

TRIBUNALE DI PATTI - SEZIONE LAVORO

Ricorso (con richiesta di autorizzazione della notifica ai controinteressati ai sensi dell'art. 151 cpc)

La sig.ra ARDIZZONE prof.ssa Maria Catena, nata a Mongiuffi Melia (ME) il 10.1.1965 (C.F.: RDZ MCT 65A50 F368E), residente a Giardini Naxos (ME), Via della Seta, 13, Complesso S. Andrea, domiciliata, ai fini delle comunicazioni e delle notificazioni, presso l'avv. Giovanni Marchese (C.F.: MRC GNN 63A30 F158B - pec: marchese.giov@pec.giuffre.it - fax 090/679645), che la rappresenta e difende per procura posta in calce al presente atto, che elegge domicilio in Patti, Via L. D'Amico, 10, Cond. Mozart, nello studio dell'avv. Carmelo Amata, espone quanto segue.

^ ^ ^

1) La prof.ssa Maria Catena Ardizzone, docente di posto comune, per la classe di concorso A046 (scienze giuridico – economiche), in assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2019/2020 presso l'IIS Minutoli di Messina, con sede di titolarità presso l'Ufficio Scolastico Provinciale di Potenza ed assegnata all'I.P.S.I.A. "Giorgi" di Potenza, ha contestato le operazioni di mobilità relative al nuovo anno scolastico 2020/2021 per essere stato lesa - non essendo stata accolta la sua domanda di trasferimento - il suo diritto soggettivo di precedenza previsto dall'art. 21 della legge n. 5.2.1992 n. 104 (in quanto portatrice di handicap per invalidità oltre i due terzi), in combinato disposto con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, essendovi disponibili posti vacanti assegnati, in suo pregiudizio, a docenti privi di precedenza, tanto più prossimi al luogo in cui la ricorrente risiede, e dove risiede la sua famiglia, e dove, in particolare, è in cura, per la grave patologia inabilitante (di cui alle certificazioni attestanti il grado di invalidità superiore a due terzi, prodotte agli atti), da cui è affetta, per l'esattezza: *"distrofia muscolare di tipo fascio-scapolo- omerale in soggetto con discopatia L5-S1"* con riconoscimento di invalidità comportando una *"riduzione permanente della capacità lavorativa dal 74% al 99% art. 2 e 13 L. 118/71 e art. 9 D.L. 509/88"*.

La ricorrente, infatti, ha partecipato alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico



2020/2021, presentando presso la sede scolastica di titolarità la domanda di trasferimento interprovinciale, per la quale le sono stati riconosciuti punti 81 (+ 6 = 40, per il comune di ricongiungimento di Giardini Naxos dove risiede), nella quale ha rappresentato (allegando la relativa documentazione) di essere titolare di precedenza assoluta “ex lege” n. 104/1992, e dove ha indicato, come sede di preferenza, nell’ordine, il Comune di Taormina (e quindi tutte le scuole esistenti all’interno di esso), il Distretto 035 (ME) (e quindi tutte le scuole esistenti all’interno di esso), il Comune di Messina (e quindi tutte le scuole esistenti all’interno di esso), il Comune di Catania (e quindi tutte le scuole esistenti all’interno di esso), il Distretto 020 (CT) (e quindi tutte le scuole esistenti all’interno di esse); ed altre sedi vicine.

Nonostante il possesso di tale precedenza assoluta, e, comunque nonostante la disponibilità di posti vacanti, con email del 29.6.2020, il MIUR ha comunicato alla prof.ssa Ardizzone che il movimento richiesto non era stato accolto, con la conseguenza che la stessa è rimasta nella sede di titolarità a Potenza presso l’I.P.S.I.A. “GIORGI”.

2) Ora, il mancato accoglimento della domanda di trasferimento è, assolutamente, illegittimo dal momento che, per le operazioni di mobilità 2020/2021, vi erano posti disponibili nei Comuni di Messina (2), Milazzo (1), Barcellona P.G. (1), che sono stati assegnati a colleghi privi di tale precedenza assoluta, con la conseguenza che la ricorrente è stata privata di una delle sedi disponibili ed è rimasta titolare della sede a Potenza, situata ad una distanza di circa 500 km rispetto alla propria residenza (di difficile raggiungimento dal punto di vista viario), con gravissimo pregiudizio ed in violazione della normativa sopra richiamata.

