

Studio Legale Avv. Emilio Magro

Piazza Duomo, 10, Messina
Tel. e fax 090714678
PEC: avvemiliomagro@puntopec.it
MAIL: avvemiliomagro@gmail.com

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

Con istanza per la determinazione delle modalità di notifica ex art. 151 c.p.c.

Per la docente **Bavastrelli Giovanna Maria Luisa**, [REDACTED]

[REDACTED]
rappresentata e difesa, per procura in calce al presente ricorso, dall'avv. **EMILIO MAGRO**,
C.F. MGRMLE70S26F158X, fax per comunicazioni di cancelleria 090/714678 (pec:
avvemiliomagro@puntopec.it)

(RICORRENTE)

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, in persona del Ministro, legale rappresentante pro tempore;

AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MESSINA, in persona del legale rappresentante pro tempore;

AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI REGGIO CALABRIA, in persona del legale rappresentante pro tempore.

(RESISTENTI)

FATTO

1) L'odierna ricorrente è una docente di Scienze Giuridico-Economiche (A046), posto sostegno, in virtù di contratto di lavoro individuale a tempo indeterminato (**Doc. n. 1**), stipulato in data 01.09.2009, titolare presso l'Istituto [REDACTED]

[REDACTED]
Attualmente in servizio (**Doc. n. 2**), in assegnazione provvisoria, fino al 31.08.2022, all'I [REDACTED]

2) La ricorrente in occasione delle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2022/2023 -

regolate dal C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA per gli anni scolastici relativi al triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25 e dall'O.M. prot. n. 45 del 25/02/2022, concernente le norme applicative delle disposizioni del contratto sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA per l'a.s. 2022/23 - **ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale (Doc. n. 3)**, scuola secondaria di secondo grado, posto sostegno, specificando di avere diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 ex L. n.104/1992, in quanto figlia e referente unico del genitore in documentata situazione di handicap grave.

Infatti, dalla documentazione prodotta in atti ed allegata alla domanda di mobilità, emerge che **la ricorrente è l'unica persona in grado di prestare assistenza al proprio padre** [REDACTED], **riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/92 (Doc. n. 4).**

Per tale ragione, la prof.ssa Bavastrelli ha indicato, come prime preferenze, alcuni istituti scolastici ricadenti nella città di Messina, alcuni distretti del comune e della provincia di Messina, il comune di Messina e la provincia di Messina (v. Doc. n. 3).

3) Il modulo di domanda, da inviare attraverso il portale informatico del Ministero dell'Istruzione - richiamando quanto stabilito dall' art. 13 del citato contratto sulla mobilità del personale della scuola relativo al triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25 - tuttavia, prevede la possibilità di indicare la precedenza al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, ma *"limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia"*.

4) Più precisamente, l'art. 13 del contratto sulla mobilità del personale della scuola, prevede che la precedenza al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità venga riconosciuta limitatamente ai trasferimenti nella I fase (Trasferimenti all'interno dello stesso comune) e nella fase II fase (Trasferimenti tra comuni della stessa provincia), ma NON nei trasferimenti interprovinciali.

5) La ricorrente, come si evince dai documenti allegati alla domanda (v. doc n. 5, 5.1, 6, 7, 8), per non incorrere in decadenza, **ha comunque chiesto al Ministero dell'Istruzione di fruire della precedenza** quale figlia individuata come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità (non ricoverato permanentemente in alcun istituto di cura), **dichiarando a tal fine:**

- che il genitore è portatore di handicap grave, come da documentazione allegata al modulo-domanda (Certificazione ASL);
- che il suddetto genitore necessita di assistenza continuativa che può essere assicurata



esclusivamente dalla figlia oggi ricorrente;

- che il suddetto genitore è domiciliato nel luogo di aspirato trasferimento della figlia oggi ricorrente [redacted];

- di essere convivente con il padre nel comune di [redacted];

- di svolgere nei confronti del proprio genitore attività di assistenza continuativa ed esclusiva;

- **di essere l'unico soggetto che ha chiesto di fruire per l'intero anno scolastico dei tre giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art.42 comma 5 del D.L. vo n. 151/2001;**

- che il coniuge del disabile non è in grado di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi (documentata impossibilità, v. Certificazione medica);

- di essere l'unica figlia in grado di prestare assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.

6) Bisogna ribadire, inoltre, che tale situazione di assistenza esclusiva è già riconosciuta dall'amministrazione scolastica resistente, che consente alla ricorrente di usufruire dei tre giorni di permessi retribuiti, previsti dalla legge 104/1992, per assistere il proprio padre (Doc. 5.1).

