

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

**Tribunale di Messina - Sez. Lavoro**

**Ricorso ex art. 414 c.p.c.**

La sig.ra **Calapristi Rosaria** nata a Messina il 15/05/1963, residente a Messina, Via Catania, n.469 is. 1/2, c.f. CLPRSR63E55F158J, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Minissale (MNSGPP74L10F158T) e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Messina, via Dogali n. 1/A, avvocatogiuseppeminissale@pec.it, giusta procura in foglio separato che si deposita in uno al presente atto;

**contro**

1) **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca**, in persona del legale rappresentante p.t. con sede in Roma, Viale Trastevere, 76/A, nonché gli Uffici periferici coinvolti, tutti domiciliati *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Messina, Via dei Mille, 65, is. 221, [ads.me@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.me@mailcert.avvocaturastato.it)

**Premessa**

1. La ricorrente è stata assunta a far data dal 01.09.2015 (**doc. 1**) quale docente di scuola primaria (classe EEEE posto comune) con contratto a tempo pieno ed indeterminato dal Ministero resistente in virtù del piano straordinario di assunzione ai sensi dell'art.1, co.98, lettera c) della Legge 107/2015 (cosiddetta "Buona Scuola");
2. alla stessa, all'esito del piano straordinario di mobilità



nazionale per l' a.s. 2016/2017, frutto della Legge 107/15, è stata assegnata sede presso l'ambito 0022 Lombardia - Milano;

3. con ordinanza n. 207 del 09.03.2018, è stata disciplinata la mobilità del personale docente, con proroga del CCNI per la mobilità 2018 (**doc. 2**);

4. secondo la tempistica indicata, la ricorrente ha inoltrato domanda di mobilità (**doc. 3**) indicando 5 scuole, 4 ambiti territoriali e 6 province, specificando, inoltre, di avere **diritto di precedenza ex art. 33, co. 5 e 7 L. 104/92** all'assegnazione presso gli ambiti della provincia di Messina per assistere la **madre disabile grave** (art. 3, co.3 l. 104/92), giusta documentazione allegata alla domanda (**doc. 4**);

4. all'esito della convalida della domanda di mobilità da parte dell'Ufficio scolastico (**doc. 5**), alla ricorrente è stato attribuito il punteggio di 75, oltre 6 punti per il comune di ricongiungimento, senza riconoscerle la precedenza di legge;

5. alla ricorrente è stato negato, ancora una volta, il movimento richiesto (**doc. 6**);

6. tuttavia, a seguito di domanda di assegnazione provvisoria, presta servizio a Messina fino al 31.08.2019 (**doc. 7**).

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



essendo l'unico soggetto che assiste un familiare disabile grave (genitore, parente o affine entro il secondo grado) ex art. 3, co. 3 l.104/92.

Il mancato trasferimento nella provincia o comunque nel comune di residenza del familiare disabile e, dunque, la permanenza nella scuola di titolarità in una città del nord Italia comporterebbe l'impossibilità oggettiva di provvedere, a causa della lontananza, alle cure e ai bisogni immediati della disabile, con conseguente danno ingiusto e non risarcibile ed inevitabili ricadute negative sullo stato psico-fisico del soggetto debole, già compromesso dalle patologie esistenti; la condizione di persona handicappata e debole necessiterebbe, invece, di maggior tutela che non è stata compiutamente riconosciuta dalla norma pattizia in esame.

Una siffatta situazione, finora scongiurata dall'assegnazione provvisoria, rischia di arrecare grave ed irreparabile nocumento non solo alla docente ma soprattutto al familiare disabile, che versa in condizioni di gravità e di cui la ricorrente è l'unica referente, che finirebbe per subire la brusca interruzione dell'assistenza, necessaria e vitale per il suo stato di salute, di per sé già grave e precario.

Tuttavia, al termine dell'assegnazione provvisoria, la ricorrente sarà costretta a trasferirsi fuori dalla Sicilia in direzione Lombardia, senza punti di riferimento né contatti e senza alcun



riscontro economico che tenga conto degli elevati costi da sostenere per una sistemazione abitativa in una città diversa dalla propria, dovendosi separare dalla propria famiglia, in spregio all'art. 4 della Carta Costituzionale, e con gravi ripercussioni per il familiare disabile in condizioni di gravità.

In *subiecta materia*, per come precisato da diversi precedenti della giurisprudenza di merito (Trib. di Napoli 07.09.16; Trib. di Foggia 05.10.16), la domanda spiegata in ricorso è volta all'ottenimento della corretta assegnazione di sede in uno degli ambiti territoriali della Sicilia, anche in sovrannumero, e non già l'ottenimento di una sede già assegnata ad altri; pertanto, non ricorrendo alcun rapporto plurisoggettivo a carattere unitario, non si ravvisa l'opportunità di estendere il giudizio ad altri soggetti anche in ragione del potere riconosciuto all'Ufficio scolastico di assegnare i docenti in sovrannumero (Trib. di Vercelli 03.01.17); ci si rimette, in ogni caso, alle determinazioni di codesto On.le Tribunale (Cass. Civ. sent. n. 4714 del 09.03.2004).

Si precisa, altresì, che nella fattispecie *de qua* sussiste la giurisdizione ordinaria in quanto trattasi della fase esecutiva del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. e, precisamente, l'ordinanza impugnata riguarda le modalità attuative della l. n. 107 del 2015 e del CCNI concernente la mobilità del personale docente. Il provvedimento impugnato è atto di mera gestione



della mobilità del personale scolastico in relazione a rapporti di lavoro già in essere e non costituisce atto di macro organizzazione. Ciò è quanto recentemente ribadito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con sentenza n. 8821/2018 (**doc. 8**) in *subiecta materia*.

Infine, è opportuno specificare che a mente dell'art. 413 c.p.c., nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni competente per territorio è **il giudice della circoscrizione in cui ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto**.

Nella fattispecie in esame, la sig.ra Calapristi, all'esito delle operazioni di mobilità, non ha ottenuto il movimento richiesto con conferma della sede assegnatale, ovvero Milano; ciò, tuttavia, non vale a radicare la competenza per territorio del Tribunale lombardo, atteso che la stessa ha accettato l'assegnazione provvisoria presso l'Usp di Messina, (luogo in cui la lavoratrice presta effettivo servizio), ricadente nella circoscrizione del Tribunale di provincia che, pertanto, è l'unico ufficio competente a poter decidere della controversia.

Questo il principio enunciato da una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass. Civ., sez. VI, ord. n. 6458 del 15.03.18) secondo cui *"...nelle controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la competenza per territorio va determinata, secondo quanto previsto dall'art.*



413 c.p.c., in coerenza con la finalità legislativa di rendere più funzionale e celere il processo radicando la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio, di talchè il giudice competente dev'essere individuato in relazione al luogo in cui il lavoratore presta effettivo servizio (purchè dotato di un minimo di struttura sufficiente per la sua operatività) e non invece in relazione al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne della singole amministrazioni (Cass. nn. 21562 del 2007, 3111 del 2012); che, conseguentemente, la disposizione di cui all'art. 413 comma 5° c.p.c., secondo la quale competente per territorio nelle controversie elative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto, va interpretata nel senso che, in caso di utilizzazione temporanea del dipendente presso altro ufficio appartenente alla stessa amministrazione, la competenza per territorio va senz'altro determinata con riguardo al luogo in cui il lavoratore presta effettivamente servizio, tale accezione essendo l'unica compatibile con l'anzidetta ratio legis, che l'art. 413 comma 5° c.p.c. condivide con quella che ispira la disciplina dei precedenti commi 2° e 4°; contrari argomenti non possono desumersi dalla



*circostanza che l'utilizzazione del dipendente presso l'ufficio di destinazione avvenga in via temporanea, dovendo logicamente circoscriversi la rilevanza della temporaneità dell'assegnazione (e la conseguente persistenza della competenza territoriale del foro nella cui circoscrizione ricade l'ufficio a quo) ai soli casi di comando o distacco che importino l'impiego del dipendente medesimo presso altra amministrazione o altro ente pubblico; in tale preciso senso va senz'altro ribadito che il comando o distacco, così come ogni tipo di utilizzazione e/o assegnazione provvisoria del pubblico dipendente, non implicando alcuna cesura nel rapporto di servizio del dipendente, non hanno rilievo ai fini dell'individuazione del foro competente per territorio, non potendo dirsi altrettanto allorché l'utilizzazione temporanea venga disposta da un ufficio all'altro della stessa amministrazione (o dello stesso ente) di appartenenza, diventando in questo caso l'ufficio ad quem nient'altro che l'ufficio al quale il dipendente è addetto; diversamente argomentando si finirebbe con il contraddire il principio già ricordato secondo cui il giudice competente nelle controversie dei pubblici dipendenti dev'essere individuato in relazione al luogo in cui il lavoratore presta effettivo servizio e non invece in relazione al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne delle singole amministrazioni, così vulnerandosi la ratio legis di*



*radicare la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari la giudizio" (doc. 9).*

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

**1. Mancato riconoscimento della precedenza ex l. 104/92.**

L'odierna ricorrente gode del diritto di precedenza previsto dalla legge 104/92, atteso che la madre disabile versa in situazione di *handicap* con i connotati della gravità di cui all'art. 3 comma 3 della suddetta legge, come da documentazione in atti.

La docente, già assegnata in Lombardia, proprio in ragione delle condizioni familiari che la individuano quale unico familiare che assiste un soggetto disabile grave, ha inoltrato domanda di mobilità interprovinciale, senza, purtroppo, ottenere il movimento richiesto.

Alla ricorrente, infatti, non è stata riconosciuta la precedenza di cui all'art. 33 l. 104/92 che le avrebbe consentito di collocarsi in posizione utile per l'assegnazione definitiva in uno degli ambiti prescelto.

Tuttavia, come risulta dai bollettini dei trasferimenti, a Messina (**doc. 10**), così come a Catania, Palermo e Siracusa (**docc. 11-13**), sono stati assegnati posti a docenti senza precedenza alcuna, ignorando il diritto riconosciuto all'attuale ricorrente dalla legge 104/92 nonché dalla legge 107/15 art. 1 comma 79.



Infatti, come si evince dal bollettino dei trasferimenti alcuni, e non pochi, docenti in esso elencati sono stati trasferiti sulla base del solo punteggio ed in ragione di ciò sono stati, dunque, preferiti e/o favoriti nel movimento richiesto rispetto all'odierna ricorrente, che, invece, è titolare di diritto di precedenza per assistenza al familiare disabile; circostanza di non poco conto!

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

Il trasferimento che dovrebbe effettuare la ricorrente presso un ambito territoriale così lontano dalla propria residenza, rischia di pregiudicare in maniera infausta i diritti di un soggetto svantaggiato che avrebbe necessitato di maggior tutela da parte dell'amministrazione; si chiede, pertanto, che codesto On.le Tribunale ponga rimedio all'illegittima condotta del Ministero resistente.

Nel contesto della procedura dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/92, richiamato



dall'art. 601 del d. l.vo n. 297/94, la precedenza al figlio che assiste un genitore disabile in situazione di gravità in qualità di referente unico.

Ed infatti, ai sensi del detto art. 33 della legge 104/92 **il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede**<sup>1</sup>.

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

Secondo quanto disposto dal Tribunale di Vercelli “...È indiscutibile che il contratto risponda all'esigenza di dare un ordinato assetto all'organizzazione amministrativa, ma questo non comporta che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché, altrimenti, questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro” (doc. 14).

---

<sup>1</sup> Cass. Civ., sent. n. 25379/2016.



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

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

A sua volta, l'art. 601 del d.l.vo n. 297/94 (T.U. in materia di istruzione) afferma che “gli articoli 21 e 33 della legge 104/92, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico” (co.1) e che “le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (co.2).

È evidente che il CCNI, così come l'O.M., violino tutti quei principi e le norme che il legislatore ha inteso porre a tutela dei soggetti più deboli, negando l'imprescindibile diritto della ricorrente alla cura ed assistenza della madre disabile grave; nella fattispecie



deve trovare applicazione il disposto degli artt. 1339, 1418 e 1419 c.c..

Non solo!

Si osserva che, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, co. 5 L. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla *ratio legis* di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "*i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata*" ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di



interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 l. 104/1992).

È, dunque, dalla *ratio* e dal tenore letterale dell'art.33, co. 5 L.104/92 che si ricava la natura imperativa della norma per la quale non è necessaria un'esplicita previsione di inderogabilità.

Detta norma si configura, infatti, quale disposizione di una *lex specialis* rispetto alle norme di rango secondario contenute nel CCNI in materia di assegnazioni e trasferimenti e come tale non può ritenersi implicitamente abrogata neppure dalle norme successivamente intervenute in tema di collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Il CCNI in esame non può, dunque, derogare alle norme pubblicistiche della L.104/92 volte ad attuare i principi fondamentali di solidarietà sociale, costituzionalmente garantiti, che, nella fattispecie in esame, si traducono nel diritto della persona affetta da handicap grave a ricevere cura ed assistenza dal familiare unico referente.

L'articolo 33, comma 5 L.104/92 rappresenta, infatti, una disposizione attuativa dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione italiana (artt. 2, 3, 30, 32 e 38) che mira a favorire il benessere delle persone con disabilità grave.

La Cass. Sez. Lav. 12.10.2017 n. 24015 ha evidenziato “...la centralità del ruolo della famiglia nell’assistenza del disabile (da ultimo Corte Cost. 329/2011 e, in precedenza, Corte Cost.



233/2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia. Le misure previste dall'art. 33 comma 5 devono dunque intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 Cost., comma 2 - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali. Va inoltre osservato che questa Corte (Cass. 9201/2012, 25379/2016, 22421/2015) ha affermato il principio secondo cui la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza il consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3 secondo comma Cost. e della Carta di Nizza che, al capo 3 riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute



*umana...la lettura dell'art. 33 c. 5 della l. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. 12911/2017, 25379/2016, 2210/2016). L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza...nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. 25379/2016, 9201/2012)".*

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



*vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti".*

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi del Giudice delle Leggi in *subiecta materia*, dei diritti che l'art. 33 l. 104/1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce una norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime ai sensi dell'art. 1418, 1° comma c.c.

Non v'è dubbio, pertanto, che la ricorrente abbia diritto all'assegnazione in uno degli ambiti campani, nel pieno rispetto dei benefici cui ha diritto.

È evidente il macroscopico errore in cui è incorso il Ministero, inficiando l'attribuzione della sede definitiva.

Addirittura paradossale risulta la circostanza che, a parità di condizioni, secondo la contrattazione collettiva venga riconosciuta precedenza a chi risulti già assegnato all'ambito provinciale escludendo, in maniera incostituzionale, una docente che, come nel caso che ci occupa, gode di una precedenza di



legge a garanzia dei diritti di un soggetto debole che necessita di assistenza e cure continue.

Questa ulteriore **disparità di trattamento** tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, invece, prendono parte alla mobilità interprovinciale non trova alcuna valenza giuridica essendo tale distinguo estraneo alla disciplina nazionale e comunitaria.

Trattasi di un evidente **paradosso discriminatorio** tra i docenti in quanto se il **diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale** perché è proprio nei trasferimenti tra province diverse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico, difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente. La **disabilità** se c'è ed è provata *per tabulas* **vale sempre ed incondizionatamente** senza alcuna discriminazione tra i docenti e senza documento per i familiari disabili perché la *ratio legis* non è quella di concedere benefici al docente ma garantire al parente affetto da handicap la continuità dell'assistenza già in atto, onde evitare rotture traumatiche e dannose.

Ne deriva, pertanto che la precedenza deve **“accordarsi in ciascuna fase delle procedure di trasferimento”** come già più volte affermato sia dalla giurisprudenza amministrativa con



la recentissima pronuncia del 15.06.2018 (**doc. 15**)<sup>2</sup> sia dai Tribunali di Cagliari, Messina, Brindisi, Napoli Nord, La Spezia, Catania, Roma, Terni e Reggio Emilia (**docc. 16-24**).

Anche Tribunale di Barcellona P.G. che, con una recentissima pronuncia del 06.07.2018 (**doc. 25**), ha affermato che *“tali disposizioni pattizie meno favorevoli si pongono in contrasto con la suddetta norma imperativa e vanno quindi ritenute nulle”*.

Sul punto si ritiene opportuno richiamare il Tribunale di Pordenone, il quale ha così statuito *“Va ritenuto in primis in tutta evidenza illegittimo l'art. 13 CCNI per la mobilità 12 aprile 2017 laddove consente il beneficio del diritto di precedenza per i soli trasferimenti provinciali escludendolo per quelli interprovinciali ed attribuendolo alla sola fase successiva delle assegnazioni provvisorie, ponendosi in ogni caso una fonte di rango secondario in palese contrasto: **1) con l'art. 33 L. n. 104/92** il quale al comma 5 stabilisce testualmente [...]. Potrebbe anche osservarsi che tale limitazione non è immotivata, ma risponde ad esigenze relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'istituzione scolastica. Sennonché, come del resto confermato da copiosa giurisprudenza sia di legittimità che di merito, **l'art. 33 co. 5 L. 104/92 rappresenta una disposizione attuativa***

---

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



**di principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione (artt. 2, 3, 30, 32 e 38) volti a favorire il benessere delle persone con disabilità grave.** Essa ha natura di norma imperativa che si ricava in maniera incontrovertibile dalla ratio e dal tenore testuale della stessa disposizione, che non è già quella di assegnare benefici a soggetti che hanno un parente disabile portatore di handicap, **bensì quella di garantire a quest'ultimo la continuità dell'assistenza già in atto per il caso che vi sia un parente che se ne occupi.** 2) Con l'art. 601 D. Lvo n. 297/94 secondo cui "l'art. 33 nonché l'art. 21 legge 104/92 si applicano al personale di cui al presente testo unico (comma 1). Le predette norme COMPORTANO LA PRECEDENZA ALL'ATTO DELLA NOMINA IN RUOLO, DELL'ASSUNZIONE COME NON DI RUOLO E IN SEDE DI MOBILITÀ (comma 2)". 3) Con l'art. 21 L. n. 104/92 secondo cui "La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai due terzi già riconosciuta con apposito verbale ... 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**" (Trib Pordenone, sezione lavoro, sentenza 59/2018 del 3/7/2018).

Ed ancora, il Tribunale di Messina, con decreto del 10.11.2017, ha ritenuto illegittima la clausola che limita l'applicabilità del



diritto di precedenza solo ad alcune tipologie di trasferimento:  
*“la clausola pattizia, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità annuale, escludendolo invece nella mobilità definitiva deve ritenersi nulla, a norma dell’art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all’art. 33 co. 5 l. 5.2.1992 n. 104, e conseguentemente deve essere disapplicata, dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, con il solo limite, derivante dall’inciso “ove possibile” contenuto nella norma citata, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato” (doc. 26).*

In analoga fattispecie, il Tribunale di Vercelli (cfr. doc. 14) ha così statuito: *“... E non vi è dubbio, nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti, che la norma contrattuale non può derogare ad una previsione normativa, di rango superiore, limitando i casi in cui coloro che prestano assistenza esclusiva e continuativa (...) non rivestano il grado di parentela ivi indicato, dovendo trovare applicazione, anche in sede di trasferimento tra province diverse, esclusivamente i limiti di cui all’art. 33 ... il CCNI mobilità, nel prevedere che le precedenza possano essere fatte valere soltanto nell’ambito della fase delle operazioni di mobilità cui il docente partecipa, si pone in contrasto con l’art.*



33 (...) dal momento che tale previsione comporta quale conseguenza la sostanziale vanificazione della tutela apprestata dalla l. 104/92 per i docenti (...) che partecipano alle fasi successive alla A. Infatti, pur in presenza di posti materialmente disponibili, tali posti - in virtù di una scelta effettuata a priori, non imposta da alcuna norma primaria, senza alcuna valutazione del caso concreto e senza che ciò si renda necessario per insopprimibili ragioni di carattere organizzativo o di buon funzionamento del servizio pubblico - vengono assegnati a docenti senza alcun titolo di precedenza, in ragione della sola modalità di assunzione in ruolo”.

Anche le norme europee, che trovano ingresso nello Stato Italiano a pieno titolo, tutelano e garantiscono chi appresta assistenza ad un soggetto debole ed ammalato.

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

È questo il **limite oggettivo** indicato dall'art. 33, comma 5 L.104/92 nella locuzione “**ove possibile**” che fa riferimento alle esigenze tecniche, organizzative e produttive della pubblica amministrazione (nella fattispecie *de qua* da un lato la vacanza di organico dall'altro la materiale disponibilità del posto



rivendicato) il cui onere della prova grava sull'amministrazione scolastica (Cass. Sez. lav. sentt. n. 12729/2017, n. 3896/2009, n. 7945/2008, n. 1396/2006; Tar Lazio, n. 6609 del 2008).

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

Nella fattispecie in esame, dunque, vista la natura e la gravità dell'infermità psico-fisica del soggetto disabile, **alla ricorrente deve essere attribuito il diritto di precedenza di cui all'art.33 co. 5 e 7 L. 104/92 con assegnazione della sede di servizio nell'ambito territoriale del comune di residenza del familiare disabile o in quelli a questo più prossimi, secondo le preferenze indicate in domanda; ambiti nei quali sono stati preferiti altri docenti privi di precedenza. Ciò al solo ed unico fine di consentire all'odierna ricorrente di poter continuare a prestare assistenza al familiare disabile grave, anziana e ammalata.**

Qualora l'attuale situazione in cui versa la ricorrente dovesse perdurare, è ovvio che al termine dell'assegnazione provvisoria, obtorto collo, dovrà cessare di prestare assistenza al familiare ovvero rinunciare alla carriera lavorativa, nonostante i benefici di



cui gode.

Sussistono, pertanto, tutti i presupposti per addivenire ad una pronuncia di totale accoglimento delle domande formulate dall'odierna deducente alla quale è stato illegittimamente negato il diritto ad ottenere sede definitiva presso uno degli ambiti territoriali di Messina.

Per i suesposti motivi la ricorrente come sopra rappresentata e difesa, chiede all'On.le Tribunale adito, in persona del Giudice designato, previ adempimenti di rito, l'accoglimento delle seguenti

#### **domande**

- a. Ritenere e dichiarare il diritto della ricorrente al riconoscimento della precedenza ex art. 33, commi 5 e 7 Legge 104/92 per assistere la madre disabile grave, in qualità di unico referente;
- b. per l'effetto, dichiarare illegittimo il mancato trasferimento con permanenza presso la provincia di Milano e ordinare l'assegnazione della docente, anche in sovrannumero presso il comune di Messina, residenza dell'assistito, ovvero in altro viciniore;
- c. con vittoria di spese e compensi di giudizio.

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



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

Si allegano: 1) contratto di assunzione; 2) ordinanza n. 207 del 09.03.2018 e CCNI 2018; 3) domanda di mobilità 2018; 4) documentazione medica ex art. 33 l. 104/92; 5) comunicazione punteggio; 6) mail mancato trasferimento; 7) provvedimento di assegnazione provvisoria; 8) SS.UU. sentenza n. 8821/2018; 9) Cass. Civ., sez. VI, ord. n. 6458 del 15.03.18; 10) bollettino Usp Messina; 11) bollettino Usp Catania; 12) bollettino Usp Palermo; 13) bollettino Usp Siracusa; 14) Tribunale di Vercelli ord. del 12.01.2017; 15) Tar Lazio, ordinanza n. 3634/2018; 16) Tribunale di Cagliari, ord. n. 12060/2017; 17) Tribunale di Messina, ord. n. 62/2017; 18) Tribunale di Brindisi, ord. 16314/17; 19) Tribunale di Napoli Nord, sentenza del 20.06.2018; 20) Tribunale di La Spezia, sentenza n. 88/2018; 21) Tribunale di Catania, ord. n. 29573/2018; 22) Tribunale di Roma, ord. n. 71075/2018; 23) Tribunale di Terni Ord. del 21.05.17; 24) Tribunale di Reggio Emilia, sent. del 28.08.18; 25) Tribunale di Barcellona P.G., ord. del 06.07.18; 26) Tribunale di Messina, decreto del 10.11.2017.

Messina 25 settembre 2018

Avv. Giuseppe Minissale

