



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI BENEVENTO**

Il giudice del lavoro, dott.ssa Cecilia Angela Ilaria Cassinari, all'udienza del 28 ottobre 2019 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 40 del Ruolo Generale lavoro e previdenza dell'anno 2019, avente ad oggetto: trasferimento,

TRA

[REDACTED], rappresentata e difesa, giusta procura in calce al ricorso, dall'avv. E. Perifano, presso il cui studio in Benevento, via F. Raguzzini n. 6, elettivamente domicilia,

RICORRENTE

E

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., **Ufficio Scolastico Regionale per la Campania e Ambito Territoriale per la Provincia di Benevento**, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., rappresentati e difesi ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c. dalla dott.ssa M. Matano ed elettivamente domiciliati in Benevento, piazza E. Gramazio n. 2/3, presso l'Ambito territoriale di Benevento,

RESISTENTI

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 3.01.2019 la ricorrente ha esposto:

- di essere docente di ruolo di scuola primaria immessa in ruolo nell'ambito del piano straordinario di assunzioni di cui alla l. 107/2015;
- di avere la sede di titolarità nel comune di Panicale (provincia di Perugia), ma di essere stata assegnata provvisoriamente per l'a.s. 2018/19 all'I.C. di Apice;
- di avere partecipato alla procedura di mobilità per l'a.s. 2018/19, presentando sia domanda di mobilità territoriale per la scuola primaria sia domanda di mobilità professionale per il passaggio di ruolo alla scuola dell'infanzia;
- di avere chiesto in entrambe le domande di beneficiare della precedenza ex l. 104/92 in virtù dell'assistenza prestata al padre portatore di handicap in situazione di gravità;
- che l'USP di Perugia le aveva attribuito il punteggio base di 65 punti più 6 per il comune di ricongiungimento, e non le aveva riconosciuto la precedenza;
- che non aveva ottenuto il trasferimento richiesto, mentre in virtù della medesima precedenza aveva ottenuto l'assegnazione provvisoria.

Ha quindi convenuto in giudizio il Ministero al fine di sentire accogliere le seguenti conclusioni: "1) preliminarmente, per tutto quanto ampiamente dedotto ed illustrato nel presente ricorso, accertare e dichiarare: A) la illegittimità e/o nullità e/o inefficacia delle norme di cui al CCNI dell'11/4/17 che violano i precetti della l.104/92 e



impediscono il riconoscimento della precedenza ivi prevista a favore della ricorrente; B) la conseguente illegittimità, nullità e/o annullabilità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione Scolastica nei confronti della ricorrente nella procedura di mobilità territoriale e professionale per l'a.s. 18/19, e di ogni altro atto amministrativo illegittimo annesso e/o connesso; 2) per l'effetto di quanto accertato e dichiarato in via preliminare, condannare le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di propria competenza, a riesaminare/rivalutare, nel rispetto dei criteri legittimi, le domande di mobilità territoriale e professionale presentate dalla ricorrente per l'a.s. 2018/19, all'uopo riconoscendole la precedenza ex L. n.104/92, come meglio descritto e motivato nel presente ricorso; 3) accertare e dichiarare, altresì, il diritto della ricorrente ad essere collocata nell'Ambito Campania 0004 o, in subordine, in una delle ulteriori sedi scolastiche e/o Ambiti e/o Province indicate in ordine di preferenza nelle sue domande di mobilità per l'a.s. 18/19; 4) per l'effetto, condannare le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di propria competenza, a collocare la ricorrente nell'Ambito Campania 0004 (e sede di lavoro più vicina al domicilio della persona con handicap in situazione di gravità assistita dalla medesima) o, in subordine, in una delle ulteriori sedi scolastiche e/o Ambiti e/o Province indicate in ordine di preferenza nelle sue domande di mobilità per l'a.s. 18/19"; vinte le spese, con attribuzione.

L'amministrazione scolastica si è costituita in giudizio tardivamente, rappresentando la necessità di estendere il contraddittorio ai docenti individuati in ricorso come trasferiti nelle sedi e negli ambiti richiesti dalla ricorrente e chiedendo nel merito il rigetto della domanda in quanto infondata.

All'odierna udienza la causa, istruita documentalmente, è stata discussa e decisa all'esito della camera di consiglio con sentenza con motivazione contestuale.

Preliminarmente, quanto all'eccezione sollevata dal MIUR, si osserva che il litisconsorzio necessario ricorre, fuori dai casi previsti dalla legge, solo quando la particolare natura o configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio fa sì che la decisione non possa essere resa se non nei confronti di una pluralità di soggetti. Ad esempio, in tema di procedure concorsuali, il giudizio deve svolgersi in contraddittorio con i controinteressati solo se sia domandato da parte ricorrente l'accertamento giudiziale del diritto all'inserimento nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede, ecc.) (cfr. fra le tante Cass. Sez. L, Sentenza n. 988 del 17/01/2017; Sez. L, Sentenza n. 15912 del 07/07/2009; Sez. L, Sentenza n. 14914 del 05/06/2008). Nella fattispecie non vi è, invece, una situazione sostanziale inscindibile, in quanto la pronuncia richiesta non è destinata ad incidere direttamente sulla posizione dei soggetti indicati (in via esemplificativa) in ricorso, determinando la perdita di utilità da loro conseguite. Non ricorre pertanto la necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti.