Infatti, come si evince dall’elenco dell’organico di diritto dell’USP di Messina, approvato con decreto del dirigente n. 9060 del 18.6.2020, risultavano disponibili per le operazioni di mobilità, per l’anno scolastico 2020/2021, posti A046 Scienze Giuridico Economiche, anche sul potenziamento a Messina e nella provincia; ed in particolare, per quanto si evince dal bollettino dei trasferimenti dell’USP di Messina del 29.6.2019 (di cui si allega anche uno stralcio, relativo alla classe di concorso A 046),



approvato con il decreto del dirigente n. 9641 del 29.6.2020, i posti indicati per la classe di concorso A046 – Scienze Giuridico Economiche, benchè richiesti con la domanda di trasferimento, risultano assegnati a docenti non titolari della precedenza assoluta “ex lege” n. 104/1992, in pregiudizio dei diritti della ricorrente.

3) Per tale motivo, la prof.ssa Ardizzone ha proposto ricorso ex art. 700 cpc “ante causam, depositato in data 1.8.2020, davanti al Tribunale del Lavoro di Messina, essendo in quel momento e fino al 31.8.2020, in assegnazione provvisoria presso l’IIS Minutoli di Messina.

Tuttavia, la domanda cautelare è stata rigettata.

4) Senonchè, per quanto suddetto, alla luce delle norme di diritto in materia e della giurisprudenza favorevole, anche di questo On. Tribunale, la ricorrente confida in un approfondimento di merito ai fini dell’accertamento della fondatezza del diritto invocato.

Peraltro, proprio con riferimento alle sue precarie condizioni di salute, con invalidità superiore ai due terzi, la ricorrente ha ottenuto l’assegnazione provvisoria per l’a.s. 2020/2021 presso l’Istituto Borghese Faranda di Patti, radicandosi, pertanto, la competenza territoriale davanti a questo On. Tribunale.

^ ^ ^

Il diniego della domanda di trasferimento deve ritenersi illegittimo e lesivo dei diritti soggettivi della ricorrente, per i seguenti motivi di

DIRITTO

1- Ai sensi del combinato disposto dell’art. 21, comma 2, della legge n.104/1992, e dell’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, deve essere riconosciuta la natura assoluta del diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità sui posti vacanti e disponibili; e, in ogni caso, deve essere riconosciuta l’illegittimità delle limitazioni imposte a tale diritto dall’art. 13 del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019 in contrasto con le citate norme di legge.

1.1) L’art. 21 della legge 104/1992, prevede, al comma 1, che “*La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni*



iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella 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.”; ed al secondo comma che “I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda.”.

Solo per completezza, si richiama l’art. 33 della legge 104/1992, che prevede, al comma 3, che *“A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, ... , ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. ... ”*; e quindi al comma 5 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.”.*

Quindi, l’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, rubricato *“Tutela dei soggetti portatori di handicap”*, prevede, al comma 1, 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.”*; ed al comma 2, che *“Le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.”.*

Ciò posto, si osserva, innanzitutto, che il diritto di precedenza del lavoratore portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi ex art. 21, comma 2, della legge n.104/1992, è ancora più pregnante rispetto al diritto di precedenza del lavoratore che assiste una persona portatrice di handicap in situazione di gravità ex all’art.33, commi 3 e 5 (e lo si vede anche nel censurato ed illegittimo art. 13 del CCNI sulla mobilità, dove la prima ipotesi è contemplata, nell’ordine, al punto III e la seconda al successivo punto IV). Infatti, mentre, il beneficio ex art. 33, commi 3 e 5, prevede la locuzione *“ove possibile”*, richiedendo – come sancito, a riguardo, dalla giurisprudenza di legittimità, per quanto si dirà anche *“infra”* - un contemperamento tra l’esigenza del lavoratore di



avvicinarsi alla residenza del disabile dallo stesso assistito (“tutela della salute”) e l’esigenza del datore di lavoro a che tale trasferimento non arrechi pregiudizio di natura economica ed organizzativa (“tutela dell’attività economica”); la precedenza ex art. 21, comma 2, per il dipendente disabile, non prevede né simile né alcuna locuzione, e si parla solo di precedenza nei trasferimenti a domanda, facendo comprendere che, in tal caso, la natura della precedenza è assoluta (tutela della salute) e non incontra limiti, nemmeno quelli economici ed organizzativi del datore di lavoro. Peraltro, la locuzione “sedi disponibili”, riguarda il comma 1, relativo alle assunzioni e non ai trasferimenti a cui si riferisce, in via esclusiva, il comma 2. In ogni caso, il concetto di posti disponibili, con riferimento ai trasferimenti, deve intendersi in senso ampio come sedi disponibili per i trasferimenti a domanda e quindi per le operazioni di mobilità.

E vi è di più da considerare.

