

***Sul diritto di precedenza per assistenza al disabile ex art. 33 l. 104/1992  
e la nullità degli artt. 40-41 del CCNI mobilità***

***Ordinanza Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 29.09.2021 est. F. Stefanelli***

Il Giudice Unico del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere in funzione di giudice del lavoro dott.ssa Francesca Stefanelli, letto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da [REDACTED], ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA** nella causa iscritta al n. [REDACTED] per l'anno 2021 e vertente

**TRA**

[REDACTED]

- **ricorrente** —

**E**

**MIUR**, in persona del Ministro p.t.,

**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE** [REDACTED]

[REDACTED], in persona del legale rapp.tante p.t.

Rapp.ti e difesi ex art. 417 bis c.p.c. dai funzionari [REDACTED]

[REDACTED]

- **resistenti** -

**MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 29.06.2021 presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, la ricorrente indicata in epigrafe conveniva in giudizio le parti resistenti chiedendo di *Ci1) Accertare e dichiarare l'illegittimità e la nullità ex art. 1418 c.c. della disposizione di cui all'art. 40 del CCNI per la mobilità 2019/22 e dell'Ordinanza Ministeriale n. 106 del 29 marzo 2021, nella parte in cui stabiliscono che la precedenza di cui all'art. 33, commi 3 e 5, della L 104/92 debba essere riconosciuta soltanto nella mobilità provinciale e non in quella interprovinciale e, per l'effetto; 2) Annullarli e/o disapplicarli; 3)*

*Accertare e dichiarare il diritto di precedenza ex art. 33, commi 3 e 5, legge 104/92 della*

*ricorrente ai fini nella procedura della mobilità interprovinciale per l'anno scolastico 2021/22 e, pertanto, 4) Accertare e dichiarare l'illegittimità della procedura adottata dal Ministero e condannare le amministrazioni resistenti alla ripetizione della predetta procedura, quantomeno con riferimento alla posizione della ricorrente, nel rispetto della precedenza di cui all'art. 33 commi 3 e 5 L. 104/92, del punteggio e dell'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità presentata. Con vittoria di spese e competenze di giudizio, con distrazione. ”.*

A sostegno delle proprie richieste deduceva di essere assistente amministrativo assunta con decorrenza 1.09.19; di aver ottenuto, per l'anno scolastico 2020/2021, l'assegnazione provvisoria presso l'Istituto Comprensivo [REDACTED] e di aver proposto domanda di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2021/22 indicando 15 preferenze contigue al luogo di residenza (Provincia di Caserta). Evidenziava che, all'esito della procedura di mobilità, il MIUR non accoglieva la predetta domanda, nella quale il sistema informatico non le consentiva di inserire la priorità ex art. 33 L. 104/92, essendo ella unica referente della zia, portatrice di *handicap* con connotazione di gravità ex art. 3 comma 3 L. 104/92.

In punto di *periculum* evidenziava che il mancato tempestivo accoglimento del ricorso avrebbe comportato la sua necessità di trasferirsi ad Arese, lasciando inevitabilmente da sola l'anziana zia.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio si costituivano le resistenti, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato, in assenza dei requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

All'udienza del 10.08.2021, udita la discussione del procuratore di parte ricorrente, il Giudice riservava la decisione.

Va preliminarmente osservato che, l'accesso alla tutela cautelare atipica è subordinato dall'art. 700 c.p.c. alla sussistenza sia di una delibazione di verosimile fondatezza delle ragioni poste a sostegno della domanda (*fumus boni iuris*), sia del pericolo imminente ed irreparabile che il decorso del tempo necessario ad ottenere una pronuncia nei tempi del rito ordinario pregiudichi in modo irreparabile il diritto vantato (*periculum in mora*). La *ratio*, in particolare, di tale secondo requisito si ravvisa nel fatto che la domanda cautelare, da un lato, comprime severamente il diritto di difesa dei convenuti, costretti ad approntare le proprie difese in tempi molto ristretti e, dall'altro, consente alla controversia di pervenire all'esame del

Giudice rapidamente e con precedenza rispetto a tutte le altre e dà luogo ad una tutela sulla base di una cognizione sommaria.

In base al principio dispositivo che è alla base del processo civile, è onere di chi

ricorre allegare e provare in giudizio la sussistenza di fatti tali da integrare il pericolo descritto, che non può essere semplicemente enunciato “*in re ipsa*”, sottolineando il peculiare valore Costituzionale dei diritti vantati, pena sovrapporre il rango del diritto vantato con la tipologia del danno che l’intempestiva tutela dei predetti può cagionare.