7) La prof.ssa Bavastrelli, tuttavia, non ha ottenuto il riconoscimento della precedenza richiesta (v. domanda di mobilità convalidata dall'amministrazione, Doc. n. 9) e, conseguentemente, il trasferimento richiesto, in quanto il sopra citato C.C.N.I. non prevede alcuna precedenza nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza dei genitori portatori di *handicap* con connotazione di gravità.

8) **Al contrario, come sarà verificato in corso di causa, l'attribuzione del suddetto diritto di precedenza, avrebbe certamente consentito alla ricorrente di ottenere il trasferimento in provincia di Messina.**

In data 17.5.2022, l'Ambito Territoriale di Messina ha pubblicato il Decreto prot. n. U.0010419 (Doc. n. 10), con l'allegato bollettino/elenco dei movimenti per l'anno scolastico 2022/2023 (Doc. n. 11), relativo ai trasferimenti dei docenti assegnati alle sedi afferenti alla provincia di Messina.

Dall'analisi del suddetto bollettino, è emerso che, nella provincia di Messina, per il posto di interesse della ricorrente (scuola secondaria di secondo grado, posto sostegno), **è stata trasferita una docente senza alcun titolo di precedenza.** Ciò è accaduto con riferimento alla docente [redacted] destinataria di trasferimento all'[redacted]
[redacted]

Dunque - riservandosi di evidenziare in corso di causa l'esistenza di ulteriori posizioni



errate - risulta oggettivamente dimostrato che almeno uno dei posti assegnati nell'ambito dei trasferimenti 2022/2023 in provincia di Messina, scuola secondaria di secondo grado, posto sostegno, doveva essere messo a disposizione della ricorrente (ed assegnato) a seguito del riconoscimento della precedenza ex art. 33 legge 104.

MOTIVI DI DIRITTO

1. SULLA COMPETENZA TERRITORIALE

In via preliminare, si evidenzia che Codesto Ecc.mo Tribunale è territorialmente competente per la causa de qua, ai sensi dell'art. 413, quinto comma, C.P.C., in quanto l'Istituto Superiore "T. [REDACTED]" è l'attuale sede di servizio del ricorrente (V. Doc. n. 2). Si cita, a tal proposito, la sentenza Cass. Civ., sez. lav., n. 21562 del 15.10.2007, laddove si chiarisce che per "ufficio al quale il dipendente è addetto" deve intendersi "la sede di effettivo servizio e non la sede in cui è effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne delle singole amministrazioni".

2. NULLITÀ DELL'ART. 13 DEL CCNI SULLA MOBILITÀ DEL PERSONALE DOCENTE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 33 L.104/92, DELL'ART. 601 DEL D. LGS. 297/94

Il quadro normativo di riferimento è rappresentato anzitutto dall'articolo 33, comma 5, della legge 104/92 a norma del quale il lavoratore che assiste persona con *handicap* in situazione di gravità "[...] 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'art. 601 del decreto legislativo n.297/1994 (T.U. Testo Unico delle disposizioni legislative 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. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità".

La Cassazione, con molte pronunce (per tutte cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 18-12-2013, n. 28320 e, più recentemente, Cass. civ. Sez. lavoro, 03-08-2015, n. 16298), ha chiarito che la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore "che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato" di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività



lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento. La *ratio* della norma è, infatti, quella di favorire l'assistenza al parente o affine handicappato ed è irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all'epoca dell'inizio del rapporto stesso.

Le sopra citate norme imperative non sono state correttamente applicate in sede di contrattazione integrativa sulla mobilità del personale docente. **L'art.13 del vigente CCNI** prevede, invero, che *“Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione. (...)”* Il sopra citato **art. 13**, prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità, per le ipotesi di *“Assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; Assistenza da parte del figlio referente unico del genitore con disabilità”*. Secondo tale disposizione, *“Viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità. (...) Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità”*.

Dunque, secondo la norma pattizia sopra trascritta, la precedenza del figlio referente unico del genitore portatore d'handicap può essere fatta valere unicamente nella fase di trasferimento all'interno della stessa provincia, mentre **non viene riconosciuta nei trasferimenti interprovinciali** e, ciò, inspiegabilmente in quanto l'esigenza di ricongiungimento è più evidente quando la sede di titolarità dell'insegnante si trova in una provincia diversa rispetto a quella in cui risiede il genitore disabile.