Tale differenza tra l’art. 21 e l’art. 33, che riguarda, in via generale, il personale dipendente pubblico o privato a cui è indirizzata la disciplina della legge 104/1992, viene meno, e non sussiste più, per il caso dei docenti di scuola, per i quali vige quanto statuito dall’art. 601 del D.Lgs 297/1994, ai sensi del quale, richiamando gli artt. 21 e 33, sia per il personale docente portatore di handicap superiore ai 2/3 che per il personale docente che assiste un congiunto disabile in situazione di gravità, vige la precedenza di natura assoluta.

Si tratta di una norma speciale rispetto a quella generale di cui ai citati artt. 21 e 33.

E ciò non può essere diversamente, dal punto di vista logico giuridico, dal momento che non avrebbe avuto senso alcuno richiamare in modo specifico la disciplina degli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 e prevedere, al comma 2, che “*Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.*”. Infatti, senza tale previsione, in ogni caso, si sarebbe applicata la disciplina degli artt. 21 e 33 al personale docente. Se il legislatore ha ritenuto di richiamare le due norme della legge 104/1992, non è per rimarcare l’applicazione “tout court” di tali norme, ma è perché



ha inteso attribuire **alle due ipotesi soggettive (vale a dire quella del docente portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi e quella del docente che assiste una persona con handicap in situazione di gravità)** contemplate nelle predette due norme, per le operazioni di mobilità, la natura assoluta della precedenza.

In altre parole, **l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 ha sancito un diritto assoluto di precedenza**, che, come tale, non ammette alcun contemperamento nemmeno quello relativo all'organizzazione del lavoro, previsto in generale per i lavoratori per l'ipotesi contemplata nell'art. 33, comma 5, della legge 104/1992.

Tale superiore argomentazione, con particolare riferimento alla rilevanza dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, non solo è quella più lineare ed attendibile alla luce del dettato normativo, ma trova il conforto della prevalente giurisprudenza di merito, ed è assolutamente pertinente perché, per l'appunto, a prescindere dalla distinzione tra l'art. 21 e l'art. 33 (il quale articolo 21 già di per se ha natura di diritto assoluto rispetto a quello previsto dall'art. 33), fissa il principio e pone l'accento sull'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, per il quale il diritto di precedenza, a prescindere se riguarda l'ipotesi soggettiva contemplata dall'art. 21 o quella contemplata dall'art. 33, ha natura assoluta, con la conseguente disapplicazione della disciplina della contrattazione collettiva.

Quanto sopra esposto trova il conforto della giurisprudenza di merito, che si indica qui di seguito (oltre a quella che si produce e che è copiosa in materia).

* * *

a) Questo On. Tribunale, con sentenza n. 20 dell'8.1.2020, con riferimento ad un caso identico a quello di cui qui si tratta, di un lavoratore portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi, ha statuito quanto segue.

“... Il ricorso è fondato in ragione dei seguenti motivi.

La ricorrente, pacificamente portatrice di handicap grave ai sensi dell'art. 3 comma 1 e 3 della legge n. 104/92, nonché invalida con riduzione permanente della capacità lavorativa in percentuale pari al 70% (2/3), lamenta il mancato riconoscimento della precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità, spettante secondo le previsioni di cui dall'art. 601 del d.lgs.297/1994



(Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), il quale al primo comma, stabilisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 “*si applicano al personale di cui al presente testo unico*”, mentre, al secondo comma, dispone che tali norme “*comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità*”.

Dunque, la ricorrente rientra nella previsione di cui all'art 21 l. 104/1992, che stabilisce quanto segue: “*La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con menomazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella 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”.*

Tanto premesso, occorre valutare quanto specificamente previsto all'art. 13 contratto mobilità per l'a.s. 2017/18, riproposto anche nel CCNL relativo alle operazioni di mobilità per l'a.s. 2018/2019.

Tale disposizione risulta contraria a norme imperative e determina delle disparità non giustificate.

Infatti, essa attribuisce una precedenza assoluta indipendentemente dalla provincia di provenienza soltanto ai docenti che si trovino, 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) (art. 13 CCNI punto I); mentre per il personale di cui al punto III n. I (disabili di cui art. 21 L. 104) prevede una precedenza solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza dell'interessato e nell'ambito dell'ordinaria gestione delle differenti fasi in cui è organizzata la mobilità dei docenti.

In sostanza, da un lato risulta una irragionevole disparità di trattamento dei docenti che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 21 l. 104/92 rispetto a quelli che rientrano nelle categorie di cui al punto I, che, invece godono di una precedenza assoluta indipendentemente dalla provincia di provenienza.

E ciò, a fronte del diritto della ricorrente a godere della precedenza in sede di trasferimento a domanda, espressamente previsto dall'art. 21 l. 104/92 in una formulazione che non prevede condizioni all'esercizio di tale diritto.

