

ECC.MA CORTE D'APPELLO DI GENOVA

SEZIONE LAVORO

Atto di appello (con richiesta di autorizzazione della notifica ai controinteressati ai sensi dell'art. 151 cpc - già partecipanti al giudizio di I grado giusta autorizzazione ex art. 151 cpc-)

della sig.ra SANTAGADA prof.ssa Maria Vittoria, nata a Massafra (TA) il 15.6.1971 (C.F.: SNT MVT 71H55 F027H), residente a Milazzo (ME), Via Tommaso De Gregorio, s.n., 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, con domicilio anche a Genova, Salita S. Viale, 5/6 S nello studio dell'avv. Emiliano Cerisoli, appellante,

contro

il MIUR, in persona del Ministro pro tempore; l'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina, in persona del legale rappresentante; l'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, in persona del legale rappresentante; domiciliati presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova,

e nei confronti

dei controinteressati indicati al punto 1) delle domande del presente atto, già convenuti in giudizio, previa autorizzazione, mediante notifica ai sensi dell'art. 151 cpc con pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR, dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina,

per la riforma

della sentenza n. 125/2020, pubblicata il 20.11.2020, non notificata, resa nel giudizio n. 11/2020 RG, con la quale il Tribunale di Savona, Sezione Lavoro, ha rigettato il ricorso.

FATTO



Con ricorso depositato presso il Tribunale del Lavoro di Savona, in data 9.1.2020, che ha assunto il n. 11/2020 RG, la prof.ssa Maria Vittoria Santagada, docente di posto comune per la classe di concorso A046 (scienze giuridico – economiche), in servizio con sede di titolarità presso l’Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, ed assegnata all’Istituto Superiore “Mazzini - Da Vinci” di Savona, ha contestato le operazioni di mobilità relative all’anno scolastico 2019/2020 per essere stato lesa - non essendo stata accolta la sua domanda di trasferimento - il suo diritto soggettivo di precedenza previsto dall’art. 21, comma 2, della legge n. 5.2.1992 n.194, in combinato disposto con l’art.601 del D.Lgs n. 297/1994 (**in quanto portatrice di handicap per invalidità oltre i due terzi**), violato dalla contestata illegittima disciplina contrattuale sui trasferimenti applicata dal Miur, di cui al CCNI sulla mobilità del 6.3.2019, essendovi disponibili posti vacanti assegnati, in suo pregiudizio, a docenti privi di precedenza, tra cui, in particolare, due posti a Messina (presso l’ITTL “Caio Duilio” e l’I.S. Minutoli), un posto in a S. Agata di Militello (presso l’ITI Torricelli) ed un posto sull’ambito provinciale dell’USP di Messina; e, quindi, n. 34 posti sul potenziamento a Messina e provincia; essendo residente a Milazzo, dove abita e dove è in cura, per la patologia gravemente inabilitante (di cui alle certificazioni attestanti il grado di invalidità superiore a due terzi, prodotte agli atti), da cui è affetta, costituita da *“pleuropericardite cronica recidivante ed insuff. cardiaca classe II/III nyha in soggetto con pregressa polmonite interstiziale e pregresso k-mammella sx”*, come attestata dalla certificazione medica prodotta agli atti.

In data 28.2.2020, si è costituito il Miur con una memoria del funzionario dell’USP di Savona, avv. Alessandro Clavarino, il quale, a difesa dell’Amministrazione Scolastica, si è solo riportato alla contestata contrattazione collettiva sulla mobilità e, quindi, alla distinzioni in tre fasi delle operazioni di trasferimento, comunale, provinciale ed interprovinciale, e quindi rilevando che la precedenza opererebbe solo all’interno di ciascuna fase, senza nulla rilevare ulteriormente nemmeno in ordine agli effetti concreti per sé pregiudizievoli del trasferimento interprovinciale da Savona a Messina.



La prima udienza di discussione, fissata per la data del 19.3.2020, a causa dell'emergenza da Covid – 19, è stata rinviata d'ufficio all'11.6.2020; e, quindi, sempre a causa della citata situazione emergenziale, ulteriormente rinviata d'ufficio al 18.9.2020 e ancora al 21.9.2020.

In vista della citata prima udienza di discussione, con preverbale relativo all'udienza del 21.9.2020, la ricorrente ha contestato gli assunti del Miur, contenuti nella memoria di costituzione, rilevando che il suo diritto di precedenza, per il caso di specie, doveva ritenersi prevalente rispetto alla normativa, dal momento che la sua domanda di mobilità interprovinciale era fondata, su fonti di legge, e quindi, su fonti gerarchicamente, superiori, costituite non solo, in via generale, dall'art. 21, comma 2, della legge n. 104/1992, che non incontra limiti nei trasferimenti (diversamente dall'art. 33, comma 5, che, in ogni caso, incontra solo il limite di prove concrete da parte del datore di lavoro in ordine a pregiudizi di ordine economico e di servizio), ma, in ogni caso, in via particolare, dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, che costituisce una norma speciale per i trasferimenti del personale docente della scuola, che ha natura assoluta e che non incontra limiti.

Su richiesta della ricorrente di esame, quindi, è stata fissata apposita udienza di discussione al 29.10.2020, con concessione di un termine per il deposito di note, per controdeduzione alla comparsa del Miur, che sono state depositate il 19.10.2020, e con le quali la ricorrente ha avuto modo di ribadire e precisare, in contraddittorio con gli assunti del Miur, la questione di diritto, peraltro, confortata dalla prevalente giurisprudenza favorevole, anche citata ed allegata, tra cui quella del Tribunale di Genova e del Tribunale di Messina, che appare la più coerente con il contenuto degli artt. 21, comma 2, della legge 104/1992, e smi, e 601 del D.Lgs n.297/1994.

La causa è stata, quindi, rinviata per la discussione per l'udienza del 29.10.2020, con termine alle parti per produrre note gg 10 prima dell'udienza.

La causa è stata discussa e, ulteriormente, rinviata all'udienza del 23.11.2020, poi anticipata al 20.11.2020, in vista della quale la ricorrente ha depositato in data 18.11.2020 apposito preverbale con allegate altre due sentenze favorevoli.



Quindi, all'esito della discussione, in data 20.11.2020, è stata depositata la sentenza n. 11/2020 con la quale, sorprendentemente, nonostante il favore della pacifica giurisprudenza in materia, il Tribunale di Savona ha rigettato il ricorso, richiamando una giurisprudenza minoritaria non coerente con il chiaro contenuto letterale della normativa del caso di specie, e quindi degli artt. 601 del D.Lgs n. 297/1994 e 21, comma 2, della legge n. 104/1992.

