#### Udienza del 25.06.2021

Il Giudice del Lavoro, dott. Francesco Aragona;

dato atto del deposito telematico delle note difensive, in ossequio al provvedimento che ha disposto la trattazione scritta del presente giudizio, ai sensi dell'art. 221, co. 4, L. n. 77 del 17.07.2020, di conversione con modifiche del D.L. 19.05.2020 n. 34, il quale facoltizza lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice;

# P.O.M.

si ritira in camera di consiglio e decide all'esito come dal seguente provvedimento.

# REPUBBLICA ITALIANA

# IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

# TRIBUNALE DI CATANZARO

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Catanzaro, dott. Francesco Aragona, in funzione di giudice monocratico, ha pronunciato la seguente

# **SENTENZA**

nella causa iscritta al n. 1409/2019 R.G. promossa

da

con l'avv. Vincenzo La Cava;

# nei confronti di

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, rappresentato e difeso ex art. 417-bis c.p.c. dal funzionario delegato dott. Tommaso Scalzi;

# nonché di

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL PIEMONTE - AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI TORINO;

# nonché di

# AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI CATANZARO;

avente a oggetto: mobilità docente ex L. n. 104/92.

provvedendo sulle conclusioni rassegnate in atti dalle parti.

# RAGIONI DELLA DECISIONE

Parte ricorrente, docente di ruolo di scuola primaria dal 01.09.2015, attualmente titolare nella Provincia di Torino, in assegnazione provvisoria, nel corrente anno scolastico, presso l'I.C. " , in relazione all'esito della ' di procedura di mobilità interprovinciale indetta con Ordinanza Ministeriale n. 203 del 08.03.2019, ha dedotto di avere presentato, per l'a.s. 2019/20, domanda di trasferimento interprovinciale verso sedi della Provincia di Catanzaro, lamentando il mancato riconoscimento ad opera del MIUR della precedenza da essa posseduta, ai sensi dell'art. 33 L. n. 104/1992. Ha esposto, a tal fine, di essere figlio di genitore portatore di handicap in situazione di gravità, ex art. 3, co. 2, L. n. 104/1992, precisando di essere l'unico soggetto in condizioni di poter dare assistenza continuativa alla propria madre. Ciò posto, ha affermato l'illegittimità della condotta serbata dal MIUR per aver violato le disposizioni previste dalla legge – a tutela dell'assistenza, dell'integrazione sociale e dei diritti delle persone colpite da disabilità – per come espressamente richiamate, in ambito scolastico, dall'art. 601 D. Lgs. n. 297/1994. Ha invocato pertanto il diritto di precedenza spettante al personale della scuola - non solo in caso di nomina in ruolo e di assunzione come non di ruolo, ma anche in sede di mobilità - chiamato ad assistere un familiare con handicap in situazione di gravità, con facoltà di scegliere, ove possibile, la sede lavorativa più vicina al domicilio della persona cui assicurare assistenza.

Si è costituito il MIUR, eccependo, preliminarmente, la mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti dei docenti controinteressati che avevano conseguito il trasferimento nella fase di mobilità provinciale ed interprovinciale 2019/2020 e chiedendo, nel merito, il rigetto del ricorso.

Nelle more, ritenuti sussistenti i requisiti del *fumus* e del *periculum*, il giudice ha accolto, con provvedimento cautelare emesso ex art. 700 c.p.c., la domanda di cui viene trattato il merito nel presente giudizio.

# Il ricorso è fondato.

In via preliminare, si deve escludere la necessità di costituire ed integrare il contraddittorio nei confronti dei docenti controinteressati in quanto nel processo civile la costituzione e l'integrazione del contraddittorio è obbligatoria soltanto nei casi di litisconsorzio necessario, cioè quando "la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti" (art. 102 c.p.c.), mentre nel caso di specie si richiede una pronuncia che incide sul rapporto di lavoro tra la parte ricorrente ed il MIUR, nel quale non sono ovviamente coinvolti altri soggetti nei cui confronti s'imponga la pronuncia della decisione. In altri termini, deve essere esclusa la necessità di integrazione del contraddittorio in danno degli altri insegnanti, atteso che il litisconsorzio necessario, da cui - in astratto - la necessità di integrazione del contraddittorio, è ipotizzabile ove si disputi della modificazione o costituzione di un rapporto plurisoggettivo unico o dell'adempimento di una prestazione inscindibile comune a più soggetti o si chieda l'accertamento di una situazione sostanziale comune a più soggetti, sicché non è possibile adottare una decisione se non nel contraddittorio di tutti i soggetti coinvolti e sui quali la suddetta decisione è destinata a produrre effetti diretti. E' vero che sussiste, nella specie, il rischio di un arretramento in graduatoria dei docenti che seguono la ricorrente, ma tuttavia tale rischio costituisce solo un effetto indiretto dell'accoglimento della domanda e non una conseguenza del carattere unitario ed inscindibile della situazione giuridica soggettiva vantata o dell'adempimento richiesto. Detto rischio potrebbe al più giustificare un intervento volontario, ma giammai l'obbligo della trattazione del giudizio nel contraddittorio degli insegnanti che dall'accoglimento del presente ricorso subirebbero un pregiudizio.

