

Avv. Giuseppe Minissale
via Dogali 1/A is. 222
98122 Messina
tel./fax 090711758
avvocatogiuseppeminissale@pec.it

Tribunale di Messina - Sez. Lavoro

Ricorso ex art. 414 cpc

con contestuale richiesta di notifica ex art. 151 cpc

Il sig. **Salvatore Lincon**, nato a Messina, il 08.07.1968, ivi residente, via Noviziato Casazza, 62, c.f. LNCSVT68L08F158O, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Minissale (MNSGPP74L10F158T) e presso lo stesso elettivamente domiciliato in Messina, via Dogali 1/A, avvocatogiuseppeminissale@pec.it, giusta procura in foglio separato depositata in uno al presente atto

contro

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Roma, Viale Trastevere, 76/A, domiciliata *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina, via dei Mille, 65, ads.me@mailcert.avvocaturastato.it;

e nei confronti di tutti i docenti controinteressati che hanno ottenuto il trasferimento all'esito delle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2021/2022 e 2022/2023 in sedi indicate dal ricorrente quali preferenze e, in ragione dell'elevato numero e della difficoltà di reperirne i recapiti, si chiede fin d'ora di autorizzare, ex art. 151 c.p.c., la notifica attraverso la pubblicità/pubblicazione a mezzo dei canali istituzionali, giusta istanza che si allega al presente ricorso



Premessa

1. Il ricorrente è stato assunto in data 01.12.2015 (**doc. 1**), con decorrenza dall'01.09.2015, quale docente di scuola secondaria di secondo grado classe A019 (oggi A046 tipo posto comune) con contratto a tempo indeterminato dal Ministero resistente in virtù del piano straordinario di assunzione ai sensi dell'art.1, co.98, lettera c) della Legge 107/2015 (cosiddetta "Buona Scuola");
2. lo stesso, all'esito del piano straordinario di mobilità nazionale per l'a.s. 2016/2017, frutto della Legge 107/15, è stato assegnato a Firenze, ove risulta titolare;
3. il docente, giusta provvedimento di assegnazione provvisoria (**doc. 2**) è in servizio a Messina per il corrente anno scolastico;
4. con ordinanza n. 106 del 29.03.2021 (**doc. 3**), è stata disciplinata la mobilità del personale docente in applicazione del CCNI sottoscritto il 06.03.2019 (**doc. 4**);
4. secondo la tempistica indicata, il ricorrente ha inoltrato domanda di mobilità 2021/2022 (**doc. 5**) indicando 3 scuole, 4 comune e 3 provincia, specificando; per l'anno 2022/2023 ha inoltrato domanda di mobilità (**doc. 6**) indicando 1 scuola, 3 comune e 3 provincia, inoltre, di avere **diritto di precedenza ex art. 33, co. 5 e 7 L. 104/92** all'assegnazione presso gli ambiti della provincia di Messina per assistere la



madre disabile grave (art. 3, co.3 l. 104/92), in qualità di *caregiver*, giusta documentazione allegata alla domanda (**doc. 7**);

5. all'esito della convalida della domanda di mobilità 2021/2022 da parte dell'Ufficio scolastico (**doc. 8**), al ricorrente è stato attribuito il punteggio di 33, oltre 6 punti per il comune di ricongiungimento, senza riconoscergli nè la precedenza di legge, atteso il grave stato di salute del familiare (madre) che assiste come comprovato dalla documentazione medica e ben noto all'Ufficio che, tuttavia, non ha consentito, diversamente da quanto normativamente previsto, l'indicazione in domanda di detta precedenza;

6. successivamente, con ordinanza n. 45 del 25.02.2022 (**doc. 9**) è stata disciplinata la mobilità del personale docente in applicazione del CCNI sottoscritto il 18.05.2022 (**doc. 10**);

7. al ricorrente all'esito della mobilità sono stati attribuiti 45 punti, oltre 6 per il comune di ricongiungimento, senza tuttavia riconoscergli la precedenza (**doc. 11**);

Ebbene, al ricorrente è stato negato il diritto di precedenza nell'assegnazione in una delle sedi del comune dove presta assistenza, ovvero altro viciniore come indicati in domanda in ragione del diritto ai benefici di cui all'art. 33 co. 5 e 7 l. 104/92 essendo l'unico soggetto che assiste un familiare



disabile grave (genitore, parente o affine entro il secondo grado) ex art. 3, co. 3 l.104/92.