^ ^ ^

La sentenza è errata, in fatto ed in diritto e deve essere, integralmente, riformata con l'accoglimento delle domande svolte nel ricorso introduttivo, per i seguenti motivi di

DIRITTO

1- Premessa

La sentenza si basa, innanzitutto, su un assunto fuorviante, oltre che irrilevante ai fini della decisione sull'oggetto del giudizio, dal momento che il diritto reclamato in ricorso, ed oggetto di giudizio, è il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità ex art. 21, comma 2, della legge n. 104/1992, la cui natura assoluta per il personale docente della scuola è ulteriormente sancita dall'art. 601 del D.Lgs n.297/1994, pregiudicato dal Miur che ha ritenuto di potere violare le suddette norme di legge, peraltro, di rilevanza costituzionale, con la contrattazione collettiva, che ha introdotto (cfr. art. 13 del CCNI sulla mobilità) delle limitazioni al suo esercizio, non previste dalle citate norme di legge.

In buona sostanza, la disciplina del caso di specie è quella dei trasferimenti a domanda dei dipendenti portatori di handicap con grado di invalidità superiore a due terzi, le cui fonti sono l'art. 21, comma 2, della legge 5.2.1992 n. 104, e, in particolare, per i docenti di scuola, l'art. 601 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297; e la questione controversa è la natura assoluta di tale diritto e la conseguente illegittimità dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità che limita il suddetto diritto di precedenza nei trasferimenti all'interno di ogni singola delle tre fasi, comunale provinciale ed



interprovinciale, riconoscendone l'assolutezza soltanto per le ipotesi di invalidità espressamente indicate nello stesso citato art. 13 punto I.

2- Ha errato il Giudice del primo grado nel capo di sentenza in cui si sofferma nella distinzione tra l'art. 33, comma 6, e l'art. 21 della stessa legge 5.2.1992 n. 104, dal momento che tale distinzione è irrilevante ai fini della decisione e non è oggetto di giudizio, configurandosi, sotto tale profilo, come pronuncia "extra petita" ed "ultra petita; nel contempo, errando anche sulla questione oggetto di giudizio e sulla corretta interpretazione ed applicazione del combinato disposto dell'art. 21, comma 2, della legge n.104/1992, e dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, non riconoscendo la natura assoluta del diritto di precedenza nei trasferimenti a domanda sancito da tali norme di legge, e, in ogni caso, non riconoscendo l'illegittimità delle limitazioni imposte a tale diritto dall'art. 13 del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019.

Alla luce degli art. 434 e 436 bis cpc nella loro nuova formulazione, ai fini dell'ammissibilità del presente motivo di appello, si osserva quanto segue.

a) La sentenza va riformata, innanzitutto, nella parte in cui si sofferma sulla distinzione tra l'art. 21, comma 2, della legge 104/1992 e l'art. 33, comma 6, della medesima legge, del tutto ultronea ed inconferente, tanto più perché da essa ne ha fatto discendere i presupposti per il rigetto della domanda, e quindi il non riconoscimento della natura assoluta del diritto di precedenza vantato dalla ricorrente, docente di scuola portatrice di handicap con grado di invalidità superiori ai due terzi, sancito dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, oltre che dallo stesso art. 21, comma 2, della legge 104/1992.

Si richiama, qui di seguito, il capo di sentenza in commento.

* * *

“... Il ricorso si ritiene infondato.

Emerge dalla documentazione in atti che la professoressa SANTAGADA Maria Vittoria:

- è stata dichiarata portatrice di handicap non in condizioni di gravità (art. 3 comma 1 L. 104/92) con invalidità del 67% nel verbale della Commissione medica dell'Inps del 26.3.2018;
- è stata, poi, riconosciuta affetta da infermità che, pur non rendendo necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, implicano



una invalidità superiore ai due terzi (82%) fin dalla data della domanda amministrativa (dicembre 2016) ai sensi dell'art. 21 legge n. 104/1992.

L'art. 3 L. 104/92 definisce persona handicappata *"colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"* (comma 1); precisa, poi, che *"qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità"* (comma 3).

Non è, quindi, corretto affermare che SANTAGADA Maria Vittoria, nonostante l'elevato grado di invalidità, sia portatrice di handicap in situazione di gravità ex lege 104/92.

Come detto, a seguito del decreto di omologa di A.T.P. emesso dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto la stessa è stata riconosciuta affetta da invalidità superiore ai due terzi (82%).

L'art. 21 L. 104/92 recita: *"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. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda"*.

L'art. 33 comma 6 prevede, invece, che *"La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità (..) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso"*.

La legge n. 104/92 differenzia nettamente le posizioni individuate e disciplinate dall'art. 21 comma 2 e dall'art. 33 comma 6: mentre l'articolo 21 si riferisce alla persona portatrice di handicap, specificando che devono ricorrere un grado di invalidità superiore ai due terzi o minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla L.n. 648/50, l'articolo 33 comma 6 si indirizza ad una categoria ancora maggiormente circoscritta di portatori di handicap, e cioè a quanti versino nella situazione di gravità indicata dall'articolo 3 comma 3.

La persona portatore di handicap grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge, infatti, richiede assistenza continuativa quale può essere garantita soltanto in sede più vicina al domicilio.

Come ha, pertanto, affermato la giustizia amministrativa, ad una differenziazione sostanziale di situazioni giuridiche tutelate consegue necessariamente una distinzione nella tipologia di tutela ad esse accordate: in particolare, quanto alla scelta della sede di servizio o di prestazione dell'attività lavorativa, il beneficio di cui al comma 6 dell'articolo 33, la ratio della disposizione *"è quella di consentire all'interessato, in qualunque momento, anche all'atto dell'insorgenza della patologia invalidante e del suo riconoscimento formale eventualmente successivo al momento dell'assunzione, di richiedere il trasferimento presso la sede prescelta - che deve essere funzionale esclusivamente all'avvicinamento al luogo del domicilio - indipendentemente dall'essere stato predisposto l'interpello apposito indirizzato alla generalità dei dipendenti appartenenti alla medesima amministrazione ai fini dei trasferimenti delle sedi"*



dalla stessa previamente individuate alla luce delle proprie esigenze organizzative e sulla base di una valutazione delle predette esigenze effettuata in concreto e di volta in volta" (TAR Lazio n. 12082/14); nella fattispecie di cui all'articolo 21, invece, "la scelta può essere operata da parte del diretto interessato esclusivamente su disponibilità predeterminate, sulle quali – nella comparazione con altri interessati - il destinatario dei benefici in questione ha un assoluto diritto di precedenza" (Cons. Stato n. 394/98).

