

**ECC.MA CORTE D'APPELLO DI MESSINA**

**SEZIONE LAVORO**

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

della prof.ssa RASCONÀ Antonella, nata a Messina, il 15.12.1967 (C.F.: RSC NNL 67T55 F158C), ivi residente in Piazza Vittoria, 5/A, is. 419, 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](mailto:marchese.giov@pec.giuffre.it), fax 090/679645), con studio in Messina, Via S. Giovanni Bosco, 30, che la rappresenta e difende giusta procura in calce al presente atto, ai sensi dell'art. 83, ricorrente, appellante,

contro

il MIUR – Ufficio Scolastico Provinciale di Messina, in persona del legale rappresentante; il MIUR – Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia, in persona del legale rappresentante; il MIUR, in persona del Ministro pro tempore; tutti domiciliati per legge presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina, resistente, appellato,

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 nei siti internet del MIUR, dell'USR per la Sicilia e dell'USP di Messina, come già autorizzato in primo grado, rimasti contumaci,

per la riforma

della sentenza n. 2469/2021, pubblicata in data 14.12.2021, non notificata, resa nel giudizio n. 3378/2020 RG, con la quale il Tribunale di Messina, Sezione Lavoro, ha rigettato il ricorso e condannato la prof.ssa Rasconà al pagamento delle spese di giudizio.

**PREMESSA**



Il presente appello viene proposto, tra le varie censure, appalesandosi sommamente ingiusta ed ingiustificata la condanna della ricorrente, dipendente del Miur, alle spese di giudizio, anche nei termini pieni così come statuiti, non avendo nemmeno tenuto in alcuna considerazione il mutamento di giurisprudenza che lo stesso Tribunale di Messina, sulla questione controversa, ha avuto, tanto più che questa, al momento della domanda, era assolutamente favorevole alla ricorrente fondandosi, tra le altre, su due decisioni, espressamente, segnalate, ed allegate, con le note di trattazione scritta del 17.12.2020 per l'udienza del 22.10.2020; né, peraltro, tenendo in considerazione del sussistente contrasto giurisprudenziale in materia, ponendosi, semmai, la decisione impugnata come minoritaria.

Peraltro, il mutamento di giurisprudenza, in particolare presso il Tribunale di Messina, avvenuto con la sentenza appellata si pone in contrasto con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 e con l'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, correttamente, interpretati in modo costituzionalmente orientato, dal momento che una cosa è la precedenza di natura assistenziale rispetto ai trasferimenti a domanda con la scelta della sede che precede le operazioni di mobilità, altra cosa sono le fasi di trasferimento citate dall'art. 464 dello stesso D.Lgs n. 297/1994, atteso che la precedenza assistenziale, per l'appunto, precede i trasferimenti stessi e non soggiace, quindi, alle regole dei trasferimenti ordinari che riguardano la procedura di mobilità del personale non necessitante di alcuna agevolazione per motivi di salute; e si pone anche in contrasto con la stessa giurisprudenza di legittimità, e di merito, la quale, semmai, tutt'al più, ha posto un problema di contemperamento di interessi tra la tutela della salute del lavoratore e la tutela dell'organizzazione dell'impresa del datore di lavoro, nell'ambito dell'interpretazione della locuzione "ove possibile" di cui all'art. 33, comma 3, quale limite alla natura assoluta della precedenza assistenziale, ma che richiede, perché tale limitazione possa giustificarsi l'onere della prova concreta sul



pregiudizio del trasferimento, che il datore di lavoro deve fornire nel giudizio e che il Giudice deve valutare concretamente nel processo.

La sentenza è errata e, comunque, è sommamente ingiusta anche a considerarsi come si è detto la condanna alle spese di giudizio, peraltro, statuita in assenza di “ius postulandi” e calcolate anche per fasi di attività difensiva che non sono state espletate.

Peraltro, anche la prospettazione in fatto che è data leggere nella sentenza non è esaustiva, non rappresentando in modo completo, in fatto ed in diritto, l’oggetto del giudizio limitandosi alla prospettazione posta in essere dal Miur.

### FATTO

Con il ricorso depositato in data 10.8.2020, la prof.ssa Rasconà, docente di posto comune presso la scuola secondaria di secondo grado, classe di concorso A046–Scienze Giuridiche ed Economiche, in servizio nell’a.s. 2019/2020 con sede di titolarità generica presso l’Ambito Territoriale di Messina, giusto decreto dirigenziale dell’USP di Messina n. 21210 del 20.12.2019, **ha contestato le operazioni di mobilità del nuovo