Ciò posto, l’istanza cautelare non può trovare accoglimento per le ragioni che di seguito si espongono.

Preliminarmente, va osservato che nel caso in parola ricorre l’elemento del *periculum in mora*, dal momento che la ricorrente allega e prova di essere unica referente della zia, portatrice di handicap con connotazione di gravità ex art. 3 comma 3 L. 104/92. Si tratta di condizioni di salute rilevanti e che subirebbero un pregiudizio relevantissimo in attesa dell’accertamento a cognizione ordinaria. Con riguardo, invece, al *fumus*, la ricorrente si duole del contrasto del disposto del CCNI del 6.03.19 con quanto statuito dall’art. 33 comma 5 L. 104/92, quest’ultima qualificata come norma imperativa. Deduce, in particolare che il citato CCNI è illegittimo nella parte in cui non riconosce al personale scolastico referente unico di soggetto portatore di handicap con connotazione di gravità priorità alcuna nell’ambito dei trasferimenti interprovinciali.

Orbene, al fine di esaminare con maggiore rigore le ragioni di parte ricorrente appare opportuno riportare le disposizioni dirimenti.

L’art. 40 CCNI del 6.03.19 dispone che “*Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l’operazione a cui si applica. In caso di parità di precedenza e di punteggio, prevale chi ha maggiore anzianità anagrafica. I) DISABILITA’ E GRAVI MOTIVI DI SALUTE. Nel contesto delle procedure dei trasferimenti e dei passaggi ed indipendentemente dal comune o dalla provincia di provenienza dell’interessato, viene riconosciuta una precedenza assoluta al personale ATA che si trovi nelle seguenti condizioni: 1) personale non vedente; 2) personale emodializzato. II) PERSONALE TRASFERITO D’UFFICIO NEGLI ULTIMI OTTO ANNI RICHIEDENTE IL RIENTRO NELLA SCUOLA O ISTITUTO DI PRECEDENTE TITOLARITÀ’ (...) III) PERSONALE CON DISABILITA’ E PERSONALE CHE HA BISOGNO DI PARTICOLARI CURE CONTINUATIVE (...) IV) 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 I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II e III fase 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 I e II fase 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: a) documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; b) 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; c) essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire per l'intero anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001 come modificato dal D.L.vo n. 80/2015. 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 ATA appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti nell'ambito e per la provincia, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza 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. (...)*

*Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e 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 .”

L’art. 41 CCNI del 6.03.19 dispone che *“Il personale ATA (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell’art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell’ambito delle operazioni di mobilità; al fine di realizzare l’assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di utilizzazione e/o di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”*.

L’art. 33 commi 3 e 5 L. 104/92, per quanto di interesse in questa sede, statuisce che *“3. A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l’assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l’assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.*

(...)

*5. 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”*.

A sua volta, l’art. 601 D. Lgs. 297/94 stabilisce che *“gli artt. 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 *“/e predette nome comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo, e in sede di mobilità”* (co. 2).

Ciò posto, è evidente che le disposizioni contrattuali di rango secondario richiamate (artt. 40 e 41) si pone in contrasto con la norma imperativa contenuta nell’art. 33 comma 5 L.104/92 ove si prevede, senza alcuna limitazione, che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado o comunque referente unico purchè parente entro il terzo 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”.*

Pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33 comma 5 L. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla *ratio legis* e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente *“i principi dell'ordinamento in materia ai diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata”* (art. 21 l. 104/1992) e avente come finalità *“la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e 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)”* (cfr. Cass. SS. UU. n. 7945/08).

Il rilievo, anche costituzionale (cfr. C. Cost. n. 325/1996 e C. Cost. n. 406/92) dei diritti che l'art. 33 comma 5 L. 104/1992 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.c.

Ritiene, pertanto, questo giudice di aderire all'orientamento della giurisprudenza di merito (*ex multis* C. App. Torino n. 209/18) secondo cui la clausola pattizia di cui all'artt. 40 e 41 del CCNI mobilità, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il familiare entro il terzo grado in stato di handicap grave, quale referente unico, alla sola assegnazione provvisoria, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 comma 5 L. 104/92, 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 possibili”* contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (cfr., *ex multis*, Trib. Marsala n. 2/2018; Trib. Torino n. 339/2019).

