



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE**

**SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Valentina Paglionico, in funzione di Giudice del Lavoro, all'esito del deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza ai sensi dell'art. 127-ter c.p.c., ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 3951/2020 promossa da:

[redacted], rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo La Cava e con lo stesso elettivamente domiciliata come in atti

**RICORRENTE**

**contro**

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO**, in persona del Ministro p.t., nonché **Ufficio Scolastico provinciale di Caserta**, in persona del legale rappresentante p.t., ed **Ufficio Scolastico provinciale di Roma**, in persona del legale rappresentante p.t.

**RESISTENTI CONTUMACI**

**RAGIONI DI FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con ricorso depositato in data 10.07.2020, la ricorrente indicata in epigrafe, premettendo di essere docente della scuola infanzia, assunta a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 01.09.2017 ed attualmente in servizio, in assegnazione provvisoria, presso I.C. [redacted], esponeva di aver partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n. 183 del 23.03.2020, presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale al fine di ottenere l'accertamento del proprio diritto alla

precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi degli artt. 33, comma 3, e 5 della legge n. 104/1992, indicando diversi comuni, scuole e province disposti secondo un proprio ordine di preferenza, così come consentito dalla stessa normativa di riferimento.

Affermava, in particolare, di aver indicato, quali sedi preferite, diverse scuole, comuni e distretti - meglio specificati in ricorso - chiedendo, con apposita istanza, l'accertamento del diritto alla precedenza, essendo il proprio genitore - sig.  - portatore di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992 e versando lo stesso - in base a quanto prospettato dalla ricorrente - in una condizione clinica per la quale non potrebbe attendersi alcun miglioramento, atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute sarebbe peggiorato al punto da divenire irreversibile.

Dedotto che non le veniva assegnata la precedenza richiesta *"e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 183/2020 attuativa del CCNI del 31.12.2019, prorogato sebbene la disponibilità dei posti"*, risultando la ricorrente assegnata, invece, presso una scuola di titolarità di Roma a partire dal 01.09.2020, conveniva in giudizio il Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro p.t., nonché l'Ufficio Scolastico Provinciale di Caserta, in persona del legale rappresentante p.t., e l'Ufficio Scolastico Provinciale di Roma, in persona del legale rappresentante p.t., chiedendo di *"1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv. del d. lgs. 165/01, dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2020/2021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 ( artt. 3, 21, 33) e dell'art 601 (T.U. scuola) nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della presso una delle sedi , scuole rientranti nel Comune di Grazzanise, Capua, Caserta, Castelvolturmo, Santa Maria Vetere, i distretti 017, 018, 020, 012, 013, 014, 015,016, e /o nella Provincia di Caserta e/o Napoli anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei padre e ciò con effetto immediato; 2. Accertare e dichiarare la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora e contestualmente ex art 700 c.p.c. emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto del ricorrente con particolare riferimento alla disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Caserta, Napoli scuola infanzia*

*pubblicato il 29.6.020 con il quale non è stata assegnata la precedenza al ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza al genitore disabile per gli anni scolastici 2020/2021 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 29.06.020 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso una delle sedi di cui alla domanda. 3. Conseguentemente e per l'effetto disporre il trasferimento presso una delle sedi, scuole rientranti nel Comune di Grazzanise, Capua, Caserta, Castelvolturmo, Santa Maria Vetere, i distretti 017, 018, 020, 012, 013, 014, 015,016, e /o nella Provincia di Caserta e/o Napoli, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei padre e ciò con effetto immediato; 4. In via istruttoria si chiede ex art 210 cpc che l'Ill.mo giudice voglia ordinare all'amministrazione resistente di esibire le domande di mobilità e relativi allegati dei docenti trasferiti nella provincia di Caserta e/o comunque in una delle sedi richieste dalla ricorrente, con le relative precedenze conseguite", con vittoria di spese e competenze del presente giudizio e con attribuzione.*

Instauratosi regolarmente il contraddittorio, le parti resistenti, pur raggiunte da regolare notifica, non si costituivano, rimanendo contumaci.

All'esito della discussione, riservata la decisione sulla domanda cautelare, il Giudice la accoglieva; fissata per la discussione del merito del ricorso ed acquisita la documentazione prodotta, all'udienza odierna, all'esito di trattazione disposta ai sensi dell'art. 127-ter c.p.c., sulle conclusioni di cui alle note scritte ritualmente depositate, la causa è decisa con sentenza.

