

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

Ricorso ex art. 414 c.p.c. con istanza ex art. 151 c.p.c.

Nell'interesse della professoressa PANDOLFINO Rosvanna nata a Messina il 10.10.1973 ivi residente in Via Cimitero, Cumia Superiore, c.f. PNDRVN73R50F158W, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE, C.F. 80185250588 in persona del Ministro p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI REGGIO CALABRIA in persona del legale rappresentante p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI MESSINA, in persona del legale rappresentante p.t.;

e nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2020/2021, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2020/2021, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/021.

\*\*\*\*\*

La ricorrente è una docente della scuola secondaria di primo

grado, assunta a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 01.09.2015, ed attualmente in servizio, in assegnazione provvisoria presso l'I.C. "Albino Luciani" di Messina (doc. 1, 2).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indicata con ordinanza ministeriale n. 183 del 23.03.2020 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3,3a).

Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accertarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992, indicando diversi comuni, scuole e province disposti secondo un proprio ordine di preferenza così come consentito dalla stessa normativa di riferimento.

In particolare la ricorrente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole le scuole rientranti nel comune di Messina, chiedendo con apposita istanza l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei zio, Sig. Pandolfino Angelo, che è portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992, giusto verbale della commissione medica dell'INPS di Messina (doc. 4).

Dall'attuale condizione clinica dello zio della ricorrente **non è lecito attendersi alcun miglioramento** atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.

Ne consegue l'assoluta necessità di una presenza il più possibile continua della ricorrente, referente unica del disabile con cui convive, e la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile.

Sicché con mail e lettera di notifica (doc. 5, 6) alla ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta, e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 183/2020 attuativa del CCNI del 31.12.2019, prorogato, sebbene la disponibilità dei posti (doc. 7).

Orbene la ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla L. 104/1992 non si è visto riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali.

La procedura risulta viziata ab origine e come tale illegittima per i seguenti motivi di

## DIRITTO

1. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21, 33 della Legge 104/92; legge n. 183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità: illegittimità dell'art. 13 CCNI.

L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in essa inserite sono illegittime e devono essere disapplicate.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92.

Più precisamente l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 31.12.2018 testualmente dispone 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, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l'operazione a cui si applica".*

Orbene l'art. 13 del CCNI mobilità del 2019/22 afferma (punto 4°) che, "successivamente" al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, *"viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e n a II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, a condizione che sussista una "documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi" e una "documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive"*.

Orbene, dal tenore letterale del citato punto IV si evince in modo incontrovertibile che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera **SOLO ALL'INTERNO E PER LA PROVINCIA IN CUI È UBICATO IL COMUNE DI ASSISTENZA** e non quale precedenza assoluta come previsto per altra ipotesi menzionata nel punto I) del predetto art. 13 CCNI.

Quest'ultimo, infatti, **riconosce una precedenza assoluta**, peraltro nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, *"indipendentemente dalla provincia di provenienza dell'in-*

*teressato a tutto il personale docente che si trovi, nell'ordine, in una delle seguenti condizioni:*

*1) personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120);*

*2) personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82).*

*Il docente viene trattato con precedenza su tutte le preferenze di scuola indicate e su tutte le preferenze ai fini della titolarità su ambito”.*

Ne consegue che l’operatività di tutte le altre ipotesi previste dall’art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, **È RISTRETTA ALLA SOLA IPOTESI DI MOBILITÀ PROVINCIALE** e non quale precedenza assoluta con evidente disparità di trattamento per le operazioni afferenti i trasferimenti interprovinciali nonché il diverso grado di parentela.

Tale operazione non è in linea con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al D.Lgs 16 aprile 1994 n 297, in particolare dall’art. 601, laddove dispone: (1)“*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.* (2) *Le predette norme 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), infatti, **non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo**, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzio-

nale, con la conseguenza che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone (si ripete) alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017).

Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che: *"La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda"*.

Tale operazione non altresì in linea con quanto disposto **dal comma quinto dell'art. 33 legge 104/92** come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, laddove stabilisce che "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"; il comma 3 fa riferimento al *"lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti"*.

La predetta disposizione normativa, che anch'essa non pone alcun limite al grado di parentela, **non derogabile**, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata".

Sul punto il **Tribunale di Monza**, con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019. ha sancito che "E' palese che l'art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall'art.33, co.3, L. 104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all'esercente la tutela legale e "successivamente" al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all'interno della medesima pro-

vincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli, in quanto escludere la precedenza nella mobilità interprovinciale comporta un sacrificio delle esigenze di assistenza del disabile sicuramente più gravoso rispetto a quello che viene alleviato con il riconoscimento della precedenza nella mobilità provinciale; in questo modo, infatti, l'esercizio del diritto di precedenza nella scelta della sede più vicina al domicilio del disabile risulta frustrato proprio quando tale esigenza è particolarmente pressante in ragione della lontananza della sede di servizio del dipendente dal luogo in cui si realizza l'assistenza alla persona handicappata. Tale esigenza non risulta appagata, in ugual misura, dalla precedenza riconosciuta nelle operazioni di assegnazione provvisoria interprovinciale, attesa la temporaneità dell'istituto, in alcun modo assimilabile al trasferimento definitivo (doc. 8).