Le circostanze di fatto poste a base della domanda sono pacifiche e documentali.

La ricorrente, docente di scuola primaria, posto comune, con sede di titolarità presso l'I.C. Don Lorenzo Milani di Tavernelle (ambito Umbria 0002) ha partecipato alle operazioni di mobilità per l'a.s. 2018/19 presentando sia una domanda di mobilità territoriale che una di mobilità professionale per il passaggio di ruolo nella scuola dell'infanzia. Ad entrambe le domande ha allegato dichiarazione personale ai fini della



precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, l. 104/92 per l'assistenza prestata al padre [] e documentazione comprovante il possesso dei requisiti per beneficiarne (verbale della commissione medica, verbale relativo alla madre ultrasessantacinquenne e invalida al 100%, dichiarazioni personali delle sorelle).

In sede di convalida della domanda, l'amministrazione le ha attribuito il punteggio base di 65 punti, più 6 per il Comune di ricongiungimento, senza riconoscerle la precedenza ex l. 104.

All'esito delle operazioni, la ricorrente non ha ottenuto il trasferimento richiesto. In questa sede, lamenta l'illegittimità del mancato riconoscimento della precedenza per l'assistenza al familiare disabile.

L'art. 33, comma 5 della l. 104/92, come modificato dalla legge n. 183/2010, richiamato dall'art. 601 del d.lgs. 297/1994, statuisce che 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 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'amministrazione non ha riconosciuto alla ricorrente la precedenza per l'assistenza prestata al padre riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità in quanto l'art. 13, punto V del CCNI mobilità dell'11.04.2017, applicabile alla mobilità 2018/19 in virtù dell'accordo ponte sottoscritto il 7.03.2018, dispone che "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. ... Il docente può usufruire di tale precedenza all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza, a condizione che abbia espresso come prima preferenza una o più istituzioni scolastiche comprese nel predetto comune oppure abbia espresso l'ambito corrispondente ad esso o alla parte di esso qualora intenda esprimere preferenze relative a scuole di altri comuni o ad altri ambiti nella provincia. ... Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità".

Il successivo art. 14 dispone invece che "Il personale scolastico (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 assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale".

Il CCNI ha dunque escluso l'applicabilità della precedenza, nei trasferimenti interprovinciali, all'ipotesi della figlia che assiste il padre portatore di handicap in situazione di gravità.

La precedenza in discorso non trova, inoltre, applicazione alle operazioni di mobilità professionale, per le quali il CCNI prevede l'operatività di un'unica precedenza, ovvero quella per disabilità e gravi motivi di salute (art. 13, punto I).



Il riconoscimento della precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità territoriale limitatamente ai movimenti provinciali, con esclusione di quelli interprovinciali, si pone in contrasto con la previsione normativa, in quanto riduce arbitrariamente il campo di applicazione del diritto di precedenza.

In proposito si osserva che, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, l. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla sua *ratio* e dalla sua collocazione all'interno di una legge che, per sua stessa previsione, detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 l. 104/1992) e persegue lo scopo di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di 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 (così l'art. 1 l. 104/1992).

La legge 104 si configura quale *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti, e il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che mira a tutelare rende evidente il carattere imperativo delle sue disposizioni.

Di conseguenza, le stesse non potrebbero ritenersi implicitamente abrogate neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, né tanto meno possono essere derogate dalla contrattazione collettiva. Al contrario, il contrasto della clausola contrattuale con la norma imperativa determina la nullità della prima ai sensi degli artt. 1418, comma 1 e 1419, comma 2 c.c., e la sostituzione di diritto con la norma imperativa.

Come evidenziato dalla Cassazione a sezioni unite (27.3.2008, n. 7945), inoltre, "la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La *ratio* di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti".

Le medesime considerazioni inducono a ritenere illegittima l'esclusione della precedenza ex art. 13, punto V nell'ambito delle operazioni di mobilità professionale, dal momento che l'art. 33, l. 104/92 sancisce, in linea generale, il diritto della persona che assiste un portatore di handicap di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio, a prescindere dalle modalità con cui viene attuato il mutamento di sede e del tipo di mobilità a cui il mutamento di sede consegue.

Ciò premesso il CCNI, all'art. 13 punto V, prevede che "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 successive modifiche ed integrazioni; 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 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. Per usufruire di tale precedenza è necessario esprimere come prima preferenza una o più istituzioni scolastiche comprese nel comune di assistenza oppure l'ambito corrispondente ad esso o alla parte di esso qualora si intenda esprimere preferenze relative a scuole di altri comuni o ad altri ambiti nella provincia. In assenza di posti richiedibili nel comune ove risulta domiciliato il soggetto disabile il docente è obbligato a indicare una preferenza di scuola o ambito relativa ad un comune vicinore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili”.