Quanto al merito, punto centrale della controversia è l'interpretazione dell'art. 33 L. n. 104/1992 che stabilisce che il lavoratore, dipendente pubblico o privato, il quale

assiste persona con handicap in situazione di gravità (coniuge, parente o affine entro il secondo grado) "ha diritto di 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".

Tale disposizione è stata recepita, nell'ambito dell'impiego della scuola pubblica, dall'art. 601 D. Lgs. n. 297/1994 che prevede, ai commi 1 e 2, che "gli articoli 21 e 33 della L. 104/1992 concernente l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico" 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".

L'interpretazione del citato art. 33 risente dei diversi e ripetuti interventi della Corte Costituzionale e della Cassazione che hanno chiarito come, pur avendo la L. n. 104/1992 un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, la locuzione "ove possibile" contenuta nell'art. 33 L. n. 104/92 non garantisce un diritto illimitato delle persone handicappate di scegliere la sede di lavoro più vicina, ben potendo tale diritto trovare delle limitazioni in virtù della necessità di salvaguardare rilevanti interessi collettivi, soprattutto nei rapporti di lavoro pubblico ove potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. Civ. Sez. Unite 7945/2008; e precedentemente C.Cost. 406/1992, C. cost. 325/1996, C. Cost. 246 e 396/1997, C. Cost. 372/2002).

Dalle riferite pronunce ne consegue che il diritto statuito dall'art. 33 L. n. 104/1992 potrà dirsi comprimibile, ovvero non riconoscibile, solo in ipotesi di insussistenza di un posto di lavoro vacante e disponibile nel luogo in cui risiede il familiare bisognoso o a questo prossimo.

Al riguardo, secondo l'ordinario criterio di riparto degli oneri assertivi e probatori, il lavoratore è gravato dalla necessità di allegare se nella sede cui aspira ad essere destinato constino disponibilità o scoperture di personale, mentre è onere del datore di lavoro provare che vi siano esigenze aziendali incompatibili con il trasferimento richiesto e, dunque, impeditive all'esercizio di un diritto del prestatore che rimane relativo e non assoluto. Come infatti più volte chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, "è onere del datore di lavoro provare la sussistenza di ragioni di natura

organizzativa, tecnica o produttiva, che impediscono di accogliere la richiesta di un'assunzione, o anche di trasferimento, presso una sede di lavoro vicina al domicilio della persona disabile che si assiste (cfr per tutte la citata Cass. SSUU n.7945/2008)" (Cass., sez. lav., ord. 11.10.2017, n. 23857).

Se la normativa di rango primario (art. 33, commi 3 e 5, L. n. 104/1992) è chiara nel sancire il diritto del lavoratore alla scelta, ove possibile, della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere affetta da *handicap* grave e se è parimenti incontestato che essa trova applicazione anche nei riguardi del personale alle dipendenze dell'amministrazione scolastica (in virtù del rinvio di cui all'art. 601 D. Lgs. n. 297/1994), sorprende, poi, che, in sede di contrattazione collettiva, all'art. 13, punto IV, CCNI per la mobilità 2019/2022 (il C.C.N.L. applicabile al personale scolastico del 29 novembre 2007, all'art. 4, co. 2, prevede che la materia della mobilità sia regolamentata in sede di contrattazione collettiva nazionale integrativa), le parti contraenti abbiano delimitato la portata del precetto normativo, stabilendo che "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".

Si tratta in effetti di un intervento pattizio che si inserisce in un contesto sottratto alla disponibilità delle parti e che determina l'esclusione del diritto di precedenza, in caso di mobilità interprovinciale, in favore del figlio docente chiamato ad assistere il genitore in condizione di disabilità rilevante ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n. 104/1992.

In tal senso, la condotta serbata dall'amministrazione convenuta, quantunque rispettosa delle previsioni concordate in sede di contratto integrativo, non può considerarsi legittima, là dove si pone in contrasto con il precetto normativo posto dalla disciplina primaria, imperativa e inderogabile, attuativa dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Carta Costituzionale e dalla legislazione comunitaria e internazionale, volti a favorire il benessere delle persone con disabilità grave.

La disposizione di cui all'art. 33, commi 3 e 5, L. n. 104/1992, d'altro canto, non si pone solamente in una posizione di rango gerarchicamente superiore rispetto alla regolamentazione individuata dal CCNI, ma delinea altresì, con l'art. 601 D. Lgs. n.

297/1994, un assetto speciale in tema di mobilità del personale scolastico che non distingue tra movimenti provinciali o interprovinciali.

Alla luce dell'interpretazione riferita e della documentazione agli atti, va osservato quanto segue.

Anzitutto, parte ricorrente, si trova attualmente collocata in via provvisoria in una scuola della Provincia di Catanzaro.