Tanto premesso, va rammentato che, a fronte della richiamata previsione dell'art 21 l. cit., l'art 601 d.l.vo 164.1994 n. 297 - testo unico in materia di istruzione - stabilisce che “*gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza,*



l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico” (co. 1) e che “le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (co. 2).

Da tale impianto normativo emerge chiaramente che viene riconosciuta al personale docente, che si trova nelle condizioni di cui all'art 33 ed art. 21 L. 104/92, una precedenza assoluta in sede di mobilità rispetto ai docenti che non si trovino nella medesima condizione, senza che possa rilevare alcuna interferenza da parte della normativa contrattuale che introduce le fasi provinciali e interprovinciali.

Si tratta, infatti, di una disciplina che accorda maggiore tutela al portatore di handicap e non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, quale circostanza del tutto neutra per la P.A.: tale precedenza non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost. in materia di diritto degli inabili e minorati all'avviamento professionale.

Pertanto, nel caso di lavoratore disabile, tale diritto non subisce alcun tipo di limitazione, rispetto all'analogo diritto vantato dal parente della persona handicappata, il quale può scegliere la sede di lavoro più vicina soltanto "ove possibile".

A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano la tutela dei portatori di handicap grave, non vi sono motivi per limitare tale diritto o per subordinarlo rispetto alle esigenze organizzative dell'amministrazione in sede di gestione delle operazioni di mobilità, essendo del tutto irragionevole la disparità di trattamento rispetto ai soggetti che ricadono nella previsione del punto I del citato art. 13, nonché la subordinazione del godimento di tale diritto rispetto allo sviluppo delle differenti fasi della mobilità.

Conseguentemente, l'art. 13 punto III del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/17, nonché l'analoga disposizione prevista nel CCNI per la mobilità 2017/2018, nella parte in cui limita il diritto assoluto di precedenza del personale portatore handicap grave con grado di invalidità superiore ai due terzi, limitano in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione.

Pertanto, tale limitazione risulta palesemente priva di razionale giustificazione, se si considera che il diritto di precedenza è invece pienamente riconosciuto ai soggetti inclusi nelle categorie di cui al precedente punto 1.

Dunque, la disposizione contrattuale altresì fonte di ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe.

Le disposizioni contrattuali per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2017/2018 e 2018/2019



appena richiamate appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, con il conseguente riconoscimento del diritto della ricorrente ad essere assegnata alla sede che le sarebbe spettata tenuto conto dell'applicazione del diritto di precedenza assoluto a prescindere dalla provincia di provenienza e dalle fasi in cui è organizzata la mobilità.

Dunque, deve essere accertato il diritto della ricorrente al riconoscimento della precedenza assoluta ex art.21 L. 104/92 per le operazioni di mobilità 2018/2019 e, per l'effetto, deve ordinarsi all'Amministrazione Scolastica convenuta di assegnarla in via definitiva presso l'Istituto scolastico di scuola primaria del Comune di Brolo (Sicilia ambito 0016), indicato come prima preferenza nella domanda di mobilità, ovvero in quelli più prossimi, secondo l'ordine di preferenza indicato nell'anzidetta domanda. ...”.

b) Il Tribunale del Lavoro di Vicenza, con sentenza n. 241 del 12.8.2019, sempre con riferimento ad un caso identico a quello di cui qui si tratta, di un lavoratore portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi, ha statuito quanto segue.

“... Non viene in contestazione tra le parti, ed è anzi espressamente riconosciuto dal MIUR, la titolarità in capo alla ricorrente della situazione di handicap disciplinata dall’art. 21 l. 104\1992.

La tesi difensiva del Ministero è che alla fattispecie debba trovare applicazione l’art. 13 CCNI, nella parte in cui limita l’ambito territoriale di riconoscimento della situazione di handicap “all’interno e per la Provincia in cui è ubicato il Comune di residenza”. Il Ministero afferma quindi che, dal momento che la fase di mobilità provinciale precede quella interprovinciale, al momento dell’esame della domanda della ricorrente la prima fase si era esaurita con l’assegnazione dei posti vacanti nella Provincia di residenza, per cui nessun posto era residuo al momento di definire la fase di mobilità interprovinciale.

La tesi del Ministero non è tuttavia condivisibile.

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 configuri 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). Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con 4. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto la Corte territoriale non avrebbe dovuto fermarsi alla mancanza di documentazione proveniente dalle USL sull'invalidità grave della madre della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell'handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento, il che è stato omesso sulla base di una interpretazione letterale della norma in discussione oggi superata dalla giurisprudenza di legittimità.”.

