

N. R.G. 3425-1/2017



TRIBUNALE ORDINARIO di LATINA
SEZIONE LAVORO

Il Giudice dott.ssa Simona Marotta,
nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. **3425-1/2017** promosso da:

OMISSIS rappresentato e difeso dall'Avv. FASANO ANGELA MARIA

-ricorrente-

contro

MIUR - MINISTERO ISTRUZIONE UNIVERSITA' E RICERCA, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*

-contumace-

letto il ricorso, esaminata la documentazione in atti, udito il procuratore della parte
ricorrente;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del
27/03/2018, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Il ricorso cautelare è fondato sussistendo i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Ciò premesso, si osserva che la soluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui 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”*.

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).

L'interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 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”* (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). 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 del 2002).

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

(Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Ora, venendo alla fattispecie in esame, 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), aderendo questo giudice al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (valga per tutte, Cass., 18.12.2013, n. 28320).

Al riconoscimento, come dedotto dalla stessa parte ricorrente, osterebbe la norma pattizia di cui all'art. 13, comma 1, CCNI mobilità 2017-18.

Ebbene, la norma citata prevede che “ ... *Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge (8) e, limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.*

In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni:

- 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;*
- 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata*

dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (9).

3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (10) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001.

In assenza anche di una sola delle suddette condizioni 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 assegnazione provvisoria”.

Ritenute dunque provate tutte le altre circostanze di fatto, deve condividersi quanto ritenuto nel merito dal Tribunale di Taranto, con ordinanze dott. L. De Napoli, ord. 13.08.2013 e dott. E. Palma, ord. 15.09.2015, in relazione alla deroga apportata dal CCNI alla regola desumibile dall'art. 33 l. n. 104/1992 e succ. mod., come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta.

In particolare, ha condivisibilmente ritenuto il Tribunale di Taranto che “la clausola pattizia appena citata, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità annuale, escludendolo invece nella mobilità definitiva, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co. 5 l. 5.2.1992 n. 104, e conseguentemente deve essere disapplicata, dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, con il solo limite, derivante dall'inciso “ove possibile” contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato”.

Tale orientamento ha trovato conferma, in vicende analoghe, nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecce in data 13.07.2008, confermata con sentenza del 10.07.2009.

Le pronunce citate facevano riferimento al precedente CCNI della mobilità docenti.

Osserva il giudicante che, *mutatis mutandis*, la clausola oggi impugnata del CCNI mobilità 2017-2018, nel limitare la preferenza accordata al docente figlio referente unico che assista genitore affetto da handicap in situazione di gravità alla sola mobilità provinciale, accordandola invece in sede di mobilità al di fuori dell'ambito provinciale solo ai genitori di figli disabili, abbia violato la norma imperativa del citato art. 33 l.

una interpretazione letterale della norma in discussione oggi superata dalla giurisprudenza di legittimità.”.

La Suprema Corte si pronunciava sul divieto di trasferimento del lavoratore, tuttavia, atteso anche il tenore dell’art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite sopra citata, deve ritenersi che, anche in relazione all’assegnazione del posto di lavoro, 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 – sia 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 insussistenza di alcun posto di lavoro scoperto nel luogo di lavoro in oggetto, non invece da includere in detta accezione il 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..

Ebbene, il Ministero convenuto nulla ha dedotto -restando contumace-, in relazione all’interesse pubblico che sarebbe stato ostativo del chiesto diritto di precedenza, neppure in ordine alla eventuale indisponibilità di posti negli Istituti e negli Ambiti richiesti dalla parte ricorrente nella domanda citata (in atti), con conseguente sussistenza di una parvenza di fondatezza del diritto vantato.

Quanto al *periculum in mora* esso è ravvisabile allorché ricorra effettivo pregiudizio irreparabile minacciante il diritto reclamato durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria.

Invero per “pregiudizio irreparabile”, unico a legittimare un intervento cautelare ex art. 700 cpc., deve intendersi quel danno a cui non sia possibile porre integrale rimedio con gli ordinari strumenti risarcitori esistenti in quanto questi ultimi – per la particolarità degli effetti dannosi manifestatisi nei confronti del diritto cautelando ovvero di altri diritti a questo funzionalmente collegati – non sarebbero in grado di ripristinare integralmente lo status quo ante: è dunque irreparabile quel danno che appare non completamente reintegrabile.

E, a tal proposito, grava l’onere di una indicazione, da parte del ricorrente in via cautelare, delle specifiche e concrete situazioni idonee ad integrare il *periculum* nei termini anzidetti.

Ciò precisato, ed applicando tali criteri alla domanda cautelare avanzata dal ricorrente, il *periculum* è ravvisabile, ove si consideri che il medesimo è coniugato e padre di un

figlio minore di età, nonché figlio che assiste in via esclusiva la madre disabile residente in provincia di Sassari (come da certificazione in atti cfr. doc. n. 5 all.to al fasc.lo ric.te), e in relazione ai bisogni di cura e di accudimento anche di quest'ultima, lo spostamento in sede lontana dalla propria residenza esporrebbe a pregiudizio grave ed irreparabile alla propria vita personale e familiare, con totale e assoluta inconciliabilità tra le esigenze di vita, gli obblighi e le esigenze genitoriali e la sede indicata nel provvedimento impugnato.

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 OMISSIS, nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2017/2018 per l'Ambito territoriale Sardegna- Sassari, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa. Spese al merito

P.Q.M.

visti gli artt. 669, *bis*, *ter*, *sexies*, *octies* e 700 c.p.c.;

- 1) accoglie la domanda proposta e, per l'effetto, dichiara in via provvisoria il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore di OMISSIS nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2017/2018, Ambito territoriale Sardegna- Sassari, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa;
- 2) spese al merito.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni anche in via telematica Latina, 4 aprile 2018

Il Giudice

dott.ssa Simona Marotta