



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Pisa, in funzione di giudice del lavoro nella persona del dott. Vincenzo Turco, pronunzia, mediante lettura del dispositivo e dei contestuali motivi, la seguente

SENTENZA

nella controversia di lavoro iscritta nel r.g. al n. 277/2018

tra

[omissis] rappresentato e difeso per procura in calce al ricorso dagli avvocati Marco Lo Giudice e Luigi Serino

ricorrente

e

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in persona del Ministro p.t., (convenuti anche gli Uffici scolastici Regionali di Puglia e Toscana), parte rappresentata e difesa per delega dalla dott.ssa Domenica Togo

resistente

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato al Miur, il ricorrente in epigrafe nominato, docente di scuola secondaria di II grado (classe di concorso A046 ex A019 Discipline giuridico-economiche) immesso in ruolo nell'anno scolastico 2015/2016 con decorrenza giuridica 01.09.2015 e destinato all'istituto "F. NICCOLINI" di Volterra all'esito della procedura di mobilità 2016/2017, allega di avere presentato domanda di mobilità per il trasferimento interprovinciale per la scuola SECONDARIA di II GRADO indicando, oltre ai titoli validi per l'attribuzione del punteggio previsto dal contratto collettivo, i seguenti ambiti e scuole, di cui i primi cinque appartenenti alla provincia di Taranto:

- 1) MEDITERRANEO – PULSANO (TAIS032004)
- 2) L.C. DE SANCTIS – L.S. GALILEI (TAPC11000A)
- 3) DEL PRETE – FALCONE (TAIS04100V)
- 4) LUIGI EINAUDI (TAIS02600R)
- 5) DEL PRETE – SERALE (TATF04151R)

Il ricorrente allega di essere referente unico del proprio padre e convivente con lo stesso, affetto da *handicap* grave accertato dalla Commissione Medica per l'accertamento, costituita presso la A.S.L. di Taranto, e di essere l'unico parente in grado di offrire al padre assistenza, anche atteso che la propria madre non è nelle condizioni di prestare assistenza continuativa al disabile in quanto divorziata dal marito.



Il ricorrente allega quindi che in sede di mobilità gli vennero riconosciuti 26.00 punti di base oltre al punteggio aggiuntivo di 6.00 per il comune di ricongiungimento, e lamenta che il Miur non abbia considerato il proprio diritto di precedenza previsto dall'art. 33 l. 104/1992, lamentando l'illegittimità della limitazione della precedenza per il referente unico alla sola mobilità infraprovinciale, argomentando diffusamente sull'illegittimità di tale limitazione e concludendo nei seguenti termini:

previa disapplicazione di ogni provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva del ricorrente – così provvedere:

- ritenere e dichiarare illegittimi gli artt. 13 e 14 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo del 11.4.2017 e l'Allegato 1 allo stesso CCNI, disciplinante le fasi delle operazioni di mobilità per l'a.s. 2017/2018, per violazione dell'art. 33 comma 5 l. 104/1992 nonché dell'art. 601 del d.lgs. 297/1994, nella parte in cui non prevedono la precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità, a prescindere dal comune di provenienza e dalla provincia di titolarità, in favore dei docenti che – come il ricorrente - prestano assistenza al genitore con *handicap* in stato di gravità;

- ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente al riconoscimento della precedenza assoluta per l'assistenza al genitore in condizioni di disabilità grave in qualità di referente unico; conseguentemente:

1. - ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente ad essere assegnato con precedenza ad una delle seguenti scuole, indicate con l'ordine di preferenza da 1 a 5, nella propria istanza di mobilità e, segnatamente, - ritenere e dichiarare nulli/illegittimi/annullare/disapplicare i bollettini dei trasferimenti scuola SECONDARIA di II GRADO degli Ambiti Territoriali di Pisa e Taranto, nella parte in cui non includono il nominativo del ricorrente nei movimenti in uscita (quanto all'Ambito Territoriale di Pisa) e nei movimenti in entrata (quanto all'Ambito Territoriale di Taranto);

- condannare le Amministrazioni convenute, ciascuna per quanto di propria competenza, a disporre il trasferimento del ricorrente in una delle seguenti scuole indicate con l'ordine di preferenza da 1 a 5, nella propria istanza di mobilità e, segnatamente: 1) MEDITERRANEO – PULSANO (TAIS032004); 2) L.C. DE SANCTIS – L.S. GALILEI (TAPC11000A); 3) DEL PRETE – FALCONE (TAIS04100V); 4) LUIGI EINAUDI (TAIS02600R); 5) DEL PRETE – SERALE (TATF04151R).

Il Miur si è costituito replicando nel merito e concludendo per l'inammissibilità o il rigetto della domanda.

Va preliminarmente ritenuta l'ammissibilità del ricorso, non ostando alla delibazione della domanda il fatto, eccepito dal Miur, che il ricorrente non abbia indicato nel petitum tutte le sedi chieste in via amministrativa, alla stregua di una sorta di "corrispondenza tra chiesto in via amministrativa e chiesto in via giurisdizionale" che non ha fondamento sul piano processuale.

Nel merito, si osserva innanzitutto che risulta riscontrato documentalmente - né è stato specificamente contestato - che il ricorrente si trovi nella situazione soggettivamente qualificata per avvalersi del diritto di



precedenza previsto dall'art. 33 l. 104/92, avendo fornito idonea prova della condizione di handicap dell'assistito, ed avendo attestato – con apposita dichiarazione implicante le responsabilità del caso – di essere l'unico *care giver* per il genitore.

In diritto, le ragioni del ricorrente sono sostanzialmente condivisibili, alla luce di una orientamento di merito che si condivide, richiamandosi all'uopo, anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. cpc., l'ampia ed esaustiva motivazione dell'ordinanza n. 7021/2018 del Tribunale di Palermo nei suoi testuali termini di seguito ripetuti.

La risoluzione 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”*.

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).

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”*, né 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). ...



L'art. 13, comma 1, CCNI mobilità 2016-17, prevede “V) ASSISTENZA AL CONIUGE, ED AL FIGLIO CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DEL FIGLIO REFERENTE UNICO AL GENITORE CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DI CHI ESERCITA LA TUTELA LEGALE

Nella fase A punto 1 solo tra distretti diversi dello stesso comune e nelle fasi successive dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità.

Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita tale tutela.

Successivamente tale precedenza viene riconosciuta per l'assistenza al coniuge e, limitatamente alla fase A 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 successivamente modifiche ed integrazioni (8).

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 (9) 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.

Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti. Tale precedenza permane anche nel caso in cui, prima del predetto comune o distretto sub comunale, siano indicate una o più istituzioni scolastiche comprese in essi. Detta precedenza si applica anche alla fase A punto 1 dei trasferimenti, alle condizioni di cui sopra, limitatamente ai comuni con più distretti. ...

Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza. Il



figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità.

La particolare condizione fisica che dà titolo alla precedenza di cui al presente punto V) nella mobilità a domanda avere carattere permanente. Tale disposizione non trova applicazione nel caso dei figli disabili.

Per beneficiare della precedenza prevista dall'art. 33, della legge n. 104/92, gli interessati dovranno produrre app certificazione secondo le indicazioni riportate nella O.M.

La predetta certificazione deve essere prodotta contestualmente alla domanda di trasferimento.”....

In termini sostanzialmente adesivi alla tesi del ricorrente si è espresso anche il 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”.*

La clausola oggi impugnata del CCNI mobilità 2016-2017, 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, viola 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, l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito *“ove possibile”.*

La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza della Sezione Lavoro n. 25379/2016 ha ritenuto – in ipotesi in cui era anzi documentato solo un handicap non grave - che: *“In effetti questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, ha affermato il principio secondo cui “la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'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. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte" (Cass. n. 9201/2012). Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con 4. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto la Corte territoriale non avrebbe dovuto fermarsi alla mancanza di documentazione proveniente dalle USL sull'invalidità grave della madre della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell'handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento, il che è stato omesso sulla base di 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..

Va inoltre rilevato che il Miur ha dedotto che per la classe di concorso A046 hanno ottenuto il trasferimento solo 4 docenti ("molti" dei quali con diritto di precedenza e punteggio superiore all'istante) lasciando però in ombra sia di quale diritto di precedenza si tratti - tra i molti previsti dal contratto collettivo - , sia chi se ne sia giovato, per consentire di verificare il rispettivo punteggio finale e la sua composizione (solo per fare un esempio, dalla documentazione prodotta in cartaceo dal Miur ((estratti movimenti in entrata)) risulta trasferita - d'ufficio - la Decaro Maria con soli punti 16,00 e la precedenza "UFFICIO DOCENTI e TITOLARI/INCARICATI SU SCUOLA", e la Corigliano Tiziana con punti 83,00 ma senza indicazione alcuna quanto a preferenze).

Va d'altra parte considerato che la domanda del ricorrente non fa espressa menzione della situazione comparativa, solo parzialmente disvelata dal Miur in via di eccezione, ponendo l'ipotesi che siano anche altre ed allo stato indefinite le situazioni concorrenti, con l'ulteriore prospettiva di una rivalutazione complessiva delle posizioni concorrenti e dei soggetti *concretamente* controinteressati, non identificabili *a priori*, e che il ricorrente non ha avanzato istanza di integrare il contraddittorio con terzi. Ne deriva che la sentenza può essere pronunciata tra le parti, tra le quali ha pieno effetto, benché resti nei



confronti di eventuali controinteressati resa *inter alios*. D'altra parte, la pratica impossibilità di identificare e valutare in questa sede tutte le posizioni in comparazione, determina la necessità di perimetrare il dispositivo nel senso di fare salvi i diritti dei concorrenti che abbiano gli stessi o maggiori precedenze e punteggio del ricorrente. La domanda va dunque accolta nei termini di cui al dispositivo.

Le spese seguono la soccombenza.

PQM

visto l'art. 429 c.p.c., dichiara il diritto di precedenza del ricorrente nelle operazioni di mobilità ai sensi dell'art. 33 della legge 104/92, e ordina al Miur di trasferire il ricorrente, nell'ambito della mobilità per l'a.s. 2017/2018, ad una delle sedi chieste con il ricorso giurisdizionale per la classe di concorso di cui alla domanda amministrativa (A046) e secondo l'ordine di preferenza ivi indicato, salva la precedenza di altri soggetti dotati della medesima o poziore preferenza e a parità di preferenza di punteggio maggiore. Condanna il Miur a rimborsare al ricorrente le spese di lite, determinate in euro [omissis] oltre spese generali al 15%, iva e cpa, con distrazione.

Pisa, 19.6.2018

Il giudice dott. Vincenzo Turco