Inoltre il **Tribunale di Taranto** su ricorso patrocinato da questo difensore con sentenza n. 737/2020 ha sancito il principio secondo cui “Non è dunque giustificabile la disparità di trattamento che viene in rilievo tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che come l'odierna istante, partecipano alla mobilità interprovinciale essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Conseguentemente il docente interessato può dunque usufruire di tali precedenza in ciascun comune, ambiti, e/o delle provincie indicate nel proprio ordine di priorità limitatamente alle sedi disponibili secondo l'ordine di preferenza espressa” (doc. 9).



Da ciò discende che, tenuto conto che l'art. 33 c. 5 della legge 104/1992 accorda al lavoratore di cui al comma 3 il 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, va apprezzata la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera, come avviene nel caso di che trattasi, infatti, non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell'articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009. (V. Trib. Termini Imerese, Sentenza n. 221/2020 pubbl. il 26/05/2020) (doc. 10).

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, infatti, statuisce che *“l'art. 33 comma 5 della legge 104/92 deve essere interpretato in termini costituzionalmente orientati alla luce dell'art. 3 comma 2 Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13.12.2006 sui diritti dei disabili con L. n. 18/2009 in funzione della tutela della persona disabile”* (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante *“esterno”*, sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi con-

sentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva.

In virtù delle superiori considerazioni appare evidente che **l'amministrazione statale ha illegittimamente limitato i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario per mezzo di norme di carattere generale in materia di trasferimenti** e ciò derogando, dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità, a *lex specialis* e norme di rango superiori sia nazionali e sovranazionali, ponendosi con esse **in aperto contrasto** sebbene dettano di contro principi dell'ordinamento in materia di diritti di integrazione sociale, e assistenza alla persona disabile e tutelano interessi costituzionalmente garantiti (art. 2 L. 104/92).

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: *“la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti* (cfr. Trib. Messina, Barcellona Pozzo di Gotto, Catania, Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo Valentia, Pisa; Latina, Taranto, Alessandria) **(doc. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23)**).

Diversamente operando si avrebbe una chiara vanificazione delle finalità proprie della legge nonché **una violazione dei diritti costituzionali a tutela del diritto alla salute ed alla assistenza.**

Sul punto, anche la Corte di Appello di Sassari ha disposto l'annullamento della disposizione del Contratto Nazionale Integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e ATA perché in palese contrasto **e violazione con la norma imperativa** di cui all'art. 33 L. 104/92 per l'assistenza, l'integrazione sociale dei diritti delle persone disabili, in quanto *la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti che non possono essere disattesi nel nome di situazioni in 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.

È, invero, dirimente **constatare l'irrazionalità del disposto contrattual-collettivo** applicabile alla fattispecie, giacché – limitando la spendibilità delle prerogative ex L. 104/1992 agli spostamenti infra-provinciali, e alle assegnazioni provvisorie (con estensione, in questo caso, del beneficio agognato anche ai tramutamenti fra province differenti) – **esso priva di concreta utilità i diritti conferiti dalla legge** (dalle norme costituzionali e sovranazionali) ai referenti delle persone da accudire, nella misura in cui preclude l'opponibilità – al datore di lavoro pubblico – della situazione di disabilità certificata proprio laddove essa andrebbe peculiarmente valorizzata: vale a dire in

sede di gestione dei trasferimenti (definitivi) fra province diverse, come tali associati a distanze – riscontrabili fra l'invalido e il suo accompagnatore – maggiori rispetto a quelle misurabili all'interno della medesima provincia (per la quale ipotesi, paradossalmente, i precetti della l. 104/1992 trovano da tempo pedissequa attuazione (v. – in proposito e fra le altre – Trib. Roma, ord. 14 marzo 2018) (doc. 24).

È quanto ampiamente sostenuto dalla giurisprudenza di merito, che in casi analoghi ha ritenuto fondate le censure mosse all'art. 13 del CCNI e dichiarato l'illegittimità delle stesse per contrasto con l'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 e con le disposizioni dell'ordinamento scolastico che fanno ad esse richiamo (Trib. Messina Dott.ssa La Face sentenza n. 610/2020 pubbl. il 28/05/2020) (doc. 25).