Già più volte la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione, precisando che, ove esista il posto da assegnare ai trasferimenti, le precedenze di cui alla Legge 104/92 devono essere riconosciute senza alcuna limitazione territoriale. E, così, per esempio, **la Corte d'Appello di Sassari** ha annullato una simile disposizione del Contratto nazionale integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e Ata, in quanto viola la norma imperativa fissata dall'articolo 33 della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. La Corte sarda ha riaffermato che la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali *“non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela”*, con la conseguente nullità, per contrasto con una norma imperativa, delle disposizioni del contratto nazionale per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate. Tra queste *“situazioni”* ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che, tuttavia, *“devono passare in secondo piano di fronte al*

diritto del disabile all'assistenza". Secondo la Corte d'Appello di Sassari, è indiscutibile che il contratto collettivo sulla mobilità risponda all'esigenza di dare un ordinato assetto dell'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, con il conseguente diritto del lavoratore che presta assistenza al disabile grave all'assegnazione del primo posto disponibile, tra quelli indicati nella domanda, non assegnato ad altri soggetti con diritto di precedenza.

E la Corte D'Appello di Torino: *"...limitazione del diritto di precedenza, nella mobilità interprovinciale, a favore dei soli genitori e del coniuge del soggetto affetto da handicap, contrasta frontalmente con l'art. 33 L. 104/1992 che ha portata decisamente più ampia, comprendendo tra i soggetti tutelati, oltre al coniuge, il lavoratore che assiste una persona con handicap grave che sia sua "parente o affine entro il secondo grado" (per quanto qui rileva, vi è quindi compreso il figlio che assiste il genitore disabile grave, che è suo parente di primo grado).*

Tale limitazione non appare in alcun modo giustificata da esigenze pubblicistiche relative alla possibilità di assegnazione della sede (desumibili dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma di legge), perché si tratta di una previsione generale ed astratta, che, in quanto tale, non tiene conto di alcuna concreta ed effettiva esigenza di pubblico interesse, idonea a limitare la possibilità dell'assegnazione della specifica sede di lavoro a cui il parente o affine del disabile avrebbe diritto per legge." (Corte D'Appello di Torino, Sentenza n. 209/2018, Doc. n. 12).

Ed anche dal Tribunale di Roma (Doc. n. 13), con la sentenza n. 6945 2019 (Dott.ssa Casari: *"..Orbene nel caso di specie la limitazione è stata normativamente prefissata senza ragionevole motivo di distinzione tra esigenze del disabile il cui familiare dipendente chieda trasferimento nell'ambito della Provincia oppure nell'ambito interprovinciale, prescindendo quindi da una valutazione in concreto della compatibilità dell'interesse tutelato dalla L.104/1992 e le esigenze organizzative datoriali nel momento e frangente della richiesta di trasferimento.*

Né si può sostenere che il dipendente che chiede il trasferimento interprovinciale sia comunque tutelato dalla possibilità di far valere la sua particolare posizione ex art.33 5° comma cit. tramite assegnazione temporanea atteso che, pur avendo l'odierna ricorrente fatto richiesta di applicazione anche di tale istituto, non ha visto accolta la sua domanda..."

In linea con tale decisione si pone anche la sentenza di questo stesso On. Tribunale n. 1001/2020 del 21.7.2020 (Dott.ssa Totaro): *"... Va poi rilevato che la norma speciale di cui*



all'art. 601 del T.U. sulla scuola di cui al D.Lgs. n. 297/1994 prevede che gli artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 si applichino anche al personale docente e comportino la precedenza sia all'atto della nomina/assunzione, che in sede di mobilità. Senonchè l'art. 13 del C.C.N.I. sulla mobilità 2016/2017 dell'8 aprile 2016, prorogato anche per gli anni successivi, riconosce la precedenza nei trasferimenti interprovinciali solo ai genitori, ai tutori e ai coniugi obbligati all'assistenza del disabile in situazione di gravità, mentre al figlio che assiste il genitore con disabilità grave attribuisce il diritto di fruire della precedenza tra province diverse "esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria". Come già affermato da gran parte della giurisprudenza di merito occupatasi della questione e da questo ufficio in diversi precedenti analoghi, tale disposizione pattizia, meno favorevole, deve essere ritenuta in parte qua nulla poiché in contrasto con la suddetta norma imperativa."

Pertanto, alla luce di tali sentenze, possiamo desumere che l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 costituisce una norma speciale per i dipendenti della scuola, per i quali la precedenza - nell'ipotesi in cui siano essi soggetti che assistono una persona portatrice di handicap in situazione di gravità (ipotesi prevista dall'art. 33 della legge 104/1992) - deve considerarsi come espressione di un diritto assoluto e non relativo, che, come tale, non può subire deroghe alcune meno che mai da fonti di rango inferiore alla legge.