Nella contumacia delle parti resistenti, il ricorso è fondato e merita, pertanto, accoglimento. Questo Giudice ritiene di dover confermare la decisione pronunciata in sede cautelare, che condivide e che richiama in questa sede.

Preliminarmente, occorre evidenziare, con riferimento alla richiesta di notifica del presente procedimento ai "controinteressati, che, sebbene l'invocata pronuncia possa determinare ricadute a cascata sull'assegnazione ai vari ambiti territoriali dei singoli docenti interessati alla mobilità interprovinciale e, dunque, di fatto recare un pregiudizio a questi ultimi, non si ritiene sussistente un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Invero, ferma restando la facoltà degli stessi di spiegare intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105 comma 2 c.p.c., non si ravvede un'ipotesi di litisconsorzio necessario, considerando che detta situazione si verifica laddove, per la particolare natura e configurazione del rapporto giuridico dedotto in

giudizio e per la situazione strutturalmente comune a una pluralità di soggetti, la decisione non può conseguire il proprio scopo se non è resa nei confronti di tutti tali soggetti (cfr. Cass. 6381/08; 4714/04).

Tanto premesso, si osserva che 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", né 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). Sulla necessità peraltro di dare all'art. 33 L. 104/1992 un'interpretazione costituzionalmente orientata, con riferimento alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata in Italia e approvata dall'UE, si vedano le recenti pronunzie della Suprema Corte (Cass. n. 22421/2015 e n. 25379/2016).

Ciò posto, la richiesta avanzata dalla ricorrente, con istanza di partecipazione alle operazioni di mobilità interprovinciale secondo le preferenze ivi specificatamente indicate, con diritto di precedenza *ex art. 33 l. 104/92*, essendo il padre della stessa,  portatore di stato di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 104/92 (tale status è provato dalla documentazione versata in atti e presentata al Ministero resistente, che nega detto diritto di precedenza unicamente fondandosi sulla lettera dell'art. 13 CCNI, che lo esclude per la mobilità interprovinciale), deve ritenersi fondata.

Né può ostare, al riconoscimento pieno di questo diritto, l'esistenza di una norma pattizia, quale quella dell'art. 13, punto V, CCNI sulla mobilità per l'a.s. 2016/17, che limita l'operatività del beneficio in questione e quindi l'operatività della specifica precedenza nelle operazioni di mobilità "solo tra i distretti dello stesso comune" ed all'interno della singola fase di mobilità, limitando la precedenza nella mobilità alle singole fasi della mobilità stessa, con ciò operando una applicazione legislativamente consentita delle previsioni di cui all'art. 33. La clausola pattizia appena citata, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità per singole fasi, escludendolo invece rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, con il solo limite della materiale disponibilità del posto

rivendicato, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co. 5 l. 5.2.1992 n. 104, 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 possibile" contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato.

Conclusivamente deve riconoscersi il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore dell'istante, nelle operazioni di mobilità interprovinciale - per l'A.S. 2020/2021, secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa.

Ciò, tuttavia, con la precisazione che il diritto del familiare lavoratore alla scelta della sede, per quanto già evidenziato, non è, infatti, illimitato e, pertanto, non può essere utilizzato quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, potendo in tal caso generare un danno per la collettività. In altri termini, dovendosi bilanciare gli interessi del familiare-lavoratore con gli interessi di copertura costituzionale che vengono in rilievo, il diritto di precedenza di cui si discute, a seconda delle specifiche situazioni fattuali in cui si intende esercitarlo, potrebbe, pertanto, risultare cedevole.

Nel caso di specie, a fronte della documentazione prodotta dalla ricorrente dalla quale si evince la disponibilità di posti, le resistenti, scegliendo di non costituirsi in giudizio, nulla provano.

Per tutti questi motivi, la domanda avanzata dalla ricorrente va accolta e, conseguentemente, va confermata la decisione pronunciata in sede cautelare.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, con attribuzione.

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

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di giudice del lavoro, respinta ogni diversa istanza, deduzione, eccezione, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) accoglie definitivamente il ricorso e, per l'effetto, previa disapplicazione dell'art. 13 comma IV del CCNI sulla mobilità docenti anno scolastico 2020/2021, dichiara il diritto di precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/92, in favore di   
 nelle operazioni di mobilità interprovinciale - per l'A.S. 2020/2021,

secondo l'ordine di preferenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa;

- 2) per l'effetto, condanna le resistenti al pagamento, in favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre IVA, CPA e rimborso forfettario come per legge, con attribuzione.

Si comunichi.

S. Maria C.V., 25.10.2023

Il Giudice

dott.ssa Valentina Paglionico