Non v'è dubbio, pertanto, che il ricorrente abbia diritto, previa verifica delle condizioni di legge per il riconoscimento della precedenza, ignorata dagli Uffici scolastici, all'assegnazione in una delle sedi dallo stesso indicate in domanda in ragione del suo diritto ai benefici di cui all'art. 33 l. 104/92 (Cass. Civ. sent. n. 12729/17 e n. 24015/17); ciò anche attesa l'illegittimità del mancato trasferimento che sta comportando grave nocumento dei diritti costituzionali di un soggetto particolarmente debole e la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In *subiecta materia*, per come precisato da diversi precedenti della giurisprudenza di merito (Trib. di Napoli 07.09.16; Trib. di Foggia 05.10.16), la domanda spiegata in ricorso è volta all'ottenimento della corretta assegnazione di sede in uno degli ambiti territoriali di Messina, anche in sovrannumero, e non già l'ottenimento di una sede già assegnata ad altri; pertanto, non ricorrendo alcun rapporto plurisoggettivo a carattere unitario, non si ravvisa l'opportunità di estendere il giudizio ad altri soggetti anche in ragione del potere riconosciuto all'Ufficio scolastico di assegnare i docenti in sovrannumero (Trib. di Vercelli 03.01.17); ci si rimette, in



ogni caso, alle determinazioni di codesto On.le Tribunale (Cass. Civ. sent. n. 4714 del 09.03.2004).

Si precisa, altresì, che nella fattispecie *de qua* sussiste la giurisdizione ordinaria in quanto trattasi della fase esecutiva del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. e, precisamente, l'ordinanza impugnata riguarda le modalità attuative della l. n. 107 del 2015 e del CCNI concernente la mobilità del personale docente. Il provvedimento impugnato è atto di mera gestione della mobilità del personale scolastico in relazione a rapporti di lavoro già in essere e non costituisce atto di macro-organizzazione. Ciò è quanto recentemente ribadito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con sentenza n. 8821/2018 (**doc. 12**) in *subiecta materia*.

Nella fattispecie in esame, il prof. Lincon, all'esito delle operazioni di mobilità, non ha ottenuto il movimento richiesto con conferma della sede assegnatale, ovvero Firenze; ciò, tuttavia, non vale a radicare la competenza per territorio del Tribunale veneto, atteso che lo stesso ha accettato l'assegnazione provvisoria presso l'Usp di Messina, ricadente nella circoscrizione del Tribunale adito che, pertanto, è l'unico ufficio competente a poter decidere della controversia. Questo il principio enunciato dalla Suprema Corte (Cass. Civ., sez. VI, ord. n. 6458 del 15.03.18) secondo cui "...nelle



controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la competenza per territorio va determinata, secondo quanto previsto dall'art. 413 c.p.c., in coerenza con la finalità legislativa di rendere più funzionale e celere il processo radicando la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio, di talchè il giudice competente dev'essere individuato in relazione al luogo in cui il lavoratore presta effettivo servizio (purchè dotato di un minimo di struttura sufficiente per la sua operatività) e non invece in relazione al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne della singole amministrazioni (Cass. nn. 21562 del 2007, 3111 del 2012); che, conseguentemente, la disposizione di cui all'art. 413 comma 5° c.p.c., secondo la quale competente per territorio nelle controversie elative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto, va interpretata nel senso che, in caso di utilizzazione temporanea del dipendente presso altro ufficio appartenente alla stessa amministrazione, la competenza per territorio va senz'altro determinata con riguardo al luogo in cui il lavoratore presta



effettivamente servizio, tale accezione essendo l'unica compatibile con l'anzidetta ratio legis, che l'art. 413 comma 5° c.p.c. condivide con quella che ispira la disciplina dei precedenti commi 2° e 4°; contrari argomenti non possono desumersi dalla circostanza che l'utilizzazione del dipendente presso l'ufficio di destinazione avvenga in via temporanea, dovendo logicamente circoscriversi la rilevanza della temporaneità dell'assegnazione (e la conseguente persistenza della competenza territoriale del foro nella cui circoscrizione ricade l'ufficio a quo) ai soli casi di comando o distacco che importino l'impiego del dipendente medesimo presso altra amministrazione o altro ente pubblico; in tale preciso senso va senz'altro ribadito che il comando o distacco, così come ogni tipo di utilizzazione e/o assegnazione provvisoria del pubblico dipendente, non implicando alcuna cesura nel rapporto di servizio del dipendente, non hanno rilievo ai fini dell'individuazione del foro competente per territorio, non potendo dirsi altrettanto allorché l'utilizzazione temporanea venga disposta da un ufficio all'altro della stessa amministrazione (o dello stesso ente) di appartenenza, diventando in questo caso l'ufficio ad quem nient'altro che l'ufficio al quale il dipendente è addetto; diversamente argomentando si finirebbe con il contraddire il principio già ricordato secondo cui il giudice competente nelle controversie



dei pubblici dipendenti dev'essere individuato in relazione al luogo in cui il lavoratore presta effettivo servizio e non invece in relazione al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne delle singole amministrazioni, così vulnerandosi la ratio legis di radicare la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari la giudizio" (doc. 13).

Le ragioni di diritto per le quali il Giudicante dovrà ritenere fondata la domanda sono le seguenti.

1. Mancato riconoscimento della precedenza ex l. 104/92. Violazione e falsa applicazione dell'art. 601 del D. Lgs. n. 297/94. Violazione e falsa applicazione della legge 107/2015. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione. Deroga illegittima ad una norma di rango superiore da parte del CCNI. Eccesso di potere.

L'odierno ricorrente gode del diritto di precedenza previsto dalla legge 104/92, atteso che la madre, di cui lo stesso è l'unico referente, versa in situazione di *handicap* con i connotati della gravità di cui all'art. 3 comma 3 della suddetta legge, come da documentazione in atti (*cfr. doc. 7*).

