le aspettative della ricorrente a ottenere una tutela effettiva all'esito del giudizio, in quanto, nelle more dello stesso, l'amministrazione potrebbe destinare altri dipendenti al posto in astratto spettantegli, quali ad esempio i posti vacanti nell'ambito territoriale del comune di residenza, frustandone così il diritto a essere preferito, o in ogni caso a essere posta in comparazione, nella destinazione presso tali sedi.

Deve poi osservarsi che l'illegittimità del provvedimento di destinazione costringerebbe il ricorrente, tenuto conto anche dei tre figli di minore età, oltre che dello stato di handicap grave della madre con lui convivente, a vivere a distanza dalla propria famiglia con ovvie ricadute sulla organizzazione della vita familiare e del disagio che verrebbe arrecato alla famiglia stessa e al diritto di assistenza dell'anziano e malato genitore.

Deve, pertanto, accogliersi il ricorso proposto e poiché l'atto di destinazione del dipendente rientra nei poteri di organizzazione dell'amministrazione emanati al pari del privato datore di lavoro il giudice, in via d'urgenza, non deve limitarsi a disapplicare il provvedimento, ma sospenderne direttamente l'efficacia in vista del provvedimento da adottare all'esito della pronuncia definitiva, ovvero il suo annullamento. Deve, inoltre, osservarsi che potendo imporre un facere alla pubblica amministrazione, il provvedimento può contenere, allo stato, l'ordine della procedura da seguire per l'adozione del provvedimento di destinazione, fermo restando l'individuazione della sede specifica da parte dell'amministrazione.



Conclusivamente, in accoglimento del ricorso cautelare, deve riconoscersi in via provvisoria il diritto di precedenza *ex art. 33*, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore di [REDACTED] nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2017/2018 per l'Ambito territoriale Puglia, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

1. Accoglie il ricorso e, per l'effetto, sospende l'efficacia del provvedimento di assegnazione del ricorrente nella parte in cui ne dispone la destinazione presso l'ambito territoriale 002 delle Marche e per l'effetto ordina all'amministrazione resistente di rivalutare l'assegnazione della sede di lavoro del ricorrente tenendo conto della precedenza di cui all'art.33 della l.n.104/92 e degli ambiti territoriali in cui il ricorrente risiede, ovvero in quelli a questo più prossimi, secondo le preferenze indicate nella istanza presentata in via amministrativa.
2. Spese al definitivo.

Rinvia per il merito all'udienza del 31/1/2018

Brindisi, 19.9.2017

IL GIUDICE DEL LAVORO

(dott. Francesco De Giorgi)

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

BRINDISI LI. 20 SET 2017

L. ASSISTENTE GIUDIZIARIA
(Mod. 101/2017)