La Suprema Corte si pronunciava sul divieto di trasferimento del lavoratore, tuttavia, atteso anche il tenore dell’art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite sopra citata, deve ritenersi che, anche in relazione all’assegnazione del posto di lavoro, il diritto del disabile all’assistenza – tutelato tramite l’assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell’assistito – sia un diritto assoluto, tanto da determinare un’interpretazione restrittiva dell’inciso “*ove possibile*” di cui all’art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di insussistenza di alcun posto di lavoro scoperto nel luogo di lavoro in oggetto, non invece da includere in detta accezione il contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all’assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit.

L’art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce che “*gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico*” (co. 1) e che “*le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità*” (co. 2).

L’interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l’istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l’unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della “persona handicappata”, nè la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall’inciso “*ove possibile*” (C. Cost. n.



406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002). In questa prospettiva, la scelta operata dal CCNI di selezionare gli ambiti territoriali a cui riferire la tutela di interessi di rango costituzionale, subordinandone la tutela a esigenze organizzative dipendenti da ragioni diverse, costituisce una violazione della disciplina imperativa richiamata, che comporta la nullità delle relative clausole, nella parte in cui non prevedono che la situazione di handicap venga considerata prioritaria nell'ambito dell'intera procedura di mobilità gestita dal Ministero.

Il CCNI, infatti, pur rispondendo alle esigenze di assicurare un ordinato svolgimento dell'attività amministrativa, elude nella sostanza la disciplina preferenziale prevista dalla legge a tutela dei soggetti protetti dalla l. 104/1992, anteponendo le esigenze di gestione amministrativa nella materia dei trasferimenti alle esigenze, di rango costituzionale, di tutela della salute delle persone disabili. ...".

c) Alle stesse conclusioni, in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 601 del D.Lgs n.297/1994, è giunto il Tribunale del Lavoro di Messina che, con sentenza n. 592 del 9.7.2019, che ha confermato l'ordinanza dell'1.8.2018, ha statuito quanto segue: *"... 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", è possibile apprezzare la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera 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. Se è vero, poi, 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 articoli 21 e 33] 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 alla scelta, circostanza del tutto neutra per la P.A. In altri termini, la “precedenza” nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost. ...”.

d) E sempre alle stesse conclusioni, in merito all’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, è giunta un’altra sentenza del Tribunale del Lavoro di Messina, n. 1001 del 21.7.2020, dove si legge che “... 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. ...”.

e) Ancora può citarsi il Tribunale del Lavoro di Genova, con sentenza del 30.11.2016, che aveva già, a riguardo, statuito che “... in tema di trasferimento, nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla l. n. 104/1992, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 d.lg. n. 297/1994, che accorda maggiore tutela al portatore di handicap e non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, quale circostanza del tutto neutra per la PA: tale precedenza non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost.”. Peraltro, lo stesso Tribunale di Genova, con la medesima sentenza, commentando la precedenza di cui all’art. 33, comma 5, della legge 104/1992, ha concluso per la natura assoluta della precedenza, sia di quella prevista dall’art. 21 che di quella prevista dallo stesso art. 33, in materia scolastica, proprio alla luce della suddetta norma speciale costituita dall’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, prevedendo, infatti, che: “La norma di legge [art. 33 della L. n. 104/1992] riconosce un diritto non incondizionato a scegliere la sede di lavoro più vicina al familiare gravemente disabile; la locuzione “ove possibile” è stata letta come portatrice dell’esigenza pubblica ad un assetto dell’Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione [Cass., sez. lav., 27 marzo 2008, n. 7945, e 25 gennaio 2006, n. 1396]. L’onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all’esercizio del diritto grava sul datore di lavoro [Cass., sez. lav., 18 febbraio 2009, n. 3896]. Su questa premessa la Corte di Cassazione ha già riconosciuto compatibile con la norma di legge la clausola del contratto collettivo decentrato del 31.5.2002 che, graduando le precedenze nelle operazioni di trasferimento, ha assegnato le priorità a seconda delle



categorie di menomazione: riservando quella assoluta soltanto ai soggetti portatori essi stessi di handicap ed inserendo i genitori dei disabili tra i titolari di precedenza limitata dal punto di vista territoriale, la disciplina collettiva “soddisfa una esigenza basilare dell’amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell’ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la legge privilegia” [Cass., sez. lav., 15 gennaio 2016, n. 585]. La decisione della Suprema Corte, ad oggi isolata a quanto consta, è intervenuta su una fattispecie regolata dalla contrattazione collettiva in modo analogo a quella in esame. **Essa tuttavia non valuta l’esistenza nel settore scolastico d’una disciplina speciale, contenuta nell’art. 601 d.lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico). Vi si stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 “si applicano al personale di cui al presente testo unico” (primo comma) e che tali norme “comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione anche non di ruolo e in sede di mobilità” (secondo comma). Diversamente da quella generale, la disposizione del capoverso dell’art.601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.).** Va 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). E’ conforme a questo quadro normativo l’esclusione di liti all’esercizio del diritto all’assistenza all’interno della famiglia per le persone affette da handicap grave. **Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall’art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto senza riserve.** 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 compresso. 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”.