Sotto tale primo ed assorbente motivo, la ricorrente, referente unico del disabile in situazione di gravità, ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell'art. 33 L. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

2. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 3,97 Cost.; Violazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006

Alla luce delle superiori considerazioni è palese la disparità di trattamento perpetrata da parte dell'Amministrazione atteso che la sua condotta difetta di una giustificazione oggettiva e ragionevole che giustifichi la disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che,

come l'odierna ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

Ed invero, l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito.

La condizione attuale dello zio della ricorrente necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita.

Ed invero la ricorrente è referente unica del disabile in quanto la sorella del disabile, la sig.ra Pandolfino Beatrice è ultrasessantacinquenne, mentre gli con riferimento agli altri nipoti del disabile, il sig. Placidino Restuccia non può assistere il disabile per motivi di lavoro, al pari il sig. Restuccia Antonino che per motivi di lavoro (autista di Bus) è spesso fuori provincia e l'altro nipote, il sig. Pandolfino Antonio è purtroppo anch'egli gravemente malato e nonostante questo ha un lavoro che non gli permette di assistere il disabile. (doc. 29, 29a, 30, 31, 32).

A ciò si aggiunga che la ricorrente, che ha già avuta riconosciuto lo status di referente unica dall'amministrazione statale (doc. 33), è chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dallo zio è una figura INDISPENSABILE per la cura e

l'assistenza dello stesso disabile che, non può essere privata della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi.

Ne consegue che l'assegnazione del ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dallo zio disabile certamente cagionerebbe gravi disagi alla vita familiare della stessa e irreparabile nocumento alle esigenze di cura dello zio, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.

Peraltro, diversamente opinando si perverrebbe ad una interpretazione della vigente normativa senz'altro contraria ai principi di eguaglianza e d'imparzialità della p.a. (artt. 3 e 97 Cost).

La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza della Sezione Lavoro n. 25379/2016 ha ritenuto – in ipotesi in cui era anzi documentato solo un handicap non grave - che: *“In effetti questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, ha affermato il principio secondo cui "la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'art. 33 cit.], deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configu-*

*ri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte" (Cass. n. 9201/2012).*

Pertanto, in virtù di una lettura combinata dei valori costituzionali, dei principi di certezza del diritto e affidamento del cittadino, appare giustificata la censura di disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

Va altresì rammentato che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconosce il diritto delle persone con "disabilità" a beneficiare di "misure idonee" dirette a garantirne, tra l'altro, l'autonomia e l'inserimento sociale (art. 26).

Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono ritenersi acquisiti al diritto dell'Unione la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l'indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap. Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l'assistenza informale (2.1.2).

Sul punto la Corte di Appello di Catanzaro con sentenza n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020, su ricorso patrocinato da questo difensore, ha sancito che *"I rapporti tra contratto colletti-*

va del dipendente pubblico e legge sono disciplinati dal secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 165 del 2001. Secondo detta disposizione, il contratto collettivo può in alcuni casi derogare alle norme pubblicistiche ma ciò non è possibile qualora si **tratti di disposizioni dirette ad attuare fondamentali principi di solidarietà sociale, costituzionalmente garantiti**. L'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale è sicuramente una norma imperativa inderogabile, a prescindere da una espressa previsione in tal senso. La disciplina di cui alla legge n. 104/1992 è volta infatti ad attuare qui fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendosi l'eliminazione di tutti quegli ostacoli, materiali e giuridici che ne possono limitare il regolare dispiegarsi nella vita di relazione. E la ratio dell'art. 33 comma 5 è non solo quella di assegnare benefici a soggetti che hanno un parente portatore di handicap ma anche e soprattutto di garanti-re al portatore di handicap la continuità dell'assistenza in atto. Detta norma dunque si caratterizza come norma attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione sicché è innegabile che la stessa non sia derogabile per l'intervento e per effetto di una contrattazione collettiva. Ne consegue che la precedenza prevista da una *lex specialis* in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e assistenza della persona handicappata, non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti. Peraltro è evidente un trattamento discriminatorio tra i docenti in quanto se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale e nella procedura di assegnazione provvisoria 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, come nella specie. La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità 2018/2019 non è dunque legittima (doc. 26).*

Inoltre la Suprema Corte (**con l'ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120**) precisa che *la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell'art. 3 comma 2° Costituzione, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. Corte di Cassazione, 7.6.2012 n. 9201). Le misure previste dall'art. 33 comma 5° devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. - 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 con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017). Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, **con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro** (cfr. sull'onere probatorio Corte di Cassazione, 18.2.2009 n. 3896) (doc. 27).*

In tale contesto la disposizione del CCNI risulta del tutto contrastante con l'evoluzione normativa (di rango superiore, nazionale, costituzionale, europea, internazionale) e giuri-

sprudenziiale sopra esposta e deve pertanto essere disapplicata.

Anche sotto tale ulteriore profilo il ricorso deve essere accolto e il ricorrente assegnato presso la sede ove risiede il disabile.