Il docente, proprio in ragione delle condizioni familiari che lo individuano quale unico familiare che assiste un soggetto



disabile grave, ha inoltrato domanda di mobilità interprovinciale per entrambe le annualità, senza, tuttavia, ottenere il movimento richiesto.

Al ricorrente, infatti, non è stata riconosciuta la precedenza di cui all'art. 33 l. 104/92 che gli avrebbe consentito di collocarsi in posizione utile per l'assegnazione definitiva in una delle sedi prescelte, così come risulta *per tabulas* dai bollettini dei trasferimenti, a Messina (**doc. 14-15**), Catania (**doc. 16-17**), Siracusa (**doc. 18**), Ragusa (**doc. 19**), Palermo (**doc. 20**) e Reggio Calabria (**doc. 21-22**) e Roma (**doc. 23**); circostanza di non poco conto!

Il Ministero ha operato un'ingiustificata ed illogica discriminazione all'interno della medesima categoria di docenti che hanno presentato domanda di trasferimento interprovinciale in Sicilia: da un lato in favore di coloro che, pur essendo privi di qualsivoglia forma di precedenza, sono stati soddisfatti nelle loro richieste di trasferimento e dall'altro ai danni del ricorrente, e soprattutto del disabile da lui assistito, al quale è stato, invece, negato il trasferimento nonostante lo stesso provveda ad assistere alla disabile grave ex art. 33, co. 5 e 7 l. 104/92.

Il trasferimento e/o permanenza del ricorrente presso un ambito territoriale così lontano dalla propria residenza rischia di pregiudicare in maniera infausta i diritti del



genitore disabile che, proprio in quanto persona svantaggiata, avrebbe necessitato di maggior tutela da parte dell'amministrazione e dall'intero tessuto sociale; si chiede, pertanto, che codesto On.le Tribunale ponga rimedio all'illegittima condotta del Ministero resistente.

Nel contesto della procedura dei trasferimenti viene riconosciuta la precedenza al figlio che assiste un genitore disabile in situazione di gravità in qualità di referente unico, in forza dell'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/92, richiamato dall'art. 601 del d. l.vo n. 297/94.

L'art. 33 della legge 104/92 stabilisce, infatti, che **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"**.

L'unico limite al diritto del lavoratore è rappresentato dall'esistenza di comprovate specifiche esigenze datoriali che – a fronte della natura e del grado di infermità (psico-fisica) del familiare e in un equilibrato bilanciamento tra interessi – risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte.



È indiscutibile l'esigenza di dare un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, ma questo non può comportare che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile.

Il Ministero, nel diniego, non deve limitarsi ai dati numerici della pianta organica, a volte riportati anche in maniera contraddittoria e non trasparente, bensì valutare in concreto la possibilità di sostituire il lavoratore richiedente il trasferimento senza che questo possa incidere sul reale funzionamento dell'attività.

Invero, il diritto del dipendente ad ottenere il trasferimento a una sede di lavoro che consenta di prestare assistenza al parente disabile (*configurato, ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, con l'espressione "ove possibile"*) **non viene meno nel caso (...) non si dia adeguata prova delle ragioni oggettive che rendono prevalente l'interesse organizzativo a trattenere il dipendente nell'attuale sede e, dunque, recessivo l'interesse alla tutela del disabile al quale prestare assistenza** (Consiglio di Stato sez. III 10 novembre 2015 n. 5113).

La Sezione IV ha giustamente rilevato che "... spetta all'Amministrazione valutare l'istanza alla luce delle esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio ma,



*trattandosi di disposizioni rivolte a dare protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nella relativa applicazione deve comunque essere espressamente dettata e congruamente motivata". Non solo è stato ribadito l'obbligo di congrua motivazione, ma cosa più importante "... sussistendone le condizioni di legge l'Amministrazione può condizionare detto trasferimento, solo provando il bisogno di corrispondere **ad indeclinabili esigenze organizzative o di efficienza complessiva del servizio**, esigenze che nel caso di specie non risultano ricorrere in quanto, parte datoriale ha confermato la disponibilità di posti presso le sedi indicate dalla ricorrente.*

È palese che il Ministero non ha mai svolto o comunque esternato alcuna valutazione di eventuali ragioni organizzative o operative interne tali da prevalere sull'interesse privato del familiare disabile a ricevere la dovuta assistenza; né ha giustificato il proprio interesse a far permanere il lavoratore presso la sede di Firenze, così distante dalla residenza propria e del disabile.

L'operato del datore di lavoro è, pertanto, illegittimo ove abbia privato il lavoratore, in maniera incostituzionale, di una garanzia prevista per legge a tutela di soggetti particolarmente vulnerabili.



Secondo quanto disposto dal Tribunale di Vercelli “...È indiscutibile che il contratto risponda all’esigenza di dare un ordinato assetto all’organizzazione amministrativa, ma questo non comporta che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché, altrimenti, questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell’interesse organizzativo o economico del datore di lavoro” (**doc. 24**).