In secondo luogo, dalla documentazione prodotta dalla parte istante (cfr. all. n. 7 fascicolo attoreo), riguardante i trasferimenti interprovinciali, per l'a.s. 2019/2020, nelle scuole primarie per la Provincia di Catanzaro, quale ambito territoriale da essa prescelto, risulta che il MIUR ha disposto il trasferimento su posto comune anche di docenti privi di preferenza, eludendo il diritto di precedenza, ex art. 33 L.104/1992, di cui è titolare parte attrice.

Aderendo pertanto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ritiene il giudice che la clausola pattizia, limitando il diritto di scelta prioritaria del dipendente che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave alla sola mobilità annuale, escludendolo invece dalla mobilità interprovinciale (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. 1992 n. 104 e, conseguentemente, vada disapplicata, dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti che non vantino analoga precedenza, in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, senza possibilità di limitare l'applicabilità del diritto di precedenza solo ad alcune tipologie di trasferimento e con il solo limite - derivante dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma - della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato.

Pertanto, la disposizione di cui all'art. 13 CCNI citato appare illegittima sotto il profilo della limitazione della precedenza in questione alla sola fase della mobilità provinciale, con esclusione del diritto al trasferimento nella fase dei trasferimenti interprovinciali. Invero, la clausola pattizia, limitando alla sola mobilità provinciale la preferenza accordata al figlio docente che assista il genitore affetto da handicap in situazione di gravità, accordandola, invece, in sede di mobilità al di fuori dell'ambito

provinciale, soltanto ai genitori di figli disabili, viola la norma imperativa primaria del citato art. 33 l. 104/1992, dal momento che l'art. 33 citato non opera distinzioni tra i familiari affetti da handicap grave all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbia diritto, alternativamente, 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".

Relativamente a quest'ultimo inciso, esso viene interpretato nel senso che è anzitutto necessaria l'esistenza, la vacanza e la disponibilità del posto nella sede eligenda (Cass., Sez. L, Sent. n. 16298 del 2015, n. 1396 del 2006). L'esistenza di posti disponibili, unitamente all'assenza di concorrenti più titolati, sono infatti circostanze che integrano il fondamento fattuale del diritto al trasferimento fatto valere dalla parte ricorrente, tanto quanto la circostanza che la medesima si trovi nelle condizioni materiali per far valere l'art. 33, comma 5, L. n. 104/1992.

Nel caso concreto, come si è detto, dall'esame del bollettino dei trasferimenti verso sedi della Provincia di Catanzaro, pubblicato in data 24.06.2019, emerge: 1) la presenza di posti, non solo vacanti, ma anche disponibili, in quanto messi a disposizione dei docenti per le operazioni di mobilità per l'a.s. 2019/2020; 2) l'avvenuto trasferimento presso detto ambito provinciale, non solo di docenti titolari di un diritto di precedenza, ma anche di docenti privi di analoga precedenza, rispetto ai quali l'odierna parte ricorrente non doveva essere postergata nelle operazioni di mobilità, proprio in virtù del diritto di precedenza illegittimamente negatole.

Concludendo, alla luce delle riferite evidenze, tenuto conto che parte ricorrente risulta possedere i requisiti per godere del beneficio di cui all'art. 33 L. n. 104/1992 (tanto che non è oggetto di contestazione da parte del MIUR) e che il Ministero resistente non ha dato prova della mancanza di posti disponibili nell'ambito provinciale scelto dalla parte attrice nella propria domanda di mobilità, per cui aveva la possibilità di collocare il docente nell'ambito prescelto, o in uno degli ambiti della Regione Calabria viciniori al Comune di residenza, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità – e non poteva dunque negare il trasferimento in tali ambiti - deve essere accolta la domanda dell'istante e, conseguentemente, va

disposto il suo trasferimento definitivo nell'Ambito Territoriale per la Provincia di Catanzaro o, comunque, in uno degli ambiti della Regione Calabria viciniori al Comune di residenza, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità.

La domanda va accolta nei termini indicati in dispositivo, precisando che la pratica impossibilità per il giudicante di identificare e valutare in questa sede tutte le posizioni in comparazione determina la necessità di perimetrare il dispositivo nel senso di far salvi i diritti dei concorrenti che abbiano gli stessi o maggiori precedenze e punteggio della parte ricorrente.

La peculiarità della questione giuridica controversa, le decisioni di segno opposto (cfr., da ultimo, ord. Cass. n. 4677/2021 del 08.02.2021) e le previsioni della vigente contrattazione collettiva che hanno indotto il MIUR a non riconoscere il diritto in esame suggeriscono l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- in accoglimento della domanda, disapplicati i contrari atti denunciati, dichiara il diritto di parte ricorrente alla precedenza, ex art. 33 L. n. 104/92, per l'assistenza al familiare disabile e ordina al MIUR di trasferirla presso l'ambito territoriale della Provincia di Catanzaro, o, sussistendo in tale ambito altri soggetti più titolati, ad altre scuole di uno degli ambiti della Regione Calabria viciniori al Comune di residenza, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità;

- spese compensate.	
Catanzaro, lì 25.06.2021	

Il Giudice del Lavoro

dott. Francesco Aragona