Il Consiglio di Stato ha anche precisato che, nel caso disciplinato dall'articolo 21, viene "riconosciuta al dipendente la precedenza rispetto alle altre domande di trasferimento a domanda, ovvero nei confronti degli altri dipendenti aspiranti al trasferimento e che, secondo i criteri ordinari, avrebbero titolo per essere preferiti (ad esempio per situazioni di carichi familiari o per anzianità di servizio o per posizione in ruolo)", ma "la scelta non può che cadere sulle sedi "disponibili", e anche nei trasferimenti a domanda sono disponibili soltanto i posti presso sedi individuate dalle amministrazioni nell'ambito delle relative procedure di tipo concorsuale, ossia quei posti individuati come vacanti per i quali si ritiene di dover far luogo alla copertura, ferma la valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine alla loro indicazione, secondo le proprie esigenze organizzative (di tal che l'amministrazione può indicare tra più posti vacanti quelli che ritiene di dover coprire con priorità, senza che per ciò solo l'aspirante al trasferimento con precedenza possa aver titolo a dolersene, salvo che dimostri, probatio alquanto ardua, che tale indicazione sia manifestamente irragionevole o addirittura ispirata all'intento sviato di conculcare il suo interesse pretensivo)" (sent. n. 5835/15).

* * *

Leggendo la motivazione, si coglie subito che il Giudice del primo grado ha incentrato il suo ragionamento partendo da una questione di diritto – la differenza tra l'art. 33, comma 5, della legge 104/1992 e l'art. 21, comma 2, della stessa legge n. 104/1992 - non oggetto di giudizio ed irrilevante ai fini della decisione, richiamando anche una giurisprudenza amministrativa non pertinente con il caso di specie, peraltro, interpretandola contraddittoriamente; e ciò ha fatto, invece, di fondare il suo ragionamento sulle norme di legge, richiamate nel ricorso introduttivo, che disciplinano il diritto di precedenza nei trasferimenti a domanda del personale docente disabile con invalidità superiore ai due terzi, costituite dall'art. 21, comma 2, della legge 104/1992, e dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994.

b) Ciò posto, la modifica alla ricostruzione del fatto effettuata dal primo Giudice, che si chiede a questa Ecc.ma Corte adita è la seguente.



Va chiarito, in punto di fatto, che la ricorrente ha rappresentato in ricorso di avere partecipato alle operazioni di mobilità, per l'anno scolastico 2019/2020, indicando nella domanda di mobilità le proprie preferenze, tra cui innanzitutto, il Comune di Milazzo (e quindi le scuole esistenti al suo interno), il Comune di Barcellona P.G. (e quindi le scuole esistenti al suo interno), poi, la provincia di Messina (e anche le scuole esistenti al suo interno); ed ancora le provincie viciniore di Catania, Palermo, Cosenza, Ragusa, Reggio Calabria, Roma, Enna, Catanzaro e Napoli; rappresentando di vantare un diritto di precedenza assoluta, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 21 della legge n.104/1992 e all'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, in quanto docente portatrice di handicap con grado di invalidità superiore a due terzi; e, quindi, di avere rappresentato che, risultando disponibili per le operazioni di mobilità - come comprovato dall'elenco dei posti disponibili allegato in atti e, poi, all'esito di tali operazioni, dal bollettino della mobilità dell'USP di Messina del 24.6.2019, anche questo prodotto agli atti, due posti a Messina (presso l'ITTL Caio Duilio e IS Minutoli), un posto a S. Agata di Militello (presso l'ITI Torricelli), ed un posto in esubero nella Provincia di Messina presso l'USP di Messina – nessuno di questi quattro posti sono stati assegnati alla deducente, risultando assegnati, invece, a docenti privi di precedenza.

c) La questione di diritto, pertanto, non riguarda la differenza tra il lavoratore disabile in situazione di gravità, ex art. 33, comma 6, della legge 104/1992, ed il lavoratore disabile con invalidità superiore a due terzi, ex art. 21, comma 2, della stessa legge 104/1992, dal momento che tale differenza rileva e riguarda il momento di partecipazione alle operazioni concorsuali e quindi il momento dell'assunzione, prevedendosi, per l'ipotesi contemplata dall'art. 33, comma 6, della legge 104/1992, che il lavoratore – la cui invalidità deve preesistere all'accesso al lavoro - possa scegliere la sede più vicina al suo domicilio.

La questione di diritto riguarda, invece, innanzitutto, l'ipotesi contemplata dall'art. 21, comma 2, della stessa legge 104/1992 dei trasferimenti a domanda del personale disabile con invalidità superiore a due terzi (contratta anche in costanza di rapporto di lavoro), e in particolare il diritto di precedenza sulle sedi disponibili per le operazioni



di mobilità; e, poi, più in particolare l'ipotesi contemplata dall'art. 601 del D.Lgs n.297/1994 che richiama la situazione soggettiva prevista dal citato art. 21 (e anche dall'art. 33), e che sancisce il diritto di precedenza, in via assoluta, ma limitatamente al personale docente della scuola.

Sicchè, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 5835/2015) è stata citata in modo fuorviante, non solo perché riguarda un caso diverso (quello relativo all'assegnazione di sede nell'ambito di un concorso di referendario di Tar), ma anche perché ha, espressamente, riconosciuto la differenza dei presupposti tra l'ipotesi contemplata dall'art. 33, comma 5, della legge 104/1992 e quella contemplata dall'art. 21, comma 2, della stessa legge; in ogni caso, dovendosi evidenziare che la giurisprudenza del G.O. è pacifica nel riconoscere che tale seconda ipotesi riguarda la disciplina dei trasferimenti a domanda sui posti disponibili del personale che ha contratto l'invalidità anche in un periodo successivo all'assunzione, e quindi in costanza di rapporto di lavoro. E tale seconda ipotesi è pacifica per l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994.

Pertanto, l'intero ragionamento appare manifestamente viziato.

Per cui, questa Ecc.ma Corte dovrà, innanzitutto, prendere atto di quanto sopra e pronunciarsi sull'esatto oggetto di giudizio e, quindi, sulle norme che si applicano a questo, e sulla corretta interpretazione ed applicazione delle stesse al caso di specie.

3- Ha errato il Giudice del primo grado nell'interpretazione ed applicazione del combinato disposto dell'art. 21, comma 2, della legge n.104/1992, e dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, non riconoscendo la natura assoluta del diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità sui posti vacanti e disponibili; e, in ogni caso, non riconoscendo 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.

Ai sensi degli art. 434 e 436 bis cpc, ancora, si osserva quanto segue.

a) La sentenza va riformata, altresì, nella parte in cui si sofferma sulla disamina degli artt. l'art. 21, comma 2, della legge 104/1992 e 601 del D.Lgs n. 297/1994, e dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019, concludendo nel ritenere legittima



la limitazione al diritto di precedenza prevista nella contrattazione collettiva, in contrasto con tali norme di legge.

Si richiama, qui di seguito, il capo di sentenza in commento.

* * *

“... Per il personale scolastico l'art. 601 D.L.vo 297/94 precisa: “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”.

Il MIUR ha affermato di aver riconosciuto alla ricorrente la precedenza invocata, ma di non aver poi potuto disporre il movimento richiesto per indisponibilità di posti all'interno della fase di mobilità (interprovinciale) alla quale la SANTAGADA ha partecipato.