Ed invero, per consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, il diritto di scelta da parte del familiare del disabile 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. SS.UU. n. 7945/08).

Non ignora, il Tribunale, che recentemente è intervenuta, in relazione a caso del tutto sovrapponibile a quello per cui si procede in questa sede, la pronuncia n. 4677/2021 della Corte di Cassazione, con cui i giudici di legittimità hanno escluso che il sistema delle precedenze nei trasferimenti interprovinciali, per come prevista e delineata dal CCNI sulla mobilità, confligga con la L. 104/92 in quanto *"assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento"*, esso tende a soddisfare *"l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la L. n. 104 del 1992 privilegia"*.

Più precisamente, nel richiamato pronunciamento si legge che l'agevolazione prevista dall'art.33 L. 104/92 può essere esercitata *"ove possibile"* e che, pertanto, tale *"diritto, a differenza della precedenza nella sede riconosciuta alla persona handicappata dall'art.21(...) deve tener conto di un bilanciamento tra interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro"*; conseguentemente, *"le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo riconducibile al principio sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost, che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e che (...) devono coesistere con altri valori costituzionali"*. Ebbene, malgrado l'indiscussa autorevolezza del provvedimento richiamato, occorre in questa sede chiarire che esso non è, allo stato, condiviso dal giudicante, posto che esso non chiarisce come ed in che modo il bilanciamento effettuato dalla contrattazione collettiva sia ragionevole, nella parte in cui riconosce la precedenza nei trasferimenti interprovinciali al solo genitore che assiste il figlio e non anche al figlio che assiste il genitore. Nell'ordinanza, in particolare, non si chiarisce per quali ragioni si è ritenuto ragionevole e non contrastante con l'art. 33 L. 104/92 attribuire alle varie ipotesi di assistenza al disabile, tutte parificate dall'art. 33 cit., diverso peso nell'ambito della mobilità provinciale ed interprovinciale.

E, allora, in assenza di convincenti ragioni per modificare il proprio precedente

orientamento, va scandagliata unicamente la compatibilità della richiesta della ricorrente con l'inciso "*ove possibili*". Secondo consolidata giurisprudenza l'onere di provare la sussistenza di esigenze economiche e organizzative incompatibili con il diritto in parola grava sul datore di lavoro, che nel caso di specie nulla ha dedotto in proposito: "*è onere del datore di lavoro provare la sussistenza di ragioni di natura organizzativa, tecnica o produttiva, che impediscono di accogliere la richiesta di trasferimento presso una sede di lavoro vicina al domicilio del disabile che si assiste*" (cfr. Cass. SS.UU. n. 7945/2008; Cass. n. 23857/2017). Peraltro, parte ricorrente ha depositato la griglia dei trasferimenti effettuati in provincia di Caserta, dalla quale è possibile constatare che con la precedenza ex art. 33 L. 104/92 ella avrebbe potuto ottenere il trasferimento richiesto.

Sussistendone tutti i presupposti, allora, deve essere in questa sede affermato il diritto di precedenza di [REDACTED] ai sensi dell'art. 33 comma 5 L. 104/92, secondo l'ordine delle preferenze indicate nella domanda di trasferimento, con condanna del Ministero a disporre il trasferimento della ricorrente con precedenza assoluta ex art. 33 L. 104/92 presso una delle sedi indicate in domanda.

La ricorrente ha provato, infatti, la propria qualità di referente unico della zia, peraltro riconosciutagli dal MIUR, che le ha concesso l'assegnazione provvisoria per il precedente anno scolastico sulla scorta della medesima. Le spese di lite sono integralmente compensate tra le parti, tenuto conto del recente intervento, in materia, della Corte di Cassazione e del conseguente contrasto giurisprudenziale creatosi.

#### **P. Q. M.**

- 1) Accoglie il ricorso e, per l'effetto, dichiara il diritto di precedenza [REDACTED] [REDACTED] ai sensi dell'art. 33 comma 5 L. 104/92, nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2021/22, secondo l'ordine delle preferenze indicate nella domanda di trasferimento, con condanna del Ministero a disporre il trasferimento della ricorrente con precedenza assoluta ex art. 33 L. 104/92 presso una delle sedi indicate in domanda;
- 2) Compensa le spese di lite.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere il 29.09.2021

Il Giudice del Lavoro Dott.ssa  
Francesca Stefanelli