2.1. ILLEGITTIMITA' E NULLITA' DELL'ORDINANZA MINISTERIALE MOBILITA' E DELL'ART. 13.1 C.C.N.I. MOBILITÀ, NELLA PARTE IN CUI RICONOSCONO L'OPERATIVITA' DELLA PRECEDENZA PER ASSISTENZA DEL GENITORE DISABILE SOLO ALL'INTERNO DELLE FASI COMUNALI E PROVINCIALI DI MOBILITA'.

La docente Bavastrelli, come specificato in atti, in occasione delle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2022/223, presentava domanda di trasferimento interprovinciale verso la provincia di residenza (Messina), chiedendo di fruire della precedenza nelle operazioni di mobilità prevista dall'art. 33, comma 5, della legge 104/92.

Tutto ciò, essendoci posti disponibili per i trasferimenti interprovinciali, poteva agevolmente realizzarsi, ma il CCNI, come sopra argomentato, ha operato una surrettizia deroga ai principi di legge, introducendo una procedura differenziata e articolata in fasi, nell'ambito delle quali l'operatività della precedenza per l'assistenza al genitore disabile rimane vincolata. Infatti, il vigente CCNI sulla mobilità e la relativa ordinanza ministeriale, ripropongono un modello di mobilità fondato su più fasi (comunale, provinciale ed interprovinciale).

Il "sistema delle precedenze" è regolato, anche nella nuova mobilità, dall'art. 13 del C.C.N.I.:

“Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale.”

Risulta evidente che il titolo preferenziale, attribuito dalla legge alla ricorrente, non può essere compreso dall'applicazione di criteri poco chiari dell'ordinanza ministeriale e del relativo contratto. Com'è noto, infatti, tale precedenza rappresenta un diritto della ricorrente, che può essere ricavato dall'attuale sistema normativo e dalla collocazione sistematica all'interno dell'art. 33 della legge 104/92.

L'art. 601 D. Lgs. 297/1994, come sopra specificato, è norma speciale del diritto scolastico e sancisce in favore del docente, che si trova nelle condizioni di prestare assistenza al disabile, il diritto di precedenza, univoco e senza distinguo, in sede di mobilità.

La tutela speciale ed incondizionata che l'art. 601 accorda ai docenti che si trovano nella condizione prevista dall'art. 33 della L. n. 104/1992, determina la precedenza assoluta del predetto personale rispetto agli altri docenti che non si trovano nella medesima situazione (V. Sentenza n. 215/2021 Trib. Messina, **Doc. n. 14**).

La natura di tale norma è chiaramente imperativa, in quanto collocata all'interno di leggi che attuano le garanzie del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società, del diritto alla salute del lavoratore; nonché tutti i principi di rango costituzionale in materia di tutela del cittadino e della persona umana.

Le suddette norme si pongono quali *Lex Specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazione e trasferimenti e giammai le fasi e/o le norme previste dalla O.M. sulla mobilità ed il relativo contratto possono derogare a tale impianto normativo.

In quest'ottica, i posti liberi e disponibili devono essere assegnati in base a criteri meritocratici rigorosamente ordinati quali la presenza di un titolo di precedenza, il punteggio accumulato, l'anzianità professionale ed anagrafica.

*

La Cassazione, a sezioni unite, ha ulteriormente chiarito che: *“...Alla stregua di quanto sinora esposto la sentenza impugnata – dopo avere proceduto ad una attenta valutazione delle risultanze istruttorie – ha riconosciuto il diritto della D.L. alla sede dalla stessa richiesta, per esservi un posto vuoto in organico a Bari, per essere stato tale posto riservato ai vincitori del concorso e per avere la lavoratrice portato a conoscenza dell'amministrazione la sua situazione familiare. Di contro non è stato provato dal Ministero un interesse organizzativo di*



segno contrario né un danno per la collettività dalla assegnazione delle sedi di alla D.L.. Per concludere sul punto, la sentenza impugnata va confermata avendo fatto corretta applicazione del principio di diritto che, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, va così enunciato: « Alla stregua della L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, il diritto del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando – alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale – il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico – con l'interesse della collettività. Considerazioni queste la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica. » (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 27 marzo 2008 n. 7945).

Così come precisato dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5113 del 2015), l'unico limite, ovvero le uniche esigenze rilevanti dell'Amministrazione, rispetto all'operatività della precedenza di cui trattasi, sono quelle attinenti all'individuazione delle sedi vacanti e disponibili, da coprire mediante procedura di mobilità.