L'art. 13 punto III n. 1 CCNI 6.3.2019, infatti, riconosce la precedenza ai disabili di cui all'art. 21 della L. 104/92 *“in ciascuna delle tre fasi”* in cui è articolata la procedura di mobilità (quindi anche nella terza fase della mobilità territoriale interprovinciale alla quale ha partecipato la ricorrente); il medesimo art 13 precisa poi che per i movimenti in terza fase il docente disabile può usufruire della precedenza per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza, a condizione che abbia indicato detto comune quale prima preferenza; in caso in cui nel comune non esistano scuole esprimibili ammette l'indicazione di una scuola di un comune vicinore ovvero una scuola con sede di organico in altro comune anche non vicinore che abbia una sede/plesso nel comune di residenza/cura.

Diversamente, il punto IV del medesimo CCNI (sul quale si è formato un rilevante orientamento giurisprudenziale) limita il diritto di precedenza in favore dei docenti familiari di disabili in situazione di gravità ai soli trasferimenti all'interno della stessa provincia.

Deve osservarsi che molta giurisprudenza prodotta da parte ricorrente, relativa al diverso caso di soggetti titolari di diritti di precedenza ex art. 33 L. 104/92 che deducevano l'illegittimità del punto IV (e non III) del CCNI che nega la precedenza nelle operazioni di trasferimento interprovinciale, non sia attinente al caso di specie. ...

... . Occorre dunque valutare non se alla ricorrente sia stata riconosciuta la precedenza nel trasferimento interprovinciale (cosa che il MIUR risulta aver fatto), ma se la limitazione dei posti resi disponibili dall'amministrazione per la fase di mobilità interprovinciale alla quale ha partecipato la SANTAGADA (limitazione indirettamente prevista dalla contrattazione collettiva, nella misura in cui ha suddiviso per fasi progressive la procedura) sia compatibile con il disposto dell'art. 21 L. 104/92.

L'art. 6 comma 2 del CCNI 6.3.2019, infatti, colloca le operazioni di mobilità territoriale e professionale in tre distinte fasi: I fase: Trasferimenti all'interno del comune; II fase: Trasferimenti tra comuni della stessa provincia; III fase: mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale. Prevede, poi, che operazioni sia per la mobilità professionale sia per la mobilità territoriale avvengano secondo l'ordine definito dall'allegato 1 e si svolgano secondo la tempistica prevista nelle relative Ordinanze Ministeriali.

Quanto ai posti disponibili per la mobilità interprovinciale, poi, l'art. 8 prevede l'accantonamento del



50% delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali in favore delle immissioni in ruolo autorizzate per ciascun anno scolastico del triennio 2019/20, 2020/21 e 2021 e che per il residuo 50% (quanto all'as 2019/2020 che qui interessa) *"il 40% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 10% alla mobilità professionale"*.

La precedenza assoluta, al di là della suddivisione in fasi, viene riconosciuta dalla contrattazione collettiva solamente al personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120) ed al personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82).

L'art. 3 della legge 120/1991 recita: *"Il personale privo della vista direttivo e docente della scuola di ogni ordine e grado ha la precedenza assoluta nella scelta della sede, quando sia immesso in ruolo a seguito di concorsi ordinari ovvero sia in attesa di sede definitiva. Il personale di cui al comma 1 ha precedenza assoluta nei trasferimenti, passaggi e assegnazioni provvisorie, relativi al movimento interregionale, interprovinciale e intercomunale"*.

L'art. 61 della legge 270/82 equipara, ai fini del riconoscimento della precedenza assoluta, al personale non vedente gli insegnanti con rene artificiale per i comuni in cui non esiste il servizio di emodialisi e per i comuni vicini.

Per i docenti privi della vista (e gli emodializzati ai primi equiparati), dunque, la legge prevede un diritto di precedenza più intenso di quello previsto per i docenti portatori di handicap con invalidità superiore ai 2/3: per questi ultimi è previsto dagli art. 21 legge 104/92 e 601 D.Lgs. 297/94 che essi abbiano la precedenza; per i primi è previsto dall'art. 3 legge 120/91 che abbiano una precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, stabilendosi, in particolare, che i medesimi abbiano la precedenza assoluta nei trasferimenti relativi a ogni tipo di mobilità (interregionale, interprovinciale e intercomunale).

La precedenza della mobilità provinciale su quella interprovinciale è, poi, espressamente prevista dallo stesso legislatore: l'art. 465 del D.Lgs. n. 297/94 prevede che *"sino all'attuazione di quanto previsto dall'articolo 470, comma 1, i trasferimenti nell'ambito della provincia sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da altra provincia"*. L'art. 470, a sua volta, regola la mobilità professionale e prevede che *"specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico. Con gli accordi di cui al comma 1 sono parimenti determinati l'ordine di priorità tra le varie operazioni di mobilità, i criteri e le modalità di formazione delle relative graduatorie, nonché i criteri per finalizzare le utilizzazioni, di cui al successivo articolo 479, ai passaggi di cattedra e di ruolo, fermo restando che i passaggi a posti di sostegno sono subordinati al possesso del prescritto titolo di specializzazione"*.

La procedimentalizzazione per fasi delle operazioni di mobilità, concordata con le organizzazioni



sindacali, ed il sistema delle precedenze previsto dall'art. 13 del CCNI appaiono quindi legittimi e non violativi dei principi alla base della L. 104/92.

La ricorrente, infatti, aveva titolo per partecipare alla fase di mobilità interprovinciale ed in essa poteva spendere, come ha fatto, il titolo di precedenza vantato.

Affermare la valenza in termini assoluti del titolo di precedenza su tutte le fasi della mobilità avrebbe sostanzialmente l'effetto di travolgere i criteri con i quali l'amministrazione, in accordo con le parti sociali, ha individuato per ragioni organizzative non sindacabili i posti effettivamente vacanti e disponibili per la mobilità interprovinciale (sui quali gli aspiranti possono far valere, ex art. 21, la "prelazione").

Non può negarsi la sussistenza di una effettiva esigenza organizzativa dell'Amministrazione convenuta di regolamentare la complessa operazione di mobilità del personale al fine di garantire l'attuazione del servizio scolastico. Tale esigenza è stata attuata mediante accordi sindacali che, a tutela dei diritti dei docenti, hanno concordato nella loro autonomia il miglior contemperamento tra interesse del singolo e interesse della collettività nella regolamentazione delle operazioni di trasferimento, sulla base (per quanto qui rileva) delle proprietà previste dalle differenti disposizioni di legge.

Gli accordi sindacali, infatti, (a differenza di quanto previsto, invece, per il caso del docente familiare di disabile grave) hanno comunque riconosciuto il diritto di precedenza ex art. 21 L. 104/92 in tutte le fasi dei trasferimenti (anche interprovinciali), seppur all'interno di ciascuna delle fasi temporalmente successive; hanno, poi, correttamente assicurato una tutela più pregnante al personale (non vedente o emodializzato) per il quale la legge prevede una precedenza assoluta e non limitata per fasi.

