



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

Il giudice del lavoro, dott.ssa Cecilia Angela Ilaria Cassinari, all'udienza del 19 luglio 2021 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 3982 del Ruolo Generale lavoro e previdenza dell'anno 2020, avente ad oggetto: trasferimento,

TRA

PAGLIUCA Silvia, rappresentata e difesa, giusta procura in calce al ricorso, dagli avv. Gianni Emilio Iacobelli ed Emilio Iacobelli, presso il cui studio in Roma, via Panama 74, elettivamente domicilia,

RICORRENTE

E

Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro p.t., **Ufficio Scolastico Regionale per la Campania - Ambito Territoriale per la Provincia di Benevento**, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., rappresentati e difesi, ex art. 417 bis c.p.c., dal dott. Vito Alfonso ed elettivamente domiciliati in Benevento, piazza E. Gramazio n. 2/3, presso l'Ambito territoriale di Benevento,

RESISTENTI

Ufficio Scolastico Regionale per il Molise, in persona del legale rapp.te p.t.,

RESISTENTE CONTUMACE

NONCHÉ

tutti i docenti di scuola primaria coinvolti nelle operazioni di mobilità 2020/21

CONTROINTERESSATI

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato telematicamente l'11.11.2020 la ricorrente ha esposto:

- di essere docente di ruolo di scuola primaria, con sede di titolarità presso l'I.C. di Petacciato (CB) ma in servizio in utilizzazione provvisoria, per l'a.s. 2020/21, presso l'I.C. di Colle Sannita, su posto comune;
- di assistere in via esclusiva la madre convivente, sig.ra Annamaria Castelluzzo, vedova e disabile in situazione di gravità, e di usufruire dall'anno 2016 dei benefici di cui alla legge 104/92;
- di essere anche l'unica familiare a fruire dei suddetti benefici per l'assistenza prestata alla madre;
- di avere partecipato alle operazioni di mobilità per ottenere il trasferimento interprovinciale in provincia di Benevento, indicando quale prima scelta i distretti, comuni e province più prossimi alla residenza della madre e rendendosi disponibile, in quanto abilitata, anche all'insegnamento della lingua inglese;



- che alla domanda aveva allegato anche documentazione comprovante il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti prevista dall'art. 33, l. 104/92, sebbene la stessa non potesse essere indicata in domanda in quanto il sistema IOL non lo consentiva;
- di non avere ottenuto il movimento richiesto, nonostante la disponibilità di posti, assegnati a docenti privi di precedenza, partecipanti alla stessa o ad altre fasi delle operazioni di mobilità.

Tanto premesso ha convenuto in giudizio il Ministero, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni: "1) in via preliminare, per i motivi innanzi esposti, previa disapplicazione dell'Ordinanza Ministeriale n. 182 del 23.3.20 e del CCNI mobilità a.s. 2019/2020, valido per il triennio successivo perché in violazione della legge 104/92 e/o della Legge 297/94 e conseguentemente: 2) accertare e dichiarare l'illegittimità della procedura di mobilità e la nullità - annullabilità - inefficacia - illegittimità del diniego alla mobilità/trasferimento per l'anno scolastico 2020/2021), e, (per quanto di ragione), delle relative graduatorie allegate e, conseguentemente : 3) accertare e dichiarare il diritto della ricorrente: - a beneficiare della precedenza di cui alla l. 104/92, anche rispetto ai docenti appartenenti alla fase della mobilità provinciale e/o professionale, (o dei docenti appartenenti alla fase extraprovinciale) stante anche i numerosi posti disponibili; - e/o a beneficiare della precedenza, in quanto docente di ruolo, rispetto ai docenti neo immessi in ruolo, *ex lege* 297/94 4) e per l'effetto condannare le convenute, per quanto di ragione, a. all'immediata assegnazione della ricorrente presso la scuola, sede - ambito territoriale più vicino e disponibile secondo il criterio di vicinanza rispetto al domicilio/residenza del disabile in condizione di gravità (art.3 co. 3 L.104/92) - Benevento - su posto comune della scuola primaria, anche di lingua inglese, anche su posto in organico di potenziamento e/o in sovrannumero, e/o ancora su spezzoni-orario della medesima classe di concorso e/o su posti in organico di fatto e/o, ancora, su qualunque posto ovvero spezzone residuo al termine delle operazioni di mobilità annuale anche su cattedra orario esterna anche tra comuni limitrofi o ancora su posti accantonati di ogni tipologia, anche su progetti di arricchimento dell'offerta formativa, o di istruzione per l'età adulta; b. e/o, in subordine all'immediata assegnazione della ricorrente presso una delle sedi dalla stessa prescelte nelle relative domande di mobilità posto comune , scuola primaria - con precedenza rispetto ai docenti neo immessi in ruolo tenuto conto anche del punteggio maturato; 6) o, ancora più in subordine disporre ogni altro provvedimento più idoneo ad eliminare il pregiudizio subito e subendo per tutti i motivi sopradetti"; il tutto con vittoria di spese e onorari di causa come per legge, con distrazione in favore degli avvocati anticipatari.