* * *

Ed allora, alla luce delle suddette decisioni, che si fondano tutte sulla corretta interpretazione dell'art. 601 del D.Lgs n.297/1994, **ne discende la natura del diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità a domanda come diritto assoluto che non può soffrire alcuna limitazione, meno che mai dalla contrattazione collettiva di rango inferiore nella gerarchia delle fonti.**

1.2) Ma vi è, poi, di più da considerare.

Le previsioni dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità, che riconosce la precedenza assoluta, soltanto, alle ipotesi di disabilità personali indicate al punto I, relegando le altre disabilità personali al punto III, addirittura dopo il personale trasferito d'ufficio e richiedente il rientro nella sede di precedente titolarità, per le quali, peraltro, la precedenza può operare solo all'interno delle singole fasi, si appalesa illegittimo anche sotto altro profilo, non essendo previsto dalla legge 104/1992, posta a tutela delle disabilità, alcuna differenziazione di disciplina a seconda della natura della disabilità, introdotta dalla contrattazione collettiva che, anche sotto tale punto di vista, di appalesa illegittima perchè in contrasto con una fonte di legge ordinaria.

A tal riguardo, quindi, deve essere preso in considerazione il ragionamento di questo On. Tribunale, contenuto nella citata sentenza n. 20 dell'8.1.2020 n. 20, dove si legge che “... nel caso di lavoratore disabile [ex art. 21 L n. 104/1992] tale diritto non subisce alcun tipo di limitazione, rispetto all'analogo diritto vantato dal parente della persona handicappata il quale può scegliere la sede di lavoro più vicina soltanto "ove possibile" [art. 33, comma 5, L. n. 104/1992]. A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano la tutela dei portatori di handicap grave, non vi sono motivi per limitare tale diritto o per subordinarlo rispetto alle esigenze organizzative dell'amministrazione in sede di gestione delle operazioni di mobilità, essendo del tutto irragionevole la disparità di trattamento rispetto ai soggetti che ricadono nella previsione del punto I del citato art. 13, nonché la subordinazione del godimento di tale diritto rispetto allo sviluppo delle differenti fasi della mobilità. Conseguentemente, l'art. 13 punto III del



CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s 2016/17, nonché l'analoga disposizione prevista nel CCNI per la mobilità 2017/2018, nella parte in cui limita il diritto assoluto di precedenza del personale portatore handicap grave con grado di invalidità superiore ai due terzi, limitano in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione. ... ”.

Ed allora, questo On. Tribunale dovrà ritenere, nel rispetto dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, che, sussistendo posti disponibili per le operazioni di mobilità a domanda, a prescindere dalle limitazione della suddivisione in tre fasi della mobilità comunale, provinciale ed interprovinciale, previste dal CCNI sulla mobilità del 6.3.2019, il diritto di precedenza [sia quello riguardante il docente portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi ex art. 21, comma 2, della legge 104/1992; sia quello riguardante il docente che assiste una persona disabile in situazione di gravità, ex art. 33, comma 5, della L. 104/1992], che è un diritto assoluto con precedenza sulla scelta, non può essere limitato, volta per volta, all'interno della singole fasi, ma va riconosciuto in via assoluta “a monte” prima ancora che si avviino le tre fasi sui posti disponibili; per cui, in buona sostanza, i posti disponibili per le operazioni di mobilità del personale docente della scuola prima debbono essere assegnati ai titolari di precedenza e, solo dopo, sui posti disponibili rimasti, può procedersi oltre nelle operazioni di mobilità nel rispetto delle tre fasi previste dall'art. 6 del citato CCNI; con la conseguenza della illegittimità dell'art. 13 del CCNI del 6.3.2019 che va disapplicato “in parte qua”.

Solo così può essere interpretata la precedenza per il personale della scuola, ed il concetto di posti disponibili per i titolari di precedenza, diversamente opinando, verrebbe disattesa la normativa di legge indicata in epigrafe.

D'altronde, come bene ha precisato il Tribunale di Vicenza, con la sentenza n. 241/2019, “il CCNI, ... , pur rispondendo alle esigenze di assicurare un ordinato svolgimento dell'attività amministrativa, elude nella sostanza la disciplina preferenziale prevista dalla legge a tutela dei soggetti protetti dalla l. 104/1992,



anteponendo le esigenze di gestione amministrativa nella materia dei trasferimenti alle esigenze, di rango costituzionale, di tutela della salute delle persone disabili.

