



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di TEMPIO PAUSANIA

Sezione Lavoro

Il Tribunale, nella persona del Giudice Dott.ssa Marina Rossi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di I Grado iscritta al n. r.g. 515/2015 promossa da:

OMISSIS, con il patrocinio dell'avv. SPANU GIOVANNI e dell'avv. GIANNOTTU GIOVANNA elettivamente domiciliato in Tempio Pausania via Roma 85 presso il difensore avv. SPANU GIOVANNI

PARTE RICORRENTE

contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA con il patrocinio del dott. OMISSIS elettivamente domiciliato in CORSO ANGIOY 1 SASSARI
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SARDEGNA con il patrocinio del OMISSIS elettivamente domiciliato in CORSO ANGIOY 1 SASSARI

PARTE RESISTENTE

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

OMISSIS chiede che sia dichiarata la nullità parziale del contratto collettivo nazionale integrativo sulla mobilità del personale docente per l'a.s. 2015/2016 per contrasto con l'art. 33 co. 3 e 5 l. 104/1992 laddove all'art. 7 punto V limita il diritto di precedenza nei trasferimenti al germano convivente di soggetto disabile in situazione di gravità qualora entrambi i genitori siano assenti o totalmente inabili, senza prevedere analogo diritto in favore del parente di secondo grado, anche non convivente di soggetto disabile grave, qualora i genitori siano vivi ed abili, ed in favore del parente entro il terzo grado, qualora il coniuge o entrambi i genitori del disabile siano deceduti, mancanti, affetti da patologie invalidanti o abbiano compiuto i 65 annidi età; chiede altresì che sia dichiarato che la ricorrente ha diritto di usufruire della precedenza nelle procedure di mobilità, di cui al citato art. 7 punto V, e al beneficio della esclusione dalle graduatorie di istituto per l'individuazione dei perenti posto, di cui all'art. 7 comma 2 dello stesso CCNI sulla mobilità.

Parte ricorrente rappresenta: di lavorare come docente alle dipendenze del MIUR presso l'Istituto Scuola Primaria di Telti e di rientrare tra i soggetti beneficiari della legge n. 104/1992 per l'assistenza prestata al fratello OMISSIS disabile in situazione di gravità affetto da sindrome di down; di fruire dei permessi ex art. 33 co. 3 l. n. 104 cit. ma non del diritto garantito dal successivo comma 5 dell'art. 33 cit. come comprovato dalla comunicazione dell'USP di Sassari notificata in data 10.7.2015; lamenta il contrasto tra la previsione contenuta all'art. 7 co. 1 punto V e l'art. 7 co. 2 CCNI sulla mobilità comparto scuola per l'a. s. 2015/2016 e l'art. 33 co. 5 della l. n. 104/1992 nella parte in cui la norma



contrattuale omette ingiustificatamente di inserire tutte le ipotesi contemplate dalla norma di legge al fine di disciplinare il diritto di precedenza nei trasferimenti ed il divieto di trasferimento senza consenso.

Nel corso del giudizio ha allegato che anche i sopravvenuti CCNI a.s. 2016/2017 e 2017/2018 contengono i medesimi profili di nullità.

Si è costituita l'Amministrazione resistente la quale eccepisce preliminarmente l'inammissibilità della domanda per decadenza dall'impugnazione dell'atto di trasferimento, in quanto la ricorrente ha presentato domanda di trasferimento per l'a.s. 2015/2016 presso l'Istituto comprensivo di Tempio Pausania in conformità a quanto disposto dal CCNI per la mobilità, non ottenendo il trasferimento medesimo come comunicato in data 11.5.2015, provvedimento non tempestivamente impugnato dalla ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 32 l. n. 183/2010; nel merito rappresenta che l'art. 33 co. 5 l. n. 104/1992 tutela il diritto di precedenza dei beneficiari della legge 104/1992 ove possibile, e dunque solo ove sussiste un posto vacante e disponibile, fattispecie non ricorrente nel caso di specie, ciò che comporta l'insussistenza di un concreto interesse ad agire.

La causa, istruita solo con documenti, depositate note finali, viene decisa in data odierna.

L'eccezione di decadenza è infondata, dovendosi al riguardo richiamare l'ordinanza del 28 maggio 2016.

Invero, parte ricorrente non ha impugnato il provvedimento di rigetto della sua domanda di trasferimento chiedendone l'annullamento ma ha proposto azione di accertamento della nullità della clausola del CCNI per contrasto con norma imperativa e di accertamento del conseguente diritto di precedenza.