Instaurato il contraddittorio si sono ritualmente costituiti il Ministero dell'Istruzione, l'USR Campania e l'ambito territoriale di Benevento, chiedendo il rigetto del ricorso; non si è invece costituito l'USR per il Molise.

La causa è stata rinviata per la discussione e all'esito dell'udienza odierna - svoltasi mediante lo scambio di note scritte depositate all'interno del fascicolo telematico, giusta quanto previsto dall'art. 221, comma 4 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 - è stata decisa con sentenza con motivazione contestuale.

Occorre premettere, quanto ai potenziali controinteressati – genericamente indicati in ricorso come “tutti i (potenzialmente) contro interessati coinvolti nella mobilità per l’anno scolastico 2020/21 a rischio di pregiudizio a seguito dell’eventuale accoglimento del presente ricorso” –, che la domanda va dichiarata improcedibile nei loro confronti, avendo parte ricorrente omissivo, nonostante ne avesse chiesto e ottenuto l’autorizzazione, di dare prova dell’avvenuta notifica del ricorso mediante pubblicazione sul sito del M.I., ai sensi dell’art. 151 c.p.c.

Ciò posto, le circostanze di fatto poste a base della domanda sono pacifiche e documentali.

La ricorrente è una docente di ruolo di scuola primaria, titolare nell’a.s. 2020/21 presso l’I.C. Principe di Piemonte di Termoli (CB), su posto comune, e assegnata provvisoriamente all’I.C. di Colle Sannita.

La docente ha partecipato alle operazioni di mobilità interprovinciale per l’a.s. 2020/21 al fine di ottenere il trasferimento nella provincia di Benevento, nella quale risiedono tanto lei quanto la madre Annamaria Castelluzzo, portatrice di handicap in situazione di gravità giusta decreto di omologa del 15.05.2017, alla quale rappresenta di prestare assistenza in veste di referente unica.

All’esito delle operazioni, alle quali ha preso parte con il punteggio di 55, più 6 punti per i figli e 6 punti per il comune di ricongiungimento, non ha ottenuto il movimento richiesto.

In questa sede lamenta, innanzitutto, l’illegittimità dell’art. 13 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo e A.T.A. per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22 sottoscritto il 6 marzo 2019, nella parte in cui esclude la possibilità di avvalersi della precedenza ex art. 33, commi 5-7 della l. 104/92 per i docenti che assistono un genitore disabile grave nell’ambito delle operazioni di mobilità interprovinciale.

L’art. 13, punto IV del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22 sottoscritto il 6 marzo 2019 dispone che “Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall’autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all’assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità. Successivamente tale precedenza è riconosciuta al coniuge del disabile in situazione di gravità. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità. Per beneficiare della precedenza prevista dall’art. 33, della legge n. 104/92, gli interessati dovranno produrre apposita certificazione secondo le indicazioni riportate nella O.M. che regola i trasferimenti. La predetta certificazione deve essere prodotta contestualmente alla domanda di trasferimento”.

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 nei trasferimenti interprovinciali della precedenza per il docente che assiste, in veste di referente unico, il genitore portatore di handicap in situazione di gravità.