...”.

1.3) Ma vi è ancora di più da considerare.

Le limitazioni alla tutela della disabilità della legge 104/1992, quando sono state giustificate dalla giurisprudenza di legittimità (ma solo per l'ipotesi prevista dall'art.33, comma 5, ma non anche per quella prevista dall'art.21, comma 2), lo sono state solo sotto il profilo concreto ed effettivo – come tale da accertare concretamente in caso di controversia dal Giudice adito, sul rilievo sollevato dal datore di lavoro, su cui solo ne incombe l'onere – e come tali, giammai, giustificabili da una contrattazione collettiva, come tale di rango inferiore, e in ogni caso da modelli precostituiti di gestione amministrativa introdotti dal datore di lavoro, al di fuori del caso concreto.

Ed infatti, la giurisprudenza della S.C., sulla disciplina dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 (e non poteva essere diversamente, proprio perché l'art. 21, comma 2, non prevede alcuna limitazione; ed anche su tale punto il Giudice del primo grado ha errato), applicata in generale per tutti i lavoratori, citata nelle sentenze di merito sopra richiamate (tra cui quelle di Messina e di Genova), facendo leva sulla locuzione “ove possibile”, e quindi sul temperamento della tutela della salute e della tutela dell'impresa, richiedono che il datore di lavoro provi in giudizio un pregiudizio concreto del trasferimento di ordine economico ed organizzativo. Per cui, anche a volere ritenere applicabile quanto sopra (che, peraltro, non si applicherebbe all'art. 21 dove non risulta la medesima locuzione “ove possibile”), in ogni caso, il datore di lavoro, e quindi il Miur, nel caso di specie, avrebbe dovuto provare (e non lo ha fatto) che il trasferimento richiesto avesse determinato problemi organizzativi, cosa che non è avvenuta, ma giammai anteporre modelli formali di gestione amministrativa con la contrattazione collettiva.

E' pacifico, quindi, che tale incombente non può essere assimilato a quanto previsto dall'art. 13 del CCNI sulla mobilità, e quindi alla operatività della precedenza sulle singole fasi, comunale, provinciale ed interprovinciale, perché in tal modo si consentirebbe alla contrattazione collettiva di introdurre deroghe ad una



disciplina di natura legislativa, di rango superiore, peraltro immediatamente applicativa del precetto costituzionale della tutela della salute, riconosciuta del pari di rango superiore anche dalla normativa comunitaria.

Per cui, l'art. 13 del CCNI sulla mobilità è illegittimo, comunque, lo si voglia intendere, già riguardo allo stesso art. 33, comma 5, della legge 104/1992, e a maggior ragione riguardo all'art. 21, comma 2, della stessa legge (che non prevede nemmeno la locuzione "ove possibile"), e in ogni caso, "in radice, per i docenti della scuola, alla luce dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994.

Ne consegue, pertanto, l'illegittimità della citata norma della contrattazione collettiva che, in quanto nulla perché in contrasto con norme di legge, va disapplicata

2- Sull'integrità del contraddittorio

Sotto il profilo processuale, appare opportuna l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i docenti della medesima classe di concorso della ricorrente A046 che hanno partecipato alle operazioni di mobilità 2020/2021 ed ottenuto il trasferimento, in particolare di quelli sprovvisti della precedenza assoluta "ex lege" 104/1992.

Infatti, si osserva che, dal bollettino delle operazioni di mobilità dell'USP di Messina approvato con decreto dirigenziale n. 9641 del 29.6.2020, prodotto agli atti, risulta l'esistenza di posti relativi alla classe di concorso A046, disponibili ed utilizzati nelle operazioni di mobilità in questione, assegnati a docenti sprovvisti della precedenza assoluta "ex lege" 104/1992; in particolare, nel caso di specie, si tratta dei seguenti docenti: Ialacqua Daniele (assegnato nel comune di Messina, al Liceo Maurolico); Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all'Istituto Antonello); Di Blasi Tiziana (assegnata nel comune di Milazzo presso l'I.I. Leonardo Da Vinci); D'Arrigo Gabriella (assegnata nel comune di Barcellona P.G. presso l'ITT Copernico); in pregiudizio al diritto di scelta e di precedenza assoluta della sede in capo alla ricorrente.

Ai fini della notifica ai controinteressati, si osserva che, anche per celerità ed economia processuale, mancando nel bollettino l'indicazione di residenza e gli altri dati identificativi, sussistono i presupposti per autorizzare la notifica ex art. 151 cpc



(derogando dalle onerose formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Potenza.

3- Sulle spese di giudizio.