Ritiene dunque il Tribunale che a tale azione non si applichi l'art. 32 l. n. 183/2010.

Quanto alla carenza di interesse ad agire, occorre rilevare che nelle more del giudizio la ricorrente è stata trasferita presso l'Istituto comprensivo di Tempio Pausania all'esito della procedura di mobilità 2016/2017.

Secondo la prospettazione di parte resistente, tale evento sopravvenuto nonché l'intervento di un nuovo CCNI per l'a.s. 2017/2018 comporta il venire meno dell'interesse ad agire della ricorrente, atteso peraltro che la stessa non risulta l'ultima nella graduatoria d'istituto della scuola di titolarità ciò che esclude la possibilità che la stessa possa essere trasferita ad altra sede in quanto in posizione di soprannumerarietà.

Ritiene il Tribunale che tale eccezione possa essere superata dal momento che *"L'interesse ad agire con un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attuale verificarsi della lesione d'un diritto o una contestazione, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico o sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti, costituendo la rimozione di tale incertezza un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se con l'intervento del giudice"* (cfr. Cass. 13556/2008);

Nel caso di specie occorre rilevare da un lato che sussiste l'interesse a vedere dichiarata la nullità delle previsioni della contrattazione collettiva regolanti il rapporto di lavoro che si pongono in contrasto, secondo la prospettazione attorea, con norme di legge imperative laddove queste ultime riconoscono già nell'attualità un diritto della ricorrente, anche a prescindere da specifiche procedure di mobilità; inoltre l'interesse ad agire della sig.ra ~~CASSIS~~ nella presente causa continua a sussistere anche in seguito all'ottenimento del trasferimento nella sede di Tempio Pausania poiché, in base a quanto disposto dal CCNI vigente all'epoca del deposito del ricorso ed anche a quello sopravvenuto nelle more del giudizio, in assenza di tale riconoscimento, la stessa potrà essere comunque inserita nelle graduatorie di istituto per l'individuazione dei perdenti posto.

Nel merito, ritiene il giudicante che la domanda sia fondata e debba essere accolta nei limiti di seguito esposti.



In fatto non è contestato che la ricorrente usufruisce dei benefici della legge 104 cit. per l'assistenza al fratello **ORISSIS**, disabile in situazione di gravità, affetto da sindrome di Down con lei convivente e che i genitori hanno entrambi più di 65 anni (docc. 2 e 3).

Tanto premesso si rileva che l'art. 33 co. 3 l. n. 104/1992 prevede che "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 comma 5 della medesima disposizione prevede che "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."

L'art. 601 del d. lgs. 297/94 (Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), sancisce: "1. *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. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.*"

L'art. 7 comma 1 punto V e comma 2 del CCNI 2015/2016 nonché l'art. 13 comma 1 punto V e comma 2 del CCNI 2016/2017, art. 13 comma 1 punto IV e comma 2 CCNI 2017/2018 in atti prevedono, diversamente da quanto disposto dall'art. 33 che il diritto di precedenza e il beneficio dell'esclusione dalle graduatorie dei perdenti posto da trasferire di ufficio operi in favore di coloro che prestano assistenza nei confronti di fratelli solo se i genitori sono inabili o mancanti.

Ebbene, come già evidenziato, la ricorrente risulta essere unica sorella convivente del fratello portatore di handicap in situazione di gravità con carattere permanente come documentato dalla Commissione ASL competente in materia di certificazioni ex L. 104/92, peraltro con genitori ultrasessantacinquenni, e dunque deve ritenersi che la ricorrente rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 33 c. 5 L. n. 104/92.

Al riguardo è opportuno precisare che alla stregua del condivisibile orientamento di merito e di legittimità richiamato da parte resistente l'art. 33 cit. non configura in capo ai soggetti individuati un diritto assoluto e illimitato poiché esso può essere fatto valere allorché sulla base di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche organizzative e produttive del datore di lavoro traducendosi anche – con riferimento al lavoro pubblico – in un danno alla collettività (7945/2008).

In particolare il bilanciamento degli indicati interessi avviene a livelli diversi in relazione alle distinte posizioni soggettive contemplate dalla disposizione in esame.

Pertanto deve ritenersi che, da un lato, il diritto del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un parente disabile, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico organizzative della PA.