Nel caso di specie il possesso, da parte della docente, di tutti i requisiti per beneficiare della precedenza è incontestato; invero, la stessa amministrazione lo ha riconosciuto ai fini dell'assegnazione provvisoria.

Dalla produzione di parte ricorrente risulta peraltro che tutta la documentazione necessaria (verbale della Commissione medica per l'accertamento dell'handicap, dichiarazione personale ai sensi del D.P.R. 445/2000 di essere unica figlia convivente, di prestare assistenza esclusiva al padre essendo la madre anch'ella ultrasessantacinquenne e portatrice di handicap e di essere l'unica a fruire dei permessi per assistenza, dichiarazione delle altre due figlie del disabile, non conviventi, di essere impossibilitate per ragioni oggettive a prestargli assistenza) è stata allegata alla domanda di mobilità tempestivamente presentata in via telematica, così come richiesto dal CCNI; inoltre la ricorrente ha indicato quale prima preferenza l'I.C. Apice Nuovo Centro e, a seguire, l'I.C. di San Giorgio la Molara Cap., tre scuole di Benevento (Pacevecchia, Ferrovia e Silvio Pellico) e gli ambiti Campania 0004, 0006 e 0005 (provincia di Benevento). Nella domanda di mobilità professionale ha invece indicato l'I.C. E. Falcetti di Apice, l'I.C. O. Fragnito di San Giorgio La Molara, l'I.C. Pietrelcina, gli I.C. F. Torre e G. Moscati di Benevento e a seguire gli ambiti Campania 0004, 0005 e 0006.

Occorre quindi valutare la disponibilità dei posti.

Risulta dal bollettino dei trasferimenti (con indicazione delle precedenze, nell'estratto allegato alla produzione del MIUR) che presso le prime preferenze indicate dalla ricorrente nella domanda di mobilità territoriale (I.C. Apice Nuovo Centro, I.C. di San Giorgio la Molara Cap., Benevento Pacevecchia, Ferrovia e Silvio Pellico) non sono



stati disposti trasferimenti interprovinciali ma solo trasferimenti provinciali, quindi per una fase delle operazioni che precede quella a cui ha preso parte la ricorrente; sull'ambito 0004 è stato disposto un trasferimento interprovinciale, riguardante però una docente ([redacted]) con precedenza poziore rispetto alla ricorrente; sull'ambito Campania 0006 sono stati invece disposti vari trasferimenti interprovinciali, che hanno riguardato personale dotato di precedenza poziore rispetto a quella della ricorrente ([redacted]), ma anche docenti in possesso della precedenza di cui all'art. 33, commi 5 e 7 (nei limiti in cui il CCNI la riconosce), ma di punteggio inferiore rispetto a quello della ricorrente ([redacted]). È stato, inoltre, disposto il trasferimento interprovinciale, su posto di sostegno, di un insegnante con punteggio superiore a quello della [redacted] ma privo di precedenza ([redacted]). Per quanto riguarda i passaggi di ruolo, presso le cinque prime sedi indicate dalla ricorrente non sono stati disposti passaggi di ruolo interprovinciali, così come sull'ambito Campania 0004, dove è stato viceversa disposto un passaggio di ruolo provinciale ([redacted]), quindi in fase delle operazioni precedente rispetto a quella a cui ha partecipato la ricorrente.

In definitiva, risultando dimostrata la sussistenza di posti utili per la mobilità territoriale, assegnati a docenti con la medesima precedenza e punteggio inferiore o a docenti privi di precedenza, presso l'ambito Campania 0006 – prima sede della provincia di Benevento con posti disponibili fra quelle indicate dalla ricorrente in entrambe le domande –, qualora l'amministrazione avesse riconosciuto la precedenza la ricorrente avrebbe potuto ottenere il trasferimento in provincia di Benevento.

Va quindi dichiarato il diritto della ricorrente al riconoscimento della precedenza e al trasferimento presso la sede disponibile compresa nell'ambito Campania 0006 più vicina al domicilio della persona da assistere, con conseguente ordine alle amministrazioni convenute, ciascuna per quanto di competenza, di disporre il trasferimento.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, in misura minima tenendo conto dell'istruzione solo documentale, con distrazione.

P.Q.M.

Il giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, ordina alle amministrazioni convenute, ciascuna secondo le rispettive competenze, di disporre il trasferimento della ricorrente quale docente di scuola primaria – posto comune presso la sede disponibile compresa nell'ambito Campania 0006 più vicina al domicilio della persona da assistere, previo riconoscimento della precedenza prevista dal CCNI mobilità, art. 13, punto V;
- 2) condanna il MIUR al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 1.500,00 oltre rimborso forfettario spese generali, IVA e CPA come per legge e rimborso c.u. euro 259,00.

Benevento, 28 ottobre 2019.

Il Giudice
Cecilia Angela Iliaria Cassinari