La piena applicazione di tali principi conduce alla dichiarazione di illegittimità e alla conseguente disapplicazione delle disposizioni contrattuali oggi impugnate.

Ne deriva che, in presenza di posti disponibili, le norme del CCNI di cui sopra, nella parte in cui dispongono l'operatività della precedenza di cui trattasi soltanto all'interno delle distinte fasi comunali e provinciali di mobilità, devono ritenersi nulle per contrarietà ed elusione di norme imperative, con la conseguente sostituzione di diritto della clausola nulla. Diversamente opinando, si finirebbe con lo svuotare di significato la portata precettiva delle norme imperative sopra richiamate.

Alla luce di quanto sopra detto, appare incontestabile che devono essere corretti i sopra elencati errori denunciati, in quanto da essi deriva non solo la violazione dell'art. 13 del CCNI mobilità, ma soprattutto la violazione dell'art. 33, commi 5 e 7, della Legge 104/92, perché tali errori hanno impedito alla ricorrente di poter ottenere il corretto movimento. Pertanto, per tutto quanto dedotto e rilevato, come provato in atti, è evidente che una delle sedi assegnate ad altra docente doveva essere assegnata all'odierna ricorrente.

*

Tali conclusioni sono state fermamente ribadite da diversi Giudici del Lavoro che, di

recente, si sono occupati della medesima vicenda.

“Nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla legge 104/92, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 d. lgs 297/94.

Tale disposizione stabilisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/92 “comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.

Quest’ultima disposizione (art. 601) non prevede limiti al proprio contenuto precettivo a differenza della disciplina generale, sicché ha la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale.

L’art 33 c. 5 della legge 104/1992 prevede 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 ”, Se è vero che l’art. 601 rinvia all’art. 33 e quindi anche alla locuzione “ove possibile” - locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell’Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione - è altresì vero che l’art. 601 nel secondo comma specifica che “le predette norme (cioè gli articolo 21 e 33: ndr) comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” .

Il che indica cosa diversa dalla scelta, ove possibile, della sede di lavoro, perché l’art. 601 non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza nella scelta, circostanza del tutto neutra per la PA.

In altri termini, la “precedenza” nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali (segnatamente quelli espressi dall’art. 97 Cost. relativi al buon andamento della PA) ma si limita a rinforzare, dando concreta attuazione, a principi espressi dall’art. 38 Costituzione e da fonti sovranazionali.

Accertata la natura imperativa delle disposizioni in oggetto, come già affermato dalla giurisprudenza di merito (Tribunale di Genova, 30 novembre 2016), deve rilevarsi il contrasto con esse dell’art. 13, nel momento in cui introduce un regime restrittivo rispetto alla tutela legale, assicurando la precedenza assoluta solo ai non vedenti e agli emodializzati.

Tale regime restrittivo, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, non deriva dalla legge n. 107/2015, ma solo dal contratto collettivo, che va dichiarato nullo in parte qua per contrasto con norme imperativa.

Invero, la norma di legge richiamata, nel prevedere la sequenza in fasi, non ha affatto previsto l’abrogazione implicita della legge n. 104/1992. Le due norme di rango primario, infatti, non presentano alcuna incompatibilità, ma possono essere coordinate.

Ferma la struttura in fasi della procedura di mobilità, il soggetto portatore di handicap grave

ex art.3 comma3 l. 104/1992 ha diritto a scegliere la sede di servizio con precedenza rispetto a tutti gli altri concorrenti e non solamente nell'ambito della fase in cui concorre" (Tribunale di Monza, Sentenza n. 272/18, Doc. n. 15).

Dal Tribunale di Palermo: *"La stessa locuzione "ove possibile" dell'art. 33, quinto comma, l. 104/92, del resto, è indicativa della ristrettezza dello spazio entro cui il relativo diritto può essere compreso. La precedenza per la persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile opera una graduazione di tutele che va ben al di là della mera "possibilità" di protezione del diritto di quest'ultimo; introduce inoltre un criterio che, nella sua generalità, nulla ha a che fare con le esigenze organizzative dell'Amministrazione.*

Quest'ultima argomentazione è stata sposata già da altri giudici di merito per dichiarare la nullità di una disciplina analoga del settore scolastico per diretto contrasto con la norma imperativa dell'art. 33, quinto comma (cfr. App. Sassari, 21 agosto 2015, causa Solinas vs Uff. scolastico per la Sardegna e altri). La soluzione menzionata è condivisibile per le ragioni dianzi espresse.

Le clausole della contrattazione collettiva applicate dall'Amministrazione resistente non sono dunque conformi alle norme di legge che regolano la materia e non possono pertanto trovare applicazione nei confronti della ricorrente.

