

Accoglimento totale 7134/2017 del 16/11/2017

“Il ricorso cautelare è fondato.

In ordine al fumus, 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”, 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).

Ciò posto, la richiesta avanzata dalla ricorrente, con istanza di mobilità provinciale per le sedi scolastiche nel Comune di [omissis.] per l'a.s. 2017/2018, con diritto di precedenza ex art. 33 l. 104/92 – risultando documentato essere il coniuge, residente in [omissis.], portatore di stato di handicap grave, ai sensi dell'art. 33, co. 3, l. 104/92, con previsione di revisione a dicembre 2017 (all. fasc. inform. ric.)- appare fondata.

Invero, il MIUR ha negato alla ricorrente il diritto previsto dalla norma dianzi citata, unicamente sulla scorta della prescritta rivedibilità delle condizioni di salute del coniuge, la cui condizione di handicap grave è stata accertata in via amministrativa fino al dicembre 2017.

La norma in questione, tuttavia, non circoscrive il diritto di precedenza all'ipotesi di non rivedibilità della condizione di handicap grave e, pertanto, l'esclusione compiuta dal Ministero resistente deve reputarsi illegittima, anche alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte che, 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 l. 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 detto, in ultimo, che il Ministero resistente nulla ha dedotto, oltre che in relazione all'interesse pubblico che sarebbe stato ostacolato del chiesto diritto di precedenza, neppure in ordine alla eventuale indisponibilità di posti nel chiesto Comune di [omissis.] o nei comuni limitrofi (avendo anzi documentato la ricorrente l'assegnazione della sede di [omissis.] a docente privo di titoli di precedenza, cfr. all. alle note illustrative autorizzate del 10.11.2017), con conseguente sussistenza di una parvenza di fondatezza del diritto vantato.

Sussiste anche il 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.

Ciò precisato, ed applicando tali criteri alla domanda cautelare avanzata dalla ricorrente, il periculum è ravvisabile, ove si consideri che la medesima assiste in via esclusiva il coniuge disabile a causa di patologia oncologica di cui è stata documentata la rilevante gravità e progressiva ingravescenza, talché il diniego al trasferimento in sede il più possibile vicina alla propria residenza esporrebbe parte ricorrente a pregiudizio grave ed irreparabile alla propria vita personale e familiare, attesa l'impossibilità di prestare assistenza al coniuge con l'assiduità richiesta dalla patologia da cui risulta affetto.

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 della ricorrente, nelle operazioni di mobilità provinciale per l'a.s. 2017/2018, secondo l'ordine di preferenza da lei indicato nella istanza presentata in via amministrativa.

Le spese del presente giudizio, su cui deve provvedersi attesa la tendenziale e possibile definitività del provvedimento cautelare (ex art. 669 octies co. 6, c.p.c., come modificato dal d.l. n. 35/05, conv. in l. 80/05, giusta d.l. 273/05, conv. in l. 51/06) vanno integralmente compensate, tenuto conto della novità della questione giuridica trattata e della oggettiva presenza di orientamenti giurisprudenziali anche contrari.

p.q.m.

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 della ricorrente in epigrafe, nelle operazioni di mobilità provinciale per l'a.s. 2017/2018, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza presentata in via amministrativa; spese compensate.

si comunichi a cura della Cancelleria.

Paola, 16 novembre 2017