Il requisito dell'accertata gravità dell'*handicap* si compendia con un attento bilanciamento degli interessi contrapposti, tutti a copertura costituzionale: l'inamovibilità è connessa alla gravità dell'*handicap* e si giustifica per la particolare gravosità che lo spostamento, imposto, potrebbe generare sul soggetto disabile.

Tanto più se si considera che “...**i soggetti tutelati sono portatori di handicap in situazione di gravità, affetti cioè da una compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tale da "rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione", secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 3, comma 3, della L. n. 104 del 1992**”¹.

¹ Cass. Civ., sent. n. 25379/2016.



A sua volta, l'art. 601 del d.l.vo n. 297/94 (T.U. in materia di istruzione) afferma che **“gli articoli 21 e 33 della legge 104/92, 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).**

È evidente che il Ministero, col proprio operato, abbia violato tutti quei principi e le norme che il legislatore ha inteso porre a tutela dei soggetti più deboli, negando l'imprescindibile diritto della ricorrente alla cura ed assistenza del padre disabile grave.

L'art. 33, co. 5 L. 104/1992, infatti, si colloca all'interno di una legge contenente *“i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata”* ed avente come finalità la garanzia del 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 (cfr. art. 1 l. 104/1992); rappresenta, infatti, una disposizione attuativa dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione italiana (artt. 2, 3, 30, 32 e 38) che mira a favorire il benessere delle persone con disabilità grave.

La Cass. Sez. Lav. 12.10.2017 n. 24015 ha evidenziato “...la centralità del ruolo della famiglia nell’assistenza del disabile (da ultimo Corte Cost. 329/2011 e, in precedenza, Corte Cost. 233/2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell’esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia. Le misure previste dall’art. 33 comma 5 devono dunque intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo – riconducibile al principio sancito dall’art. 3 Cost., comma 2 – che deve trovare attuazione mediante meccanismi di



solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali. Va inoltre osservato che questa Corte (Cass. 9201/2012, 25379/2016, 22421/2015) ha affermato il principio secondo cui la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza il consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati – alla luce dell'art. 3 secondo comma Cost. e della Carta di Nizza che, al capo 3 riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana...la lettura dell'art. 33 c. 5 della l. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. 12911/2017, 25379/2016, 2210/2016). L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella



fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza...nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. 25379/2016, 9201/2012)".

Ciò a conferma di quanto già precedentemente affermato dalla Cass. Sez. Un. 27.3.2008 n. 7945, secondo cui "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”.

Sia l'ordinamento statale sia quello comunitario riconoscono una tutela speciale ai soggetti disabili.

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi del Giudice delle Leggi in *subiecta materia*, dei diritti che sia il Testo Unico in materia di istruzione sia la direttiva europea sono diretti a tutelare, rende evidente che la violazione delle dette norme da parte delle disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime ai sensi dell'art. 1418, 1° comma c.c.

Non v'è dubbio, pertanto, che il ricorrente abbia diritto all'assegnazione in una delle sedi richieste, nel pieno rispetto dei benefici cui ha diritto.

È evidente anche il macroscopico errore in cui è incorso il Ministero.

Addirittura paradossale risulta la circostanza che, a parità di condizioni, secondo la contrattazione collettiva venga riconosciuta precedenza a chi risulti già assegnato all'ambito provinciale escludendo, in maniera incostituzionale, un docente che, come nel caso che ci occupa, gode di una precedenza di legge a garanzia dei diritti di un soggetto debole che necessita di assistenza e cure continue.

Per il Ministero, allora, esisterebbero docenti di serie A e



docenti di serie B, attesa la differente situazione prospettata, avulsa da qualsiasi logica e comprensibile motivazione. Non solo. Se il Ministero ammette tale differenza tra docenti, per transitività, la stessa divergenza è applicata ai parenti infermi gravi. Da qui un legittimo corollario: i malati ed invalidi in *condicio* di gravità, genitori dei docenti della fase interprovinciale come il ricorrente, presentano minore dignità e diritto di tutela rispetto agli invalidi, genitori dei fortunati docenti della fase provinciale. Non c'è che dire; una condotta amministrativa totalmente avulsa da ogni logica e plausibile motivazione, estranea dall'attuale impianto normativo nazionale e comunitario.

Pertanto, la distinzione operata non trova alcun fondamento all'interno del quadro normativo di riferimento nazionale e comunitario, né all'interno del T.U. in materia scolastica (D.Lgs. 297/1994), che espressamente all'art. 601 riconosce tale precedenza in sede di nomina in ruolo oltre che in sede di mobilità, né all'interno della stessa Legge 107/2015, laddove non si rinviene alcuna disposizione che statuisca diversamente, ovvero che statuisca in senso contrario rispetto alla precedenza riconosciuta. Quanto previsto dall'O.M e dal CCNI vigenti è affetto, infatti, da illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento, poiché ha posto su due piani differenti i docenti interessati dalle predette fasi



di mobilità, senza che tale opzione sia giustificata dal quadro normativo di riferimento, né da ragioni oggettive che siano in grado di fondare tale distinzione.