Esse, infatti, diversamente da quanto dedotto dall'Amministrazione, non sono del resto affatto ragionevoli in relazione all'applicazione delle citate disposizioni della legge 104/1992: la normativa ha come finalità la protezione del diritto del disabile ad essere assistito e solo in modo mediato quello del docente al movimento richiesto, finalizzato all'assistenza, ed in quest'ambito non appare affatto ragionevole postergare la preferenza oggetto di causa ad altre che non trovano fondamento in un diritto fondamentale garantito a livello costituzionale ed eurounitario, quale quello della tutela della disabilità; parimenti, non pare affatto ragionevole riconoscere la preferenza nell'ambito provinciale – ove l'esigenza di tutela è inferiore in proporzione alla minore distanza tra la sede di servizio e la residenza del disabile – e negarla in quello interprovinciale, in cui invece il trasferimento risulta essenziale all'assistenza, proprio a causa dell'impossibilità della sua prestazione in relazione alla grande distanza della residenza del disabile dalla sede di servizio.

Infine, la convenuta non ha potuto dimostrare con la documentazione allegata né che non vi siano posti nell'Ambito territoriale richiesto in preferenza né tanto meno che altri che sono stati preferiti alla ricorrente avessero un titolo peggiore rispetto al suo, sia al punteggio che a una preferenza che trovi il suo titolo in un diritto costituzionalmente e comunitariamente protetto come diritto assoluto, quale la tutela della disabilità.

Va, quindi, dichiarato il diritto della ricorrente a scegliere la sede nella procedura di mobilità, secondo l'ordine di preferenza indicato, fatto salvo il caso di precedenza che trovino fondamento nello stesso fattore di disabilità riconosciuto dall'art. 13.

Poiché, quindi, il MIUR non ha in alcun modo dedotto o dimostrato che docenti con il punteggio che va riconosciuto alle ricorrente e con preferenze della medesima specie di quelle spettanti alla stessa, in particolare ex lege 104/1992, siano state preferite alla stessa, la domanda va accolta come in dispositivo, assorbita ogni ulteriore questione.

Il ricorso, quindi, va accolto con le statuizioni di cui in parte dispositiva” (Sentenza n. 2471/2019, Tribunale del Lavoro di Palermo, Doc. n. 16).

*

Le sopra citate questioni sono state positivamente affrontate e risolte, in casi pressoché identici a quello per cui è causa, dal Giudice del Tribunale di Messina (dott.ssa LA FACE) con sentenza n. 1276/20 (Doc. n. 17); dal Giudice del Tribunale di Messina (dott.ssa BELLINO) con la recente sentenza n. 845/21 del 14.04.2021 (Doc. n. 18); dal Giudice del Tribunale di Messina (dott.ssa RANDO) con sentenza n. 1739/21 (Doc. n. 19); e dalla Corte D'appello di Roma con la recente sentenza n. 1984/2021 (Doc. n. 20).

Ed ancora, il Tribunale di Messina (pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della Suprema Corte n. 4677 del 22.2.021) ha precisato che “ *l'inciso “ove possibile” fa riferimento ad esigenze organizzative dell'amministrazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, ma non certo alle condizioni soggettive dell'assistito, sicché non consente una graduazione delle situazioni di assistenza (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela..... il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, ossia l'interesse dell'invalide ad avere garantita l'assistenza familiare, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – non può essere operato in modo difforme dalla contrattazione collettiva.*” (Tribunale di Messina n. 1073/2021, Presidente dott.ssa Romeo).

Giunge alle stesse conclusioni la Dott.ssa Bellino del Tribunale del Lavoro di Messina con la recentissima sentenza n. 1291/2022 del 15.06.2022 (Doc. n. 23): “*...Reputa, infine, questo decidente che il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, ossia l'interesse dell'invalide ad avere garantita l'assistenza familiare, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione ed alla efficiente*



gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – non può essere operato in modo difforme dalla contrattazione collettiva. (cfr. sentenza Tribunale Messina n. 1073/2021).

Va pertanto riconosciuto il diritto del ricorrente al trasferimento nel comune di Sersale. Infatti deve rilevarsi che non osta a siffatta conclusione la locuzione “ove possibile” contenuta nell'art.33 comma 5 cit., dovendosi rilevare che dall'esame della documentazione in atti risulta che è stato trasferito presso l'Istituto IIS “Rita Levi Montalcini” di Sersale (CZ) il docente [REDACTED] privo di precedenza. Attese le superiori considerazioni la domanda va accolta e va riconosciuto il diritto del ricorrente al trasferimento in una sede ricompresa nel comune di Sersale.”