La contrattazione integrativa, inoltre, ha previsto per il personale al quale è stata riconosciuta la condizione di cui all'art. 21 anche la facoltà di inoltrare domanda di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza, in una provincia di libera scelta, che non deve coincidere con quella di residenza, e senza vincoli per l'indicazione delle preferenze.

Si condivide, quindi, quanto affermato dalla Corte d'Appello di Brescia: *"Orbene, tenuto conto che vi sono due diverse mobilità, una provinciale e una interprovinciale, alle quali partecipano ovviamente docenti diversi, le previsioni contrattuali risultano conformi alle disposizioni di cui all'art. 21, co. 2, legge 104/92 e 601, co. 2, del TU: infatti, le parti collettive, disciplinando la mobilità interprovinciale alla quale ha partecipato la ricorrente, hanno riconosciuto ai docenti portatori di handicap in misura superiore ai 2/3, la precedenza su ogni altro docente partecipante alla stessa mobilità, in piena conformità agli art. 21, co. 2, legge 104/92 e 601, co. 2, del TU secondo cui il docente portatore di handicap ha la precedenza in sede di trasferimento. La pretesa di far valere tale precedenza anche nella mobilità provinciale alla quale la docente non ha partecipato non è legittima"; "Le parti collettive, considerato che la legge prevede una precedenza assoluta in tutti i tipi di mobilità solo per i docenti privi della vista, logicamente hanno disposto che venga effettuata prima la mobilità provinciale, garantendo però a detti docenti la precedenza assoluta di cui all'art. 3 legge 128/91 indipendentemente dalla provincia di provenienza, e poi che venga effettuata la mobilità interprovinciale nella quale far valere la precedenza*



di cui al punto III dell'art. 13 del CCNI. Insomma, ciò che rileva è il tipo di precedenza: se si è docenti privi della vista e si ha quindi diritto alla speciale precedenza assoluta ex art. 3 legge 12/91, il CCNI ha garantito tale precedenza, posto che l'ha riconosciuta, indipendentemente dalla provincia di provenienza, anche nella prima fase della mobilità provinciale, mentre se si è titolari della precedenza prevista dagli artt. 21 legge 104/92 e 601 D.Lgs. 297/94, il CCNI l'ha riconosciuta all'interno della mobilità in cui è fatta valere. Detto diversamente: il mancato trasferimento della ricorrente non dipende dal fatto che le parti hanno stabilito di svolgere prima la mobilità provinciale rispetto a quella interprovinciale, ma dal fatto che la ricorrente non è titolare di una precedenza alla quale la legge riconosce prevalenza rispetto ad ogni ipotesi di mobilità, ma di una precedenza che opera all'interno della mobilità alla quale si partecipa" (Corte d'Appello di Brescia, sent. n. 390/19). ...".

* * *

b) Le modifiche che vengono richieste a questa Ecc.ma Corte riguardano, quindi, la ricostruzione del fatto normativo, atteso che ricostruito il fatto oggetto di giudizio nei termini indicati nel motivo precedente, resta da dirimere la questione di diritto sulla corretta interpretazione dell'art. 21, comma 2, della legge 104/1992 e dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994; e, quindi, sulla natura giuridica del diritto di precedenza nei trasferimenti a domanda sui posti disponibili per il personale docente portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi; sul concetto di posti disponibili per tale personale; sulla comprimibilità di tale diritto di precedenza da parte della contrattazione collettiva; sulla illegittimità dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità per contrasto con la predette norme di legge.

c) Ora, partendo dall'esame delle due norme di legge, si rileva quanto segue.

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.”*.

E' utile richiamare anche l'art. 33 della stessa legge 104/1992, nella parte che prevede la precedenza nei trasferimenti dei lavoratori che assistono persone disabili



in situazione di gravità, per la disciplina simile che ne consegue, e per evidenziare alcune differenze che appaiono a favore che il legislatore assegna ai lavoratori disabili. L'art. 33 della legge 104/1992 prevede, infatti, 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 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.

Ma vi è di più.

Tale differenza che riguarda, in via generale, il personale dipendente pubblico o privato a cui è indirizzata la disciplina della legge 104/1992, viene meno, 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 adire 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, che si chiede a questa Ecc.ma Corte di accogliere, non



solo è quella più lineare ed attendibile alla luce del dettato normativo, ma trova il conforto della prevalente giurisprudenza di merito, anche quella già citata in primo grado, la quale, diversamente da quanto, anche sotto tale profilo erroneamente asserito dal primo Giudice (per il quale “*Deve osservarsi che molta giurisprudenza prodotta da parte ricorrente, relativa al diverso caso di soggetti titolari di diritti di precedenza ex art. 33 L. 104/92 che deducevano l’illegittimità del punto IV (e non III) del CCNI che nega la precedenza nelle operazioni di trasferimento interprovinciale, non sia attinente al caso di specie.*”), 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, del tutto ignorato e travisato dal Giudice del primo grado, 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.

* * *

Così se si leggono le note difensive di I grado del 19.10.2020, si coglie il fatto che la giurisprudenza ivi citata è assolutamente pertinente per il caso di specie e dirimente ai fini della decisione sulla questione controversa.

Il Tribunale del Lavoro di Messina, con la sentenza n. 519 n. 592/2019, infatti, ha così statuito: “... 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. ...”.

Sempre il Tribunale del Lavoro di Messina, con altra sentenza n. 1001/2020 del 21.7.2020, tra le altre cose ha statuito 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. ...”.

Il Tribunale di Genova, con sentenza del 30.11.2016, 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".

* * *

A conferma della fondatezza di quanto sopra argomentato anche alla luce della citata giurisprudenza, erroneamente, non colto dal Giudice di primo grado, è il caso citare una recentissima sentenza del Tribunale di Patti n. 20 dell'8.1.2020 ed una



sentenza del Tribunale del Lavoro di Vicenza n. 241 del 12.8.2019, che, peraltro, decidendo, questa volta, su un caso identico a quello di cui qui si tratta – vale a dire di un trasferimento a domanda di un lavoratore portatore di handicap con invalidità superiore a due terzi ex art. 21 della legge 104/1992, richiamato dall’art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 – nell’accogliere il ricorso e riconoscere, disapplicandola, l’illegittimità della disciplina della contrattazione collettiva, ha svolto le medesime considerazioni contenute nelle decisioni sopra richiamate, erroneamente, disattese dal Giudice del primo grado, probabilmente, non congruamente attenzionate.

* * *

-) Nella sentenza del Tribunale del Lavoro di Patti n. 20 dell’8.1.2020, infatti, si legge 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.

Peraltro, 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 I.

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. ...”.

-) Nella sentenza del Tribunale di Vicenza n. 241 del 12.8.2019 si legge 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, antepoendo le esigenze di gestione amministrativa nella materia dei trasferimenti alle esigenze, di rango costituzionale, di tutela della salute delle persone disabili. ...”.

* * *

Ed allora, alla luce delle suddette decisioni, che si fondano principalmente 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.

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 condiviso il ragionamento del Tribunale di Patti, 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, questa Ecc.ma Corte 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 limitazioni 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], non può essere limitato, volta per volta, all'interno delle 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. ... ”.



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 (quelle di Messina e quella di Genova), facendo leva sulla locuzione “ove possibile”, e quindi sul contemperamento 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.

Pertanto, precisati i termini della disciplina del caso di specie, previa riforma della sentenza appellata, la domanda della ricorrente deve ritenersi fondata e va accolta.

4- Ha errato, nel contempo, il Giudice del primo grado nell'asserire che nell'atto introduttivo del giudizio non sarebbe dedotta l'illegittimità della suddivisione in fasi della procedura di mobilità alla quale ha partecipato la ricorrente e che tale argomento sarebbe stato sviluppato solamente nelle note autorizzate depositate il 19.10.2020, quasi fosse un fatto rilevante, ma senza precisare né assumerne la rilevanza ai fini della decisione, in carenza assoluta di motivazione.

Ai sensi degli art. 434 e 436 bis cpc, ancora, si osserva quanto segue.

a) Innanzitutto, si evidenzia il capo di sentenza in contestazione.

"... Nell'atto introduttivo, poi, non è specificamente dedotta l'illegittimità della suddivisione in fasi della procedura di mobilità alla quale ha partecipato la ricorrente: tale argomento è sviluppato solamente nelle note autorizzate depositate il 19.10.2020 dove si legge "il concetto di sedi disponibili non può che significare, in senso assoluto, le sedi messe a disposizione per essere coperte mediante i trasferimenti a domanda, e, quindi, applicata la norma al caso di specie, non ha alcun senso - ponendosi ciò in contrasto con il chiaro tenore letterale della norma in commento - comprimere la precedenza e/o, meglio, comprimere la disponibilità dei posti disponibili, distinguendo tra mobilità comunale, provinciale ed interprovinciale, perché in tal modo la norma precettiva verrebbe elusa e, come tale, verrebbe pregiudicata la "ratio" che è quella del diritto alla salute di rango costituzionale per i lavoratori portatori di handicap; per non dire che si determinerebbe anche una disparità di trattamento tra i lavoratori portatori di handicap che partecipano alla mobilità comunale e/o provinciale rispetto a quelli che partecipano alla mobilità interprovinciale. Si tratta di disposizioni, quelle introdotte dalla contrattazione collettiva ed impugnate nel presente giudizio, che non trovano riscontro, nel modo più assoluto, nel chiaro tenore letterale dell'art. 21, comma 2, della legge 104/1992". ..."

L'assunto è errato in fatto, oltre che in diritto, oltre ad essere manifestamente



irrilevante ai fini del contendere e della decisione.

b) La modifica alla ricostruzione del fatto che si chiede a questa Ecc.ma Corte, è quella di chiarire che la questione sollevata dal Giudice del primo grado, in merito alle critiche sulla suddivisione in fasi della procedura di mobilità, non solo è fuorviante, per quanto anche errata in punto di fatto, ma, nel contempo, è errata anche in punto di diritto, non fosse altro perché si tratta di una argomentazione difensiva, in risposta alla memoria di costituzione del Miur, strettamente connessa e ricompresa nel ricorso introduttivo dove si rileva l'illegittimità dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità per contrasto con l'art. 21, comma 2, della legge 104/1992 e con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, e quindi l'illegittimità della limitazione del diritto di precedenza compresso all'interno delle fasi e non invece, come andrebbe inteso, pienamente esercitabile prima ancora ed al di sopra e a prescindere dalle fasi stesse.

c) Se si legge il ricorso introduttivo si rileva quanto segue.

“... che, in ordine alle operazioni di mobilità in oggetto relative all'a.s. 2019/2020, appare evidente la lesione del diritto soggettivo della ricorrente, perché il beneficio della precedenza della legge 104/1992 (art. 21, comma 1) è assoluto e si applica a tutti i lavoratori portatori di handicap con grado di invalidità superiore a due terzi; per quanto anche, espressamente, confermato per i lavoratori della scuola (art. 601 D.Lgs n. 297/1994) per i quali si parla di precedenza assoluta; ed, ovviamente, anche secondo i principi generali delle fonti, non può trovare limitazioni alcune né regolamentazione meno che mai da norme di natura contrattuale, come il CCNI sulla mobilità del 6.3.2019 (applicato dal MIUR nel caso di specie), che, sul punto (art. 13), deve essere disapplicato; ma anche perché non può essere riconosciuto tale beneficio solo ai trasferimenti provinciali e non anche a quelli interprovinciali e/o, comunque, subordinando i secondi ai primi, perché in tal modo verrebbero violati, oltre alla legge 104/1992 ed al D.Lgs 297/1994 che la richiama, i principi costituzionali di uguaglianza e di parità di trattamento, di diritto al lavoro, e diritto alla salute, oltre che in particolare l'art. 38 della Costituzione di cui la legge 104/1992 è diretta ed immediata applicazione;

che, quindi, il beneficio di cui si tratta costituisce una precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità (**e quindi sui posti dichiarati disponibili per tali operazioni**) non limitabile, nemmeno in parte, dalla contrattazione collettiva;

che, pertanto, alla luce dei fatti di causa e tenuto conto delle superiori considerazioni di diritto, deve ritenersi palese la lesione del diritto soggettivo della ricorrente e, quindi, l'illegittimità “in parte qua” del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019 (tra cui l'art. 13 sul sistema delle precedenze), come anche dell'O.M. n. 203 dell'8.3.2019 (tra cui l'art. 9, comma 12, che richiama, sul punto, il



citato CCNI sulla mobilità), che vanno disapplicati; applicandosi direttamente quanto previsto dall'art. 21, comma 1, della legge 104/1992, richiamata dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994;

che, a tal riguardo, sulla natura precettiva di tali norme e sulla natura assoluta del diritto di precedenza, si è pacificamente espressa anche la giurisprudenza di merito (per analogia, possono citarsi: la sentenza n. 592/2019, pubblicata il 9.7.2019, del Tribunale di Messina; sentenza n. 841/29018, pubblicata il 4.7.2018, del Tribunale di Patti); ... ”.

Nelle note difensive del 19.10.2020, ma prima ancora nel preverbale del 21.9.2020, la ricorrente ha inteso precisare la natura assoluta del diritto di precedenza; e non è stata messa in discussione la suddivisione in fasi delle operazioni di mobilità (comunale, provinciale ed interprovinciale), ma la sua applicazione al docente portatore di handicap con invalidità superiore ai due terzi, quale, per l'appunto, limitazione al suo diritto di precedenza riconosciuto dall'art. 21, comma 2, della legge 104/1992 e a maggior ragione riconosciuto dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, e quindi da norme di legge; con la conseguenza che l'art. 13 del CCNI sulla mobilità è illegittimo perché viola e si pone in contrasto con le citate norme di legge e quindi va disapplicato nel caso di specie.

A ben vedere si tratta di argomentazioni difensive che, addirittura, possono già trarsi dallo stesso ricorso introduttivo; ma che in ogni caso, rientrando nella domanda (intesa come “causa petendi” e “petitum”), e che, tanto più perché svolte nella prima difesa successiva a quella del convenuto (nelle note difensive del 19.10.2020, appositamente autorizzate dal Giudice alla ricorrente, per controdedurre alla memoria di costituzione del Miur), tutt'al più, possono costituire precisazione di domanda. Ma si ripete non si tratterebbe nemmeno di precisazione di domanda, ma di mera argomentazione difensiva rientrante nell'ambito della domanda. In ogni caso, entrambe le ipotesi consentite.

In effetti, il Giudice del primo grado ha posto la questione in via incidentale – tant'è che poi l'ha affrontata, sia pure erroneamente, nel merito – senza precisarne la rilevanza o meno e gli effetti di tale rilievo. Ma comunque la si voglia ritenere, anche per mera completezza difensiva – comunque, cogliendosi il vizio della mancanza assoluta di motivazione – alla luce delle superiori considerazione, emerge, in ogni caso, la sua erroneità in



fatto ed in diritto.

Comunque sia, si tratta, probabilmente, di una svista da parte del Giudice del primo grado, ponendosi un tale assunto, per quanto si ripete irrilevante, in palese contrasto con i principi processuali della domanda (art. 99 cpc) e del contraddittorio, inteso come corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art.112 cpc).

Resta, quindi, l'oggetto della domanda che è quella del riconoscimento del diritto di precedenza assoluta della ricorrente, ai sensi dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 e dell'art.21, comma 2, della legge n. 104/1992, e quindi dell'illegittimità dell'art. 13 del CCNI sulla mobilità che per il caso di specie va disapplicato.

5- Ha errato, poi, il Giudice del primo grado nell'asserire che la ricorrente non avrebbe comprovato il suo diritto all'assegnazione di un posto disponibile.

Alla luce degli art. 434 e 436 bis cpc nella loro nuova formulazione, ai fini dell'ammissibilità del presente motivo di appello, si osserva quanto segue.

a) La sentenza va riformata, anche, nella parte in cui si assume da parte del Giudice del primo grado che la ricorrente avrebbe dovuto provare che esistessero altri concorrenti in possesso di precedenza e con punteggio inferiore al suo che ambissero al trasferimento interprovinciale.

L'assunto è errato e fuorviante.

Nel capo in questione, si legge: “... A ciò deve solamente aggiungersi che l'affermata illegittimità del CCNI mobilità 2019/2021 per contrarietà alle norme di legge nella parte in cui prevede la suddivisione della procedura in fasi progressive, quand'anche tempestivamente dedotta ed eventualmente ritenuta sussistente, non determinerebbe di per sé il diritto della SANTAGADA ad essere trasferita negli ambiti territoriali oggetto di domanda. A tal fine l'odierna ricorrente avrebbe dovuto allegare e dimostrare che, ove le fosse stata accordata la precedenza sui posti dichiarati disponibili per tutte le fasi della mobilità (e non soltanto per la terza fase alla quale lei ha partecipato), la stessa avrebbe effettivamente ottenuto l'invocato trasferimento in assenza di concorrenti titolari di punteggi superiori al suo, parimenti partecipanti alla terza fase dei trasferimenti



interprovinciali e titolari della sua medesima precedenza (o di altra di analogo valore). Il ricorso non contiene, tuttavia, alcuna specifica allegazione in fatto idonea a far apparire tale evenienza come probabile: l'attrice, infatti, si limita a dedurre l'avvenuta assegnazione di sedi da lei ambite a soggetti privi di precedenza e partecipanti a fasi della mobilità anteriori alla sua, ma nulla dice circa l'assenza di altri aventi diritto alla precedenza sui posti da lei richiesti partecipanti (come lei) alla mobilità interprovinciale. Solo a fronte di una simile specifica allegazione il Ministero sarebbe stato tenuto, per il principio della vicinanza della prova, a dimostrare che invece il posto richiesto sarebbe stato comunque assegnato ad altri.”.

La statuizione è, a dir poco, travisante e priva di fondamento in fatto ed in diritto, oltre che in contrasto con i principi generali del processo, sulla domanda, sull'oggetto del giudizio e sulla disponibilità delle prove e sull'onere della prova.

b) La modifica alla ricostruzione del fatto che si chiede a questa Ecc.ma Corte è che, a modifica di quanto assunto dal primo Giudice, ricostruisca il fatto rilevando che la ricorrente non solo ha fornito la prova documentale della domanda – vale a dire che rappresentando che, se fosse stata applicata la precedenza assoluta, a prescindere dalle fasi di mobilità e prima ancora delle stesse, vi erano posti disponibili nell'ambito di quelli richiesti nella domanda di mobilità che sono stati assegnati a docenti privi di precedenza -; ma, nel contempo, anche tenendo conto che il Miur non ha contestato né la circostanza né ha sollevato alcun rilievo sulla sussistenza di altri docenti in possesso di precedenza; ciò rilevando ai fini dell'ammissibilità e della fondatezza del ricorso.

c) Peraltro, una simile prospettazione si pone in assoluto contrasto con l'art. 99 cpc sulla domanda, con l'art. 112 cpc sulla corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, con l'art. 115 cpc (in combinato disposto con l'art. 416, comma 2, cpc) sulla disponibilità delle prove e sull'art.116 cpc sulla valutazione delle prove, oltre che con l'art. 2697 cc sull'onere della prova.

La ricorrente, infatti, ha proposto domanda di accertamento, previo riconoscimento dell'illegittimità dell'art.13 del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019, della violazione



del suo diritto assoluto di precedenza nelle operazioni di mobilità a domanda, a prescindere che si trattasse di mobilità interprovinciale, e conseguente diritto all'assegnazione di uno dei posti disponibili a Messina e Provincia assegnati a docenti privi di precedenza. A fondamento di tale domanda, e quindi ai fini della prova dell'interesse e della fondatezza della stessa, ha prodotto il decreto del dirigente n.10326 del 13.6.2019 che ha approvato l'elenco dei posti disponibili per le operazioni di mobilità, nonché il bollettino della mobilità del 24.6.2019 redatto dall'USP di Messina, aggiungendo nella produzione documentale, per una maggiore intelligibilità del bollettino stesso, un estratto di questo riproducente la mobilità sulla classe di concorso della ricorrente A046. Da tale estratto, risultano quattro posti disponibili assegnati a docenti privi di precedenza, due a Messina, sulle scuole "Caio Duilio" e "Minutoli", uno a Sant'Agata di Militello (ME), sulla scuola "Torricelli", e uno in esubero sulla Provincia di Messina. Nessuna altra prova, a fondamento della domanda, doveva fornire la ricorrente.

D'altronde, se vi fosse stato un docente di altra provincia italiana, o di altro comune della provincia di Messina, titolare di precedenza, innanzitutto, per il principio della domanda, se riteneva che il suo diritto fosse stato leso in tali operazioni di mobilità, avrebbe dovuto sollevare la questione proponendo apposito giudizio; e, peraltro, semmai, la circostanza avrebbe dovuto essere sollevata dal Miur, l'unico in grado di conoscere la pendenza di altri giudizi sui medesimi posti reclamati dalla ricorrente per le medesime ragioni.

Tutt'al più, semmai, il Giudice avrebbe dovuto porsi tale problema sotto il profilo dell'integrazione del contraddittorio, nei confronti di soggetti, ove potessero essere qualificati come controinteressati (ma, probabilmente, non lo sono) e comunque identificati. E semmai, tutt'al più, chiedere documentati chiarimenti, sul punto, al Miur.

Resta il fatto che la ricorrente non avrebbe, giammai, potuto disporre di una simile prova, né, in ogni caso, sapere della sussistenza di tali docenti, dal momento che avrebbe dovuto consultare e richiedere tutti i bollettini delle USP d'Italia e tutte le



domande di mobilità di tutte le provincie italiane (che essendo,peraltro, riservate,non sarebbe state nemmeno teoricamente accessibili) e conoscere della pendenza di altri giudizi.

La ricorrente, invece, per quel che era nella sua disponibilità, ha prodotto l'elenco dei posti disponibili per le operazioni di mobilità, ed anche quello dei posti disponibili sul potenziamento, ed il bollettino della mobilità del 24.6.2019 dell'USP di Messina, nel rispetto dell'art. 115 cpc, preoccupandosi di fornire anche un suo estratto, in tal modo, comprovando con la produzione del bollettino che n. 4 posti, tra quelli disponibili, rientranti tra quelli oggetto della sua domanda di mobilità, uno dei quali avrebbe dovuto essere a lei assegnato in quanto titolare di precedenza assoluta, sono stati assegnati a docenti privi di precedenza.

Ne discende, pertanto, chiaramente, l'erroneità di tale statuizione.

^ ^ ^

6- Per il resto, ciò precisandosi per mera completezza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 346 cpc, si ripropongono nel presente appello, tutte le domande, eccezioni difese e conclusioni già proposte e svolte in primo grado e che debbono intendersi, integralmente, richiamate e parti integranti anche della presente fase di gravame.

7- Sull'integrità del contraddittorio.

Avendo partecipato al primo grado, pur restando contumaci, i controinteressati dovrebbero essere coinvolti, con lo stesso mezzo ex art. 151 cpc, anche nella presente fase di appello.

Quanto alla necessità sostanziale della partecipazione dei controinteressati al processo, ci si rimette alle valutazioni di questa Ecc.ma Corte, rappresentandosi che il Tribunale del Lavoro di Savona l'ha riconosciuta autorizzando 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, dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, per celerità ed economia processuale, mancando nel bollettino della mobilità del 24.6.2019 l'indicazione di residenza e gli altri dati identificativi.

8- Istanza di inibitoria



Sussistono i presupposti di legge per la sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

Invero, per effetto dell'esecutività della sentenza, la prof.ssa Santagada che è residente a Milazzo si vede costretta a recarsi a Savona dove svolge servizio, presso la scuola di titolarità Istituto Superiore "Mazzini - Da Vinci", con grave pregiudizio per le sue condizioni di salute.

Infatti, per la patologia gravemente inabilitante da cui è affetta (di cui alle certificazioni attestanti il grado di invalidità superiore a due terzi, prodotte agli atti), consistente in *"pleuropericardite cronica recidivante ed insuff. cardiaca classe II/III nyha in soggetto con pregressa polmonite interstiziale e pregresso k-mammella sx"*, come attestata dalla certificazione medica prodotta agli atti, l'appellante è soggetto a rischio Covid.

^ ^ ^

Ciò premesso, la prof.ssa Maria Vittoria Santagada, come sopra rappresentata e difesa, chiede che questa Ecc.ma Corte adita voglia accogliere le seguenti

DOMANDE

1) Preliminarmente - tanto più in quanto già considerati dal Giudice del primo grado come controinteressati e già convenuti in giudizio mediante notifica ai sensi dell'art. 151 cpc dal predetto Giudice autorizzata – avendo partecipato al giudizio di primo grado, ove ritenuto necessario, in quanto da considerare come controinteressati, sprovvisti di diritto di precedenza "ex lege" 104/1992 - Ialacqua Daniele (Distretto 029 Comune di Messina, assegnato all'Istituto Caio Duilio); Squadrito Tommasa (Distretto 031 assegnata all'Istituto Torricelli di S. Agata di Militello); Visco Antonella (Distretto 028, Comune di Messina, assegnata all'Istituto Minutoli di Messina); Catanzariti Anna (Distretto 033, Provincia di Messina, assegnata in soprannumero nella provincia) - 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 in appello e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR.



dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina, così come già disposto dal Giudice del primo grado;

2) Sempre in via preliminare, accogliere la domanda di inibitoria, sussistendone i presupposti di legge;

3) Nel merito, poi, innanzitutto, previa riforma della sentenza impugnata, accogliere l'appello con ogni più idonea ed opportuna statuizione, e, conseguentemente, accogliere le domande formulate dalla prof.ssa Maria Vittoria Santagada nel ricorso introduttivo del giudizio;

4) Ritenere e dichiarare - anche previa disapplicazione "in parte qua" del CCNI del 6.3.2019 (art. 13) e dell'O.M. n. 203 dell'8.3.2018, in quanto illegittimi - il diritto della prof.ssa Maria Vittoria Santagada, in relazione alla precedenza assoluta ex art. 21 della legge 104/1992, in combinato disposto con l'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. 2019/2020, con decorrenza giuridica 1.9.2019, all'assegnazione della sede di titolarità, innanzitutto, nelle scuole ivi indicate, nonché, a Messina e/o nella provincia di Messina, e/o, comunque, in uno dei distretti e provincie viciniori, nell'ordine di preferenza indicato nella domanda di trasferimento;

5) In ogni caso, conseguentemente, adottare i provvedimenti più idonei ed opportuni a tutela della posizione della ricorrente e del suo diritto soggettivo, ordinando, immediatamente, all'USP di Messina e/o all'USP di Savona e/o al MIUR, per quanto di competenza, di provvedere all'assegnazione della sede di titolarità spettante di diritto, in esito alle operazioni di mobilità dell'anno scolastico 2019/2020;

6) Condannare il MIUR e/o, comunque, gli uffici periferici dello stesso, quali l'USP di Savona e/o l'USP di Messina, al pagamento delle spese e dei compensi dei due gradi di giudizio.

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 trattandosi di impugnazione è di euro 388,50 .

Si produce documentazione come da indice.

Messina, 28.1.2021

avv. Giovanni Marchese