Per quanto suddetto, e come documentato, la ricorrente è affetta da una grave patologia invalidante, di oltre i due terzi; per l'esattezza è affetta da "*distrofia muscolare di tipo fascio-scapolo-omeroale in soggetto con discopatia L5-S1*", con riconoscimento di invalidità che comporta una "riduzione permanente della capacità lavorativa dal 74% al 99% art. 2 e 13 L. 118/71 e art. 9 D.L. 509/88".

Confidando sull'art. 21, comma della legge 104/1992, e soprattutto sull'art.601 del D.Lgs n.297/1994, e sulla giurisprudenza favorevole in materia, la ricorrente ha, immediatamente, proposto in data 1.7.2020, davanti al tempo competente Tribunale di Messina, ricorso ex art. 700 cpc "ante causam" che ha preso il n. 3297/2020 RG, che, tuttavia, con sorpresa, è stato rigettato, con ordinanza del 28.8.2020, addirittura, con condanna al pagamento delle spese di giudizio, nonostante la citata giurisprudenza favorevole anche di quel Tribunale.

Con l'accoglimento del presente ricorso nel merito, evidentemente, la citata ordinanza perderà ogni efficacia, anche in ordine alla statuizione sulle spese, con tutte le conseguenze che ne discendono, anche di ordine restitutorio.

In ogni caso, questo On. Tribunale, in quanto Giudice del merito, potrà pronunciare ogni altra statuizione sulle spese anche ordine a quelle della fase cautelare "ante causam".

A tal riguardo, questo On. Tribunale non potrà non considerare, in ordine alle spese, i numerosi precedenti favorevoli alla ricorrente, anche di questo On. Tribunale.

^ ^ ^

Ciò premesso, la prof.ssa Maria Catena Ardizzone, come sopra rappresentata e difesa, chiede che l'On. Tribunale del Lavoro di Patti, voglia accogliere le seguenti

DOMANDE

1) Preliminarmente, in quanto da considerare, quelli qui di seguito indicati, come



controinteressati, sprovvisti di diritto di precedenza “ex lege” 104/1992 - Ialacqua Daniele (assegnato nel comune di Messina, al Liceo Maurolico); Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all’Istituto Antonello); Di Blasi Tiziana (assegnata nel comune di Milazzo presso l’I.I. Leonardo Da Vinci); D’Arrigo Gabriella (assegnata nel comune di Barcellona P.G. presso l’ITT Copernico) - non risultando nel bollettino della mobilità alcuna indicazione di residenza né di estremi per evincerla, autorizzare la notifica ex art. 151 cpc, (derogando dalle formalità previste dall’art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR e/o anche dell’Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e/o anche quello di Potenza;

2) Nel merito, ritenere e dichiarare - anche previa disapplicazione “in parte qua” del CCNI del 6.3.2019 e dell’O.M. n. 182 del 23.3.2020, in quanto illegittimi - il diritto della prof.ssa Maria Catena Ardizzone, in relazione alla precedenza ex art. 21, comma 2, della legge n. 104/1992, in considerazione di quanto espressamente previsto dall’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, ed alla disponibilità dei posti per le operazioni di mobilità, così come anche richiesto nella domanda di trasferimento per l’a.s. 2020/2021, con decorrenza giuridica 1.9.2020, all’assegnazione della sede di titolarità, nelle scuole ivi indicate, e, quindi, innanzitutto, a Messina, nonché a Milazzo (ME), a Barcellona P.G. (ME), e/o, comunque, anche in soprannumero, nelle sedi prescelte, nell’ordine di preferenza indicato nella domanda di trasferimento;

3) In ogni caso, conseguentemente, adottare i provvedimenti più idonei ed opportuni a tutela della posizione della ricorrente e del suo diritto soggettivo, ordinando al MIUR, e per esso, per quanto di competenza all’USP di Messina e/o all’USP di Potenza, di provvedere all’assegnazione della sede di titolarità spettante di diritto, in esito alle operazioni di mobilità dell’anno scolastico 2020/2021;

4) Adottare i provvedimenti più opportuni e conseguenziali a tutela dei diritti e delle ragioni della ricorrente, anche in merito alla fase cautelare “ante causam”;

5) Condannare il MIUR e/o, comunque, gli uffici periferici dello stesso, quali l’USP di Messina e/o l’USP di Potenza al pagamento delle spese e dei compensi di



giudizio, anche riguardo alla fase cautelare “ante causam”.

Con ogni più ampia riserva di ogni diritto e ragione, anche in ordine al risarcimento danni.

Si dichiara che la controversia ha valore indeterminabile, che ricade in materia di lavoro, e che il contributo dovuto è di euro 259,00.

Si produce documentazione come da indice.

Messina/Patti, 9.2.2021

avv. Giovanni Marchese