3. Violazione del combinato disposto di cui all'art. 33 legge 104/1992 e del criterio di vicinorietà legge 107/2015;

La procedura adottata dall'amministrazione scolastica è altresì illegittima stante la palese violazione dell'art. 33 della legge 104/1992 sotto altro profilo.

Orbene l'art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3) che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (comma 5) ha diritto di scegliere, ove possibile, **la sede di lavoro più VICINA** al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

Sul punto occorre rilevare che l'amministrazione nell'esaminare la domanda di mobilità della ricorrente aveva l'obbligo, in caso di assenza di posti nella prima sede prescelta, di rispettare i criteri di vicinanza rispetto al primo posto (ove non disponibile) indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle previsioni normative del CCNI e dello stesso art. 33 della legge 104/1992.

Tale principio è avallato da copiosa giurisprudenza di merito e, tra tutte, **dal Tribunale di Pisa** che, con recentissima ordinanza, ha così disposto: *"L'esame della precedenza ex art. 33 L. 104/1992, imponeva che a seguito dell'esame della domanda di*

mobilità presentata dal deducente, in caso di assenza di posti nel primo ambito territoriale indicato nella domanda di mobilità, il rispetto dei criteri di vicinanza rispetto al primo ambito territoriale indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle previsioni normative del CCNI. Il MIUR, quindi, avrebbe dovuto riconoscere tale precedenza, atteso anche che l'Amministrazione era stata messa al corrente della delicata posizione del ricorrente. Infatti, l'art. 601 del D.Lgs. n. 297/94, 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".

Inoltre i Giudici Ermellini hanno sancito il principio secondo cui "L'onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all'esercizio del diritto grava sul datore di lavoro" (Cfr. Cass. Sez. Lav. 18.02.2009 n. 3896).

In un caso analogo la giurisprudenza di merito ha sancito che "il MIUR, su cui gravava l'onere di dimostrare la sussistenza di ragioni impeditive che non hanno consentito di trasferire la ricorrente in Provincia di....., non ha svolto al riguardo alcuna allegazione concreta, limitandosi a richiamare nella sua memoria il fatto che la precedenza è concessa ove possibile e a dichiarare laconicamente che in fase interprovinciale la domanda non era stata accolta" ( ord. Tribunale di La Spezia n. 497/2018 del 12 febbraio 2018).

In ordine all'assegnazione della sede e del trasferimento il **Tribunale di Lodi**, su ricorso patrocinato da questo difensore, in composizione collegiale ha disposto che non osta a tale con-

clusione la “locuzione ove possibile” di cui all’art. 33 c. 5 della legge 104 /1992 *non avendo l’amministrazione scolastica provato e nemmeno dedotto la mancata vacanza del posto rivendicato né la sua indisponibilità*”.

Sul punto, va, tuttavia, evidenziato che la prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede è a carico del datore di lavoro.

Ebbene, applicando i suindicati al caso di specie, non può revocarsi in dubbio come l’amministrazione non abbia fornito la prova di esigenze economiche e organizzative incompatibili con il diritto garantito dall’art. 33 co. 5 della legge n. 104 del 1992, tenuto conto che le predette esigenze devono essere non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. n. 6150/2019).

Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all’art 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità provvisoria (non definitiva) provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell’art 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all’art 33 c. 5 l. 104/92, art 601 del dlgs 297/1994 e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra dom.ta, rapp.ta e difesa

## CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01, dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2020/2021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art. 601 (T.U. scuola) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza allo zio disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della stessa presso il comune di Messina o comunque provincia di Messina, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei zio** e ciò con effetto immediato;

2. Conseguentemente e per l'effetto disporre il trasferimento della ricorrente presso le scuole rientranti nel comune di Messina, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei zio e ciò con effetto immediato;

3. Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distarre in favore del procuratore antistatario.

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso è pari ad € 259,00 ma stante l'autocertificazione reddituale lo stesso non è dovuto (doc. 34).*

Messina 23.09.2020

*Avvocato*  
*Vincenzo La Cava*

*Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione  
nei confronti dei controinteressati e litisconsorti* (art. 151 c.p.c.)

Il sottoscritto avvocato Vincenzo La Cava, considerata la numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio;

considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per il ricorrente, formula espressa

istanza

Affinché la S.V. voglia 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 inserimento in G.U. e pertanto

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2020/2021 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai

sensi del CCNI – Mobilità Scuola 2020/021, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2020/21, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/021 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del

MIUR.

[http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami\\_/2](http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/2)

ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;

b) Nome del ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;

c) Sunto dei motivi del ricorso;

d) Indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2020/2021 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2020/21, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/021”;

e) Testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Messina 06.07.2020

*Avvocato*

Vincenzo La Cava