Appare pertanto evidente che - in assenza di comprovate ragioni giustificatrici (stante nel caso di specie la disponibilità dei posti in capo alla p.a.) tali da giustificare il sacrificio imposto al disabile ed in assenza di un corretto bilanciamento tra il diritto all'assistenza del disabile tutelato dall'art 32 della Cost. ed il principio di buon andamento ed imparzialità della P.A. - l'art 13 del CCNI deve essere disapplicato poiché in contrasto con i superiori principi costituzionali e comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi nella interpretazione della legge 104/1992.

È dunque il caso di evidenziare un decisivo punto critico della predetta decisione della suprema Corte: la stessa si guarda bene dal definire la norma oggetto di scrutinio (legge 104/92) come derogabile, ovvero non imperativa, definizione che apparirebbe invero, come appena detto, ontologicamente e funzionalmente necessaria, anzi imprescindibile, per poter trarre la conclusione della liceità della disposizione contrattuale tesa ad impedirne l'esercizio da parte di alcuni titolari del diritto invocato.

La giurisprudenza di merito appare pressoché uniforme al riguardo, militando senza indugi per una interpretazione di rango imperativo della citata disposizione, tenendo conto del fatto che sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992 si sia più volte espressa la Corte Costituzionale.

Dunque, l'intera procedura di mobilità per l'a. s. 2022/23, che ha negato il trasferimento richiesto dalla docente, è gravemente illegittima e viziata da tutti motivi esposti nel presente atto, cui si fa espresso richiamo.

2.3 SULL'ESISTENZA DI POSTI DISPONIBILI AI TRASFERIMENTI INTERPROVINCIALI IN PROVINCIA DI MESSINA

Nel caso in esame, la ricorrente ha documentato che in una sede della provincia di Messina, è stata trasferita una docente senza diritto di precedenza.

Tutto questo, nel caso *de quo*, è facilmente verificabile dall'analisi dell'elenco dei trasferimenti della provincia di Messina per l'anno scolastico 2022/23, pubblicato in data 17.5.2022, dall'Ambito Territoriale di Messina (Decreto prot. n. U.0010419 **Doc. n. 10**).

In particolare, dall'analisi del suddetto bollettino (**Doc. n. 11**), è emerso che, nella provincia di Messina, per il posto di interesse del ricorrente (scuola secondaria di secondo grado, posto sostegno), è stata trasferita una docente senza alcun titolo di precedenza.

Ciò è accaduto con riferimento alla docente [REDACTED], destinataria di trasferimento a [REDACTED]

Dunque - riservandosi di evidenziare in corso di causa, ove ritenuto necessario, l'esistenza di ulteriori posizioni errate (e la natura delle precedenze degli altri docenti destinatari di trasferimento in provincia di Messina su posto di sostegno) - almeno uno dei posti assegnati (senza precedenza) nell'ambito dei trasferimenti 2022/2022 in provincia di Messina, scuola secondaria di secondo grado, posto sostegno (v. bollettino dei trasferimenti, **Doc. n. 11**), avrebbe dovuto essere messo a disposizione della ricorrente a seguito del riconoscimento della precedenza ex art. 33 legge 104.

Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione ex art. 151 c.p.c.

Con riferimento alla notifica ai controinteressati, si osserva che, anche per celerità ed economia processuale, mancando nelle graduatorie pubblicate qualsiasi indicazione di residenza e gli altri dati identificativi dei docenti in graduatoria, sussistono i presupposti per autorizzare la notifica ex art. 151 c.p.c. (derogando dalle onerose formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del Ministero dell'Istruzione.

Ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso andrà notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati. Tuttavia la notifica del ricorso nei modi ordinari risulterebbe impossibile, non soltanto in ragione del grandissimo numero dei destinatari, ma soprattutto per l'impossibilità di identificare i docenti.

Inoltre, la tradizionale notificazione per pubblici proclami prevede che sia pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale un semplice sunto del ricorso. Infatti 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: 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 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. Per altro verso, la pubblicazione sulla G.U. appare comunque oltremodo onerosa per il ricorrente.

Ed a tal fine è stata individuata come rispondente la pubblicazione del ricorso, nel testo integrale, sul sito internet del ramo di Amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte. Tale modalità, peraltro, appare più efficiente, considerato che ormai la modalità telematica è quella usuale per la presentazione delle domande e per la pubblicazione delle graduatorie, sicché il sito internet dell'Amministrazione viene giornalmente consultato dai docenti interessati.