In ciò, esso - come ritenuto da un consolidato orientamento, anche di questo Tribunale - si pone in contrasto con la norma primaria, in quanto riduce arbitrariamente il campo di applicazione del diritto di precedenza.

Ed invero, 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, 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" (comma 3) e 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" (comma 5).

Pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33 citato, 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".

Ciò premesso, il CCNI, all'art. 13, punto IV, 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. ... Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti. Tale precedenza permane anche nel caso in cui, prima del predetto comune o distretto sub comunale, siano indicate una o più istituzioni scolastiche comprese in essi. Detta precedenza si applica anche alla I fase dei trasferimenti, alle condizioni di cui sopra, limitatamente ai comuni con più distretti".

Nel caso di specie il possesso, da parte della docente, di tutti i requisiti per beneficiare della precedenza non è stato oggetto di specifica contestazione e comunque emerge dai documenti versati in atti (decreto di omologa del 15.05.2017, certificato di residenza storico rilasciato dal Comune di Benevento, attestante che la ricorrente convive con la madre in via Luigi Intorcia n. 23 e che il nucleo familiare convivente è composto soltanto da lei, dalla madre e dai due figli minori; dichiarazione personale ai sensi del D.P.R. 445/2000 ai fini della precedenza come referente unico, attestante la prestazione di assistenza alla madre in via continuativa ed esclusiva, il decesso del coniuge della disabile e la fruizione in via esclusiva dei tre giorni di permesso mensile). D'altronde, è pacifico che proprio in virtù dell'assistenza prestata alla madre la ricorrente abbia ottenuto l'assegnazione provvisoria presso l'I.C. di Colle Sannita. Inoltre, la ricorrente ha indicato quali prime preferenze, nell'ordine, vari istituti scolastici di Benevento (comune dove risiedono sia lei che la madre disabile), il

Comune di Benevento, vari distretti della provincia di Benevento, la provincia di Benevento e così via.

Occorre pertanto valutare la sussistenza di posti disponibili nella provincia di Benevento, verso la quale la precedenza opera.

Infatti, l'espressione "ove possibile", contenuta nell'art. 33, comma 5, della l. 104/1992, comporta che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, deve sussistere presso la sede richiesta la disponibilità di un posto compatibile dove lo stesso possa essere utilmente trasferito.

Ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere grava su colui che agisce in giudizio, e tale onere presuppone, a monte, la puntuale allegazione di tali fatti costitutivi; e nella fattispecie in esame non vi è dubbio che l'esistenza di un posto vacante e disponibile utile per il trasferimento sia un fatto costitutivo della domanda, e che pertanto il relativo onere (quanto meno) di allegazione gravi sulla parte ricorrente (cfr. Cass. Sez. L, Sentenza n. 1396 del 25/01/2006 in tema di applicazione dell'art. 33, quinto comma, l. 104/1992).

Il procedimento per i trasferimenti è regolato dall'art. 6 del CCNI mobilità del 6.03.2019, che prevede che "Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano in tre distinte fasi: I fase: Trasferimenti all'interno del comune; II fase: Trasferimenti tra comuni della stessa provincia; III fase: mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale" (comma 2) e che "Le operazioni di cui al comma 2 sia per la mobilità professionale che per la mobilità territoriale avvengono secondo l'ordine definito dall'allegato 1 e si svolgono secondo la tempistica prevista nelle relative Ordinanze Ministeriali" (comma 5).

L'art. 33, l. 104/92 non attribuisce al dipendente pubblico un diritto assoluto alla scelta della sede, giacché esso – come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" – può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico – in un danno per l'interesse della collettività.

Nel caso della mobilità scolastica il bilanciamento fra le contrapposte esigenze è stato effettuato a priori dalle parti sociali, in quanto se è vero che il CCNI mobilità prevede l'operatività della precedenza per i portatori di handicap (e per coloro che assistono i portatori di handicap) soltanto a determinate condizioni e in ogni caso limitatamente alla fase di valutazione della domanda dell'interessato, è anche vero che la contrattazione collettiva regola anche il diverso strumento delle assegnazioni provvisorie, che consente di assicurare tutela a situazioni che ne rimarrebbero escluse in base alla disciplina della mobilità. Infatti le assegnazioni provvisorie vengono disposte, anno per anno, sui posti disponibili in virtù dell'adeguamento dell'organico alle situazioni di fatto dopo l'esaurimento delle operazioni di mobilità territoriale e professionale, e sono previste dalla contrattazione integrativa per far fronte a necessità del personale, tassativamente indicate (esigenza di ricongiungersi ai figli minori, al coniuge, al partner o al genitore convivente, oppure gravi motivi di salute), ritenute meritevoli di tutela.

x

Pertanto, possono essere posti a confronto soltanto docenti che abbiano partecipato alla medesima fase (provinciale/interprovinciale).

Fatta questa necessaria premessa, risulta dall'estratto del bollettino dei trasferimenti (doc. 11 ricorso) che sono stati disposti verso la provincia di Benevento, su posto comune, diversi trasferimenti interprovinciali, di cui sei hanno riguardato docenti privi di precedenza; anche su posto di sostegno per minorati psicofisici (pure richiesto dalla ricorrente in via subordinata) sono stati trasferiti docenti provenienti da altre province e privi di precedenza.

Può conseguentemente ritenersi provato che, qualora il CCNI non avesse illegittimamente circoscritto l'applicabilità della precedenza, la ricorrente avrebbe ottenuto il trasferimento in provincia di Benevento.

Va quindi dichiarato il diritto della ricorrente al riconoscimento della precedenza e al trasferimento su posto comune/di sostegno presso la sede disponibile più vicina al domicilio della persona da assistere, sito in Benevento, facendosi ordine all'amministrazione resistente di disporre il trasferimento.

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

P.Q.M.

Il giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, previa declaratoria di illegittimità dell'art. 13, punto IV del CCNI del 6.03.2019 dichiara il diritto della ricorrente di beneficiare della precedenza ex art. 33, commi 5-7, l. 104/92 nei trasferimenti interprovinciali;
- 2) per l'effetto, ordina all'amministrazione resistente di disporre il trasferimento della ricorrente, su posto comune o di sostegno, presso la sede disponibile compresa nella provincia di Benevento più vicina al domicilio della persona da assistere (Benevento);
- 3) condanna il MIUR a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida in euro 1.800,00 oltre rimborso forfettario spese generali, IVA e CPA come per legge, da attribuirsi ai procuratori anticipatari.

Benevento, 19 luglio 2021.

Il Giudice
Cecilia Angela Iliaria Cassinari





TRIBUNALE ORDINARIO DI BENEVENTO

REPUBBLICA ITALIANA – IN NOME DELLA LEGGE

Comandiamo a tutti gli Ufficiali Giudiziari che ne siano richiesti, a chiunque spetti, di mettere in esecuzione il presente titolo, al Pubblico Ministero di darvi assistenza ed a tutti gli Ufficiali della Forza Pubblica di concorrervi quando ne siano legalmente richiesti.

Il Funzionario Giudiziario
(Dr. Paolo Piscitelli)



La presente copia è **conforme all'originale** e si rilascia in forma esecutiva, e per la prima volta, a richiesta degli **Avv. Gianni Emilio Iacobelli ed Emilio Iacobelli** – in proprio – per uso notifica ed esecuzione.
Benevento, lì 29/10/2021

Il Funzionario Giudiziario
(Dr. Paolo Piscitelli)



Lo sottoscritto digitalmente avv. Gianni Emilio Iacobelli, quale difensore di Pagliuca Silvia, attesto, ai sensi dell'art. 16 decies DL 179/12, come introdotto dall'art. 19 DL 83/2015 conv. in legge 132/2015, che la copia informatica della Sentenza n. 901/2021 emessa dal Tribunale di Benevento, sezione lavoro, in data 19/7/2021, depositata in pari data e munita di formula esecutiva il 29/10/2021 che precede la presente attestazione è copia per immagine conforme all'originale dell'atto analogico in mio possesso.
Lì, 18/11/2021

Firmato digitalmente
Avv. Gianni Emilio Iacobelli