Invece, quanto al diritto di precedenza nel trasferimento a domanda, la limitazione del diritto in ragione della concomitanza di valori di rango costituzionale – artt. 41 e 97 Cost. – comporta che l'inciso "ove possibile" di cui al co. 5 art. 33 cit. valga a configurare una subordinazione del diritto alla condizione che il suo esercizio non comporti una eccessiva compromissione delle esigenze organizzative.

Occorre pertanto certamente escludere la possibilità di esercitare il diritto ex art. 33 cit. laddove il datore di lavoro pur in presenza di un posto vacante non intenda coprirlo col personale ricorrendo ad un trasferimento.

Nell'ambito dell'amministrazione scolastica tale occasione è notoriamente rappresentata dalle procedure per i movimenti su posti vacanti e disponibili al momento di apertura della procedura di mobilità, e non dalla mera domanda dell'interessato al di fuori di tali procedure sul solo presupposto della vacanza di tale posto.



Con le precisazioni appena espresse deve, pertanto, ritenersi irragionevole l'esclusione della cerchia dei titolari del diritto di precedenza (si badi, comunque, non assoluta) di chi come la ricorrente, presta assistenza al fratello, privo altrimenti di adeguato sostegno per mancanza di altri soggetti capaci di prendersi cura di lui. L'art. 33 co 5, quale norma nazionale quadro di riferimento in materia di tutela dell'handicap non giustifica, infatti, alcuna esclusione o gerarchia, essendo irragionevole applicare, tale disposto solo parzialmente, scegliendo arbitrariamente i soggetti beneficiari, laddove si osservi che oggetto di tutela non è il lavoratore che chiede il trasferimento ma il soggetto portatore di handicap che ha diritto di essere facilitato nel ricevere assistenza.

In sostanza, nel bilanciamento dei diversi interessi, il sistema di preferenze stabilito dal citato CCNL non appare osservare il disposto normativo di cui all'art. 33 c. 5 L. 104/92, non aparendo la deroga al diritto ivi previsto giustificato da alcuna stringente esigenza organizzativa del datore di lavoro. Deve ritenersi, infatti, che l'autonomia contrattuale delle parti stipulanti il contratto collettivo non possa porsi in contrasto con norme imperative di legge, poste a tutela di valori costituzionalmente protetti.

Di conseguenza, ai sensi dell'art. 1418 c.c. deve dichiararsi la nullità parziale del contratto collettivo nazionale integrativo sulla mobilità del personale docente, educativo e A.T.A. per l'a.s. 2015/2016, 2016/2017 e 2017/2018 per contrasto con norma imperativa di legge, laddove limitano il diritto di precedenza ed il diritto ad essere escluso dalle graduatorie d'istituto dei perdenti posto al personale che presta assistenza al germano nella sola ipotesi di genitori mancanti o con inabilità permanente quando invece l'art. 33 co. 5 cit. non richiede ulteriori requisiti al parente di secondo grado che assiste un disabile grave (cfr Trib. Pesaro 320/2005 e CdA Sassari 43/2015).

Per l'effetto deve essere accertato che la ricorrente ha diritto di usufruire della precedenza nelle procedure di mobilità e del beneficio di esclusione dalle graduatorie d'istituto per l'individuazione dei perdenti posto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo tenuto conto del valore della controversia e dell'attività professionale prestata.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando disattesa o assorbita ogni diversa domanda ed eccezione, così dispone:

- dichiara la nullità parziale del contratto collettivo nazionale integrativo sulla mobilità del personale docente, educativo e A.T.A. per l'a.s. 2015/2016, 2016/2017 e 2017/2018 per contrasto con norma imperativa di legge, laddove limita il diritto di precedenza ed il diritto all'esclusione dalle graduatorie dei perdenti posto al personale che presta assistenza al parente entro il secondo grado solo nel caso di genitori inabili o mancanti senza prevedere analogo diritto in favore di chi presta assistenza al germano in analoga situazione di handicap con genitori vivi ed abili;

- dichiara che la ricorrente ha diritto di usufruire della precedenza nell'ambito delle procedure di mobilità e del beneficio di esclusione dalle graduatorie d'istituto per l'individuazione dei perdenti posto;

- condanna parte resistente alla rifusione delle spese di lite liquidate in € 3.500,00 oltre rimborso spese iva e cpa come per legge.

Sentenza resa ex art. 429 c.p.c., pubblicata mediante lettura in udienza ed allegazione al verbale.

Tempio Pausania, 19 luglio 2017

Il Giudice
Dott.ssa Marina Rossi

