



TRIBUNALE DI COSENZA
Sezione Lavoro

Il Giudice del Lavoro, Dott. Alessandro Vaccarella, a scioglimento della riserva dell'udienza del 21 agosto 2019 sul ricorso ex art. 700 c.p.c. in corso di causa nel procedimento in primo grado iscritto al n. 3222/2019 R.G. vertente

TRA

, con Avv. Sergio Algieri

ricorrente

E

MIUR, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

convenuto-contumace

OSSERVA

Parte ricorrente ha agito con domanda cautelare ex art. 700 c.p.c. in corso di causa per ottenere l'accertamento del diritto alla precedenza ex art. 33, commi 3 e 5, L. n. 104/1992 nelle operazioni di mobilità territoriale interprovinciale per l'assegnazione della sede di titolarità definitiva e, quindi, di quello al trasferimento con precedenza per l'anno scolastico 2019/2020 presso una delle istituzioni scolastiche del Comune di _____ o comuni vicini indicati nella domanda di mobilità.

Dopo aver premesso di essere docente della scuola primaria su posto comune ed assegnata provvisoriamente presso l'IC _____ con sede di titolarità nella Provincia di _____, esponeva di aver presentato per l'anno scolastico 2019/2020 domanda di mobilità/trasferimento interprovinciale indicando le preferenze territoriali descritte a pag. 3 dell'atto introduttivo, invocando il diritto di precedenza ex L. n. 104/1992 essendo ella unica referente in grado di assistere la madre, portatrice di handicap in situazione di gravità, residente in _____ (CS).

Deduceva che, nonostante la disponibilità di posti di sostegno nella scuola primaria, la sua domanda non era stata accolta ed evidenziava che l'Amministrazione non le aveva attribuito la precedenza ex L. n. 104/1992 sulla scorta delle previsioni del CCNI che la riconosceva soltanto nelle procedure di

mobilità provinciali e non anche su quelle interprovinciali, accordando peraltro il trasferimento a n. 26 insegnanti con punteggio inferiore al proprio.

Lamentava quindi, in punto di diritto, la violazione della legge n. 104/1992 e, in ordine al *periculum in mora*, rappresentava che il pregiudizio imminente ed irreparabile era costituito dalla impossibilità di garantire la necessaria assistenza continua al genitore disabile grave, essendo ella l'unica persona in grado di provvedere a ciò.

Concludeva come sopra indicato.

Il MIUR, benché ritualmente citato, non si è costituito.

La causa veniva discussa all'udienza del 21 agosto 2019; indi, il giudice si riservava.

La domanda cautelare deve essere accolta.

L'art. 700 c.p.c. testualmente prevede "*chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*".

Com'è noto, i presupposti per l'emanazione del provvedimento sono, da un lato, il c.d. *fumus boni iuris*, ossia la sussistenza del diritto posto a fondamento della tutela cautelare – intesa nel senso che non è necessario raggiungere la certezza dell'esistenza di tale diritto, essendo piuttosto sufficiente un giudizio di probabilità e verosimiglianza in vista del futuro accertamento nella causa di merito – e, dall'altro, il c.d. *periculum in mora*, ovvero il fondato motivo di temere l'insoddisfazione del proprio diritto a fronte di un pregiudizio imminente ed irreparabile che minacci il diritto durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria.

Non è controverso ed è documentalmente provato (cfr. fasc. ricorrente) che la ricorrente sia stata assunta quale docente di scuola primaria e che le sia stata assegnata la sede di titolarità nella Provincia di _____ così come è pacifico lo *status* di persona portatrice di handicap in situazione di gravità del di lei genitore (‘ _____ , residente in _____).

Ai sensi dell'art. 33, quinto comma, della l. 104/1992, "*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,*

E il comma 3 fa riferimento al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, 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 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 alle norme pubblicistiche ma ciò non è possibile qualora si tratti 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. 104/1992 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 specialis* 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

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.

Nella specie è documentalmente provata la sussistenza del primo requisito (lettera a) poiché è in atti il verbale della commissione medica dal quale emerge che il genitore della ricorrente è portatore di handicap in situazione di gravità.

Con riferimento all'altro requisito si osserva che 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 formatosi sulla questione (cfr., tra le altre, Tribunale di Cosenza, ordinanza del 27 luglio 2018; Tribunale Busto Arsizio, ordinanza 27.12.2017; Tribunale Cagliari, ordinanza 7.9.2017), che il suddetto art. 13, IV punto si ponga 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 più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"*.

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, come nella specie (cfr. fasc. ricorrente).

La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità 2019/2020 non è dunque legittima.

Del resto, è documentata (cfr. fasc. ricorrente) la disponibilità di posti nella scuola primaria nelle sedi di preferenza richieste nella domanda di mobilità/trasferimento, sicché il suo mancato accoglimento non è giustificabile. Ciò detto, sussiste inoltre nella specie 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, invero, 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.

La domanda va dunque accolta con declaratoria del 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.

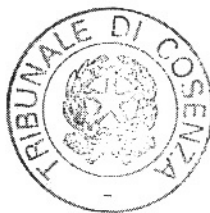
Spese al merito.

P.Q.M.

accoglie il ricorso e 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; spese al definitivo.

Cosenza, 21 agosto 2019

Si comunichi
 TRIBUNALE DI COSENZA
 SEZ. LAVORO
 Depositata in cancelleria
 oggi, 21/8/19
 L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
 Dott.ssa Anna Porcaro



Il Giudice del Lavoro
 Dott. Alessandro VACCARELLA