Il contratto collettivo integrativo, limitando il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale anche per le ipotesi di “Personale con disabilità e personale che ha bisogno di cure continuative”, sacrifica in maniera illegittima, di fronte alle esigenze organizzative del settore scolastico, i diritti tutelati dalla Costituzione nonché dalla normativa comunitaria.

Trattasi di un evidente **paradosso discriminatorio** tra i docenti in quanto, se il **diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale**, perché è proprio nei trasferimenti tra province diverse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico, difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente.

La **disabilità** se c'è ed è provata *per tabulas* **vale sempre ed incondizionatamente** senza alcuna discriminazione tra i docenti e senza nocumento per i familiari disabili perché la *ratio legis* non è quella di concedere benefici al docente ma garantire al parente affetto da handicap la continuità dell'assistenza già in atto, onde evitare rotture traumatiche e



dannose.

Ne deriva, pertanto che la precedenza deve **“accordarsi in ciascuna fase delle procedure di trasferimento”** come già più volte affermato sia dalla giurisprudenza amministrativa con la pronuncia del 15.06.2018 (**doc. 25**)².

Sul punto si ritiene opportuno richiamare il Tribunale di Pordenone, il quale ha così statuito *“Va ritenuto in primis in tutta evidenza illegittimo l'art. 13 CCNI per la mobilità 12 aprile 2017 laddove consente il beneficio del diritto di precedenza per i soli trasferimenti provinciali escludendolo per quelli interprovinciali ed attribuendolo alla sola fase successiva delle assegnazioni provvisorie, ponendosi in ogni caso una fonte di rango secondario in palese contrasto: ...Con l'art. 601 D. Lvo n. 297/94 secondo cui “l'art. 33 nonché l'art. 21 legge 104/92 si applicano al personale di cui al presente testo unico (comma 1). Le predette norme COMPORTANO LA PRECEDENZA ALL'ATTO DELLA NOMINA IN RUOLO, DELL'ASSUNZIONE COME NON DI RUOLO E IN SEDE DI MOBILITÀ (comma 2)”* (Trib Pordenone, sezione lavoro, sentenza 59/2018 del 3/7/2018).

Lo Stato, allora, non può applicare trattamenti differenti tra

² Sul punto si è pronunciato il Tar con ordinanza n. 3634/2018 sospendendo l'ordinanza ministeriale n. 2017 del 09.03.2018, con la quale viene disciplinata la mobilità del personale docente per l'anno scolastico 2018/2019: **“... Ritenuta l'impugnata ordinanza confliggere con l'art. 33 co. 5 l. 104/1992, richiamato dall'art. 61 del Testo Unico sull'Istruzione, nella parte in cui esclude dal diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale il discendente di soggetto versante in handicap di particolare gravità ...”**



lavoratori appartenenti alla medesima categoria, soprattutto quando, il concetto di equiparazione, presenta una forte radice normativa.

Decisiva, ancora una volta, la tutela della categoria grazie all'applicazione della direttiva 1999/70 e le successive clausole, tese a *“migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione. Premesso ciò, sempre nella giurisprudenza europea si cita anche la clausola 5 dell'Accordo Quadro che ha come origine la già menzionata direttiva 1999/70: quella riguardante, nello specifico, «Misure di prevenzione degli abusi». A tal fine, si rammenta che «gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti»*. In conclusione, la terza sezione della curia europea ha stabilito che la tutela del personale precario previsto dalla “direttiva 1999/70/CE del Consiglio,



del 28 giugno 1999” e successive clausole, in particolare la “4, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”. La Corte di Giustizia UE ha chiarito che la nozione di ragioni oggettive “dev’essere intesa nel senso che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguano il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui si iscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria”.

Dette disposizioni, in quanto dirette a dare attuazione ai fondamentali principi di solidarietà sociale, non possono essere derogate neppure da parte dei contratti collettivi e,



comunque, se deroghe pattizie alla legge sono ammissibili ciò è consentito solo nel caso in cui le parti collettive abbiano introdotto clausole legittime. Di conseguenza, le stesse non possono ritenersi implicitamente abrogate da fonti di rango secondario neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. Ne deriva che le norme del CCNI, nella parte in cui dispongono le diverse priorità prevedendo un sistema di preferenze sostanzialmente elusivo del disposto della previsione normativa in modo da non dare precedenza assoluta nella mobilità interprovinciale ai docenti che assistono genitori in condizione di handicap grave, devono ritenersi nulle per contrarietà a norme imperative, quali le previsioni del diritto dell'Unione e le regole dettate dalla normativa interna speciale del settore scolastico (Testo Unico), con la conseguente sostituzione di diritto della clausola nulla con la prefata disposizione imperativa.

Come già detto, il requisito dell'accertata gravità dell'*handicap* si compendia con un attento bilanciamento degli interessi contrapposti, tutti a copertura costituzionale: quello privato alla tutela dell'handicap e quello pubblico alla tutela delle esigenze organizzative della P.A..



È questo il **limite oggettivo** indicato dall'art. 33, comma 5 L.104/92 nella locuzione **“ove possibile”** che fa riferimento alle esigenze tecniche, organizzative e produttive della pubblica amministrazione (nella fattispecie *de qua* da un lato la vacanza di organico dall'altro la materiale disponibilità del posto rivendicato) il cui onere della prova grava sull'amministrazione scolastica (Cass. Sez. lav. sentt. n. 12729/2017, n. 3896/2009, n. 7945/2008, n. 1396/2006; Tar Lazio, n. 6609 del 2008). Sussiste, pertanto, in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente presso le sedi dallo stesso indicate (Cass. Sez. lav. sent. n. 6150/2019).

Secondo la ricostruzione normativa operata, peraltro aderente alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale, nel giudizio di contemperamento tra interessi contrapposti, risulta lapalissiana la prevalenza delle esigenze della particolare gravità della disabilità rispetto a quelle della Pubblica Amministrazione.

Nella fattispecie in esame, dunque, vista la natura e la gravità dell'infermità psico-fisica del soggetto disabile, **al ricorrente deve essere attribuito il diritto di precedenza di cui all'art. 33 co. 5 e 7 L. 104/92 con assegnazione della sede di servizio nell'ambito territoriale del comune di residenza del familiare disabile o in quelli a questo più**



prossimi, secondo le preferenze indicate in domanda;
ambiti nei quali sono stati preferiti altri docenti privi di
precedenza. Ciò al solo ed unico fine di consentire
all'odierno ricorrente di poter continuare a prestare
assistenza al familiare disabile grave, anziana e ammalata

(Trib. Cosenza Ord. del 29.09.21; Trib. di Palermo sent. del 16.06.21; Trib. Messina, sent. del 03.05.22; Corte di Appello di Firenze sent. Del 28.10.2021; Corte di Appello di Roma sent. n. 3281/22) (**docc. 26-30**).

Orbene, nessuno dei superiori principi è stato applicato dagli Uffici del Ministero dell'Istruzione che stanno negando un imprescindibile diritto del ricorrente alla cura ed assistenza della madre disabile.

Invero, il Ministero, con il proprio comportamento, in spregio alla Carta Costituzionale, ha creato "fasce" di docenti preferendone alcuni rispetto ad altri, abiurando i principi di buon andamento dell'Amministrazione allorquando, in tal guisa, è facile incorrere in arbitrii ed abusi, che, nel caso che ci occupa, si sono puntualmente verificati!

Tale *modus operandi* ha generato la violazione del principio di uguaglianza, creando un procedimento aberrante ed illogico, oltre che ingiusto.

Invero ci troviamo dinnanzi ad una irrazionale diversificazione di soggetti con situazioni uguali che ha di



fatto limitato la tutela dei docenti trasferiti in favore di altri, per la quale non emerge alcuna obiettiva ragione giustificatrice, che va a compromettere le legittime aspettative ed i diritti del ricorrente.

In realtà ci troviamo dinnanzi alla violazione non solo degli imprescindibili principi costituzionali posti a tutela della famiglia, ma anche di quanto stabilito dalla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo che sancisce la tutela dell'unità familiare, valore garantito dagli artt. 29, 30, 31 e 37 della Costituzione.

Ciò determinerà, al termine del periodo di assegnazione provvisoria, un pregiudizio "irreparabile" non solo per l'odierno ricorrente, ma soprattutto per il soggetto disabile, atteso che a causa della lontananza il docente sarebbe impossibilitato a provvedere alle cure e ai bisogni immediati dello stesso, con conseguente danno ingiusto e non risarcibile ed inevitabili ricadute negative sullo stato psico-fisico di un soggetto debole e svantaggiato, in quanto ammalato, privato, senza colpa, delle amorevoli cure del figlio, che, invece, necessiterebbe di maggior tutela da parte dell'intero tessuto sociale e che sono compiutamente riconosciute dalla normativa interna, ordinaria e costituzionale, e da quella europea; principio già applicato dall'On.le Tribunale adito (**docc. 31-32**).



Sulla disponibilità dei posti e sulla manifesta violazione dell'art. 70 del D. Lgs. n. 297/94 e conseguente nullità e diritto alla disapplicazione dell'art. 8 del CCNI.

Il contingente utilizzato ai fini dei trasferimenti interprovinciali è stato dimezzato illegittimamente con conseguente nullità e relativo diritto alla disapplicazione del contratto collettivo e della pedissequa ordinanza in parte de qua.

E ciò in quanto i posti destinati alle immissioni in ruolo avrebbero dovuto essere utilizzati ai fini della mobilità, soddisfacendo così le domande degli aspiranti che sono titolari di una precedenza prevista per legge. Una deroga illegittima anche in considerazione della circostanza che il CCNI e gli atti ad esso connessi sono atti normativi inferiori rispetto al T.U. art. 470.

Con decreti cautelari nn. 3053 del 23.4.2020 e 3165 del 24.4.2020 del Tar del Lazio sono state accolte le richieste di misure cautelari, alla luce dell'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 3722/2019, secondo cui nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni va attribuita prevalenza alla prima, ai sensi dell'art. 470, primo comma, del D.Lgs. n. 297/1994, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative: infatti, la norma esprime il principio della



preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto all'assegnazione di sede per le nuove nomine ed in tali termini devono intendersi accolte le istanze cautelari. Questa gestione da parte del Ministero, quindi va contro il regolamento previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in cui è prevista la precedenza della mobilità rispetto alle immissioni.

Concetto ribadito anche dalla Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza n. 12559 del 18 maggio 2017, che si è pronunciata sulla possibilità, nell'ambito del pubblico impiego, di applicabilità delle regole della mobilità prima di dar inizio allo scorrimento della graduatoria di un concorso". Indi, nonostante siffatti disposti normativi, la contrattazione collettiva integrativa valevole per gli anni 2019/2022 – 2022/2025 ha eluso il principio di prevalenza dei trasferimenti interprovinciali sulle immissioni in ruolo.

Difatti dalla lettura dell'articolo 8 del CCNI si ricava che: per le immissioni in ruolo autorizzate per ciascun anno scolastico del triennio viene accantonato il cinquanta per cento delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali con evidente violazione del dato normativo che così invece recita *“in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il*



completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”.

All'evidenza, la contrattazione collettiva non implementa il dettato normativo, secondo cui le immissioni in ruolo devono essere compiute sui posti residuati all'esito della mobilità. Ciò dimostra, pertanto, che ai posti disponibili indicati devono aggiungersi quelli illegittimamente sottratti in forza delle aliquote applicate dal CCNI a favore delle immissioni in ruolo tanto ciò è vero che, a fronte di cattedre disponibili nella scuola secondaria di II Grado classe di concorso A046 (**doc. 33**), sono stati effettuati trasferimenti in numero nettamente inferiore (cfr. doc. 14-15).

Tutto ciò premesso, il sig. Lincon Salvatore, come sopra rappresentato e difeso, chiede, previa fissazione di un'udienza per la comparizione delle parti con termine per la notifica, l'accoglimento delle seguenti

domande

- a. Ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente a godere dei benefici di cui all'art. 33 l. 104/92;
- d. conseguentemente ritenere e dichiarare illegittimo il mancato trasferimento del ricorrente;
- e. ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 l. 104/92, ad essere trasferito presso il comune di residenza del soggetto assistito, ovvero presso la



provincia di Messina o comunque in una delle preferenze indicate;

f. in subordine, ritenere e dichiarare illegittimo il mancato trasferimento e la permanenza presso la sede di Messina e ordinare l'assegnazione del docente, anche in sovrannumero a Messina, residenza del soggetto disabile assistito, per violazione dell'art. 470 del D.Lgs. n. 297/1994.

g. con vittoria di spese e compensi di giudizio.

Si dichiara, che il valore della presente controversia è indeterminabile e che il contributo unificato pari ad € 259,00 è stato interamente versato.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 170 c.p.c., si dichiara di voler ricevere le comunicazioni relative alla presente controversia via fax all'indirizzo di posta certificata avvocatogiuseppeminissale@pec.it ovvero a mezzo fax al numero 090711758.

Si allegano: 1) contratto di assunzione; 2) Provvedimento assegnazione provvisoria; 3) ordinanza n. 106 del 29.03.2021; 4) CCNI mobilità 2019; 5) domanda di mobilità 2021/2022; 6) domanda mobilità 2022/2023; 7) documentazione medica ex art. 33 l. 104/92; 8) comunicazione punteggio 2021/2022; 9) ordinanza n. 45 del 25.02.2022; 10) CCNI mobilità 2022; 11) comunicazione punteggio 2022/2023; 12) SS. UU. sentenza n. 8821/2018;



13) Cass. civ. ord. n. 6458 del 15.03.2018; 14-15) bollettini Usp Messina 2021-2022; 16-17) bollettini Usp Catania 2021-2022; 18) bollettini Usp Siracusa 2021; 19) bollettini Usp Ragusa 2021; 20) bollettini Usp Palermo 2021; 21-22) bollettini Usp Reggio Calabria 2021-2022; 23) bollettini Usp Roma 2022; 24) Tribunale Vercelli sent. 12.01.2017; 25) Tar n. 3634/18; 26) Trib. Cosenza Ord. del 29.09.21; 27) Trib. di Palermo sent. del 16.06.21; 28) Trib. Messina, sent. del 03.05.22; 29) Corte di Appello di Firenze sent. del 28.10.2021; 30) Corte di Appello di Roma sent. n. 3281/22; 31-32) Tribunale di Messina sentt. del 11.05.21 e del 10.06.21; 33) disponibilità immissioni in ruolo.

Messina, 28 ottobre 2022

Avv. Giuseppe Minissale

Tribunale di Messina – Sez. Lavoro

Istanza



per la determinazione delle modalità della notifica ex

art. 151 cpc

Il sottoscritto Salvatore Lincon, rappresentato e difeso come in atti, giusta mandato in calce al ricorso sopra trascritto,

premessso che

- Il ricorso ha per oggetto l'accertamento del diritto della ricorrente all'attribuzione del diritto di precedenza ex art. 33 l. 104/92, nonché all'assegnazione presso la provincia di Messina, comune di residenza del soggetto assistito all'esito delle contestate operazioni di mobilità 2021 e 2022;
- Ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso *ut supra* deve essere notificato **a tutti i docenti potenzialmente controinteressati, che hanno ottenuto il trasferimento** all'esito delle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2021/022 e 2022/2023 in sedi indicate dal ricorrente quali preferenze, i quali, **in virtù del riconoscimento della precedenza, potrebbero risultare scavalcati in graduatoria dal ricorrente.**

Rilevato che

- La notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe oltremodo gravosa atteso l'altissimo numero di controinteressati residenti in tutti i Comuni italiani, e arrecherebbe un ingiusto pregiudizio per la ricorrente attese le ragioni di urgenza sottese al ricorso;



- ai sensi dell'art. 150, comma primo, del codice di procedura civile *“Quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici proclami”*.

Considerato che

- la tradizionale notificazione per pubblici proclami prevede che sia pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale un semplice sunto del ricorso;

- l'efficacia di tale forma di notificazione è stata più volte messa in dubbio e significative, al riguardo, sono le affermazioni contenute nella decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 19 febbraio 1990, n. 106, “[...] *Non pare possa ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino - potenziale convenuto in un giudizio - di prendere visione costante del Foglio degli annunci legali della Provincia o della Gazzetta ufficiale, nei quali il sunto del ricorso viene pubblicato [...]*”;

- anche quando, per mera ipotesi, la notificazione per pubblici proclami raggiunga il suo scopo in punto di fatto, rimane pur sempre un'intrinseca disparità di trattamento tra il destinatario della notificazione effettuata nei modi ordinari



e chi abbia acquisito la conoscenza della pendenza del giudizio mediante l'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in quanto il destinatario della notificazione ordinaria, disponendo del testo integrale del ricorso, potrà valutare la sua fondatezza e decidere se costituirsi o meno in giudizio mentre il destinatario della notificazione per pubblici proclami potrà/dovrà costituirsi in giudizio sostenendo le relative spese al solo fine di poter estrarre copia integrale del ricorso, essendo evidente che da un "sunto" non possano trarsi serie previsioni sull'esito della lite;

- la pubblicazione sulla G.U. appare comunque oltremodo onerosa per il sig. Lincon Salvatore;

- già l'art. 12 della L.21 luglio 2000, n. 205, seppur successivamente abrogato con l'entrata in vigore del D. Lgs. 104/2010, nuovo codice del processo amministrativo, aveva previsto la **facoltà, per il Giudice adito, di autorizzare la notifica con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o telefax, ai sensi dell'art. 151 c.p.c.;**

- il **TAR Lazio**, riconoscendo la necessità di integrare il contraddittorio a mezzo di notificazione per pubblici proclami, ha più volte disposto, **quale forma di notifica alternativa alla tradizionale notificazione per pubblici proclami prevista dall'art. 150 c.p.c., la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di**



amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte (fra tutte, Ord. TAR Lazio nn. 176/09, 177/09, 178/09 e 179/09);

- anche i Tribunali di Milano, Genova e Alba e Messina con recenti provvedimenti resi in controversie analoghe a quella in esame, hanno autorizzato tale forma alternativa di notifica riconoscendo esplicitamente che “[...] *l’urgenza e la sformatizzazione della presente procedura nonché la peculiarità del caso (numero dei soggetti destinatari della notifica, interesse gradatamente ridotto dei più a interloquire; esistenza di un’area tematica sul sito istituzionale)* giustificano il ricorso a forme alternative di notifica nei termini stessi indicati dalla parte ricorrente; applicando pertanto l’art. 151 c.p.c. autorizza la ricorrente alla chiamata in causa dei soggetti individuati con l’ordinanza del 31.8.2011 mediante inserimento del ricorso e dell’ordinanza stessa nell’apposita area tematica del sito istituzionale del Ministero convenuto e dell’Ufficio regionale per la Liguria [...]” (Trib. di Genova, Sez. Lavoro, ord. dell’01.09.11).

- Tale forma di notifica continua a essere utilizzata sistematicamente dal Giudice Amministrativo nonché dal Giudice Ordinario in tutte le ipotesi di vertenze collettive.

Tutto ciò premesso e ritenuto, la sig. Lincon Salvatore, come sopra rappresentato e difeso



chiede

che codesto On.le Giudicante, in persona del Giudice incaricato, valutata l'opportunità di autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla legge ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U., voglia autorizzare la notificazione del ricorso:

- 1) quanto ai controinteressati evocati in giudizio, tramite pubblicazione del testo integrale del ricorso sul sito internet del Ministero dell'Istruzione all'uopo destinato (<https://www.miur.gov.it/web/guest/atti-di-notifica>);
- 2) quanto alle amministrazioni convenute, mediante consegna di copia all'Avvocatura distrettuale dello Stato, ovvero ai sensi della legge 53 del 1994 a mezzo posta elettronica certificata.

Messina 28 ottobre 2022

Avv. Giuseppe Minissale