Si chiede, pertanto, di volere autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle ordinarie, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami, cioè mediante la pubblicazione sul sito istituzionale (apposita area tematica) del Ministero dell'Istruzione.

Per tutto quanto sopra premesso, considerato, ritenuto e dedotto, si chiede che l'Ecc.mo Tribunale adito

- ai sensi degli artt.1339 e 1418/1419 c.c. e dell'art.40 comma 1 ultimo capoverso ("*Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*") e comma 3 *quiquies* ("*Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*") del d.lgs. 165/01:

- Previo annullamento e/o disapplicazione dell'art. 13 co. 1 punto IV) del C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente **per contrasto con norma imperativa di legge**, nella parte in cui limita il diritto di usufruire della precedenza ex art. all'art. 33 co. 5 e 7 l. n. 104/92 all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza.

- Previa declaratoria d'invalidità e/o nullità e/o disapplicazione di ogni norma contrattuale

contraria al diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento, con precedenza ex art. 33 della L. n. 104/92 ed ex art. 601 del D.lgs. n. 297/94, presso la sede disponibile tra quelle da lei indicate nella domanda di mobilità interprovinciale per cui è causa.

VOGLIA

- 1) In via preliminare, mancando nei bollettini dei trasferimenti pubblicati dall'amministrazione qualsiasi indicazione di residenza dei docenti interessati dai movimenti, né risultando gli estremi per evincerla, **autorizzare la notifica ex art. 151 c.p.c.** (derogando dalle formalità previste dall'art. 150 c.p.c.), **mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del Ministero dell'Istruzione** (nell'apposita area tematica).
- 2) Accertare e dichiarare il diritto della ricorrente a far valere, ai fini delle operazioni di mobilità 2022/23, il proprio diritto di precedenza per l'assistenza al padre disabile.
- 3) Dichiarare tenuto il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la ricorrente, anche in soprannumero, in una sede ricompresa nel comune di Messina o comune viciniore o, comunque, in una sede ricompresa nella provincia di Messina, ove risultano sedi disponibili, secondo l'ordine indicato nella domanda di mobilità.
- 4) Per l'effetto, ordinare al Ministero dell'Istruzione di assegnare la ricorrente, anche in soprannumero, in una sede ricompresa nel comune di Messina o comune viciniore o, comunque, in una sede ricompresa nella provincia di Messina, ove risultano sedi disponibili, secondo l'ordine indicato nella domanda di mobilità, emettendo tutti gli atti necessari e conseguenti.
- 5) Con vittoria di spese, compensi ed onorari, da distrarre in favore del sottoscritto procuratore.

SI ALLEGANO I SEGUENTI DOCUMENTI:

- 1) Contratto a tempo indeterminato;
- 2) Bollettino assegnazioni provvisorie interprovinciali 2021/22;
- 3) Domanda di mobilità 2022/23;
- 4) Certificazione ASL legge 104/92 Sig. [REDACTED];
- 5) Integrazione domanda e Dichiarazione personale prof.ssa Giovanna Bavastrelli;
- 5.1) Decreto riconoscimento benefici legge 104;
- 6) Dichiarazione personale domiciliazione del sig. [REDACTED];
- 7) Dichiarazione coniuge con certificazione medica;
- 8) Dichiarazione parenti;
- 9) Domanda di mobilità 2022/23, convalidata dall'amministrazione;

10) Decreto pubblicazione movimenti provincia di Messina;

11) Bollettino dei movimenti;

E CON SECONDA BUSTA TELEMATICA

12) Sentenza n. 209/2018 Corte Appello Torino;

13) Sentenza Tribunale di Roma n. 6945/2019;

14) Sentenza Tribunale di Messina n. 215/2021;

15) Sentenza Tribunale di Monza 272/2018;

16) Sentenza Tribunale di Palermo n. 2471/2019;

17) Tribunale di Messina (dott.ssa LA FACE) con sentenza n. 1276/20;

18) Tribunale di Messina (dott.ssa BELLINO) sentenza n. 845/2021;

19) Tribunale di Messina (dott.ssa RANDO) sentenza n. 1739/2021;

20) Corte D'Appello di Roma sentenza n. 1984/2021;

21) CCNI Mobilità 2022/25;

22) Ordinanza mobilità 2022;

23) Sentenza Tribunale di Messina n. 1291 2022.

Ai fini del versamento del contributo unificato, si dichiara che la presente controversia in materia di pubblico impiego è di valore indeterminabile e che, pertanto, il contributo unificato ammonta ad € 259,00.

Messina, lì 22 Luglio 2022

Avv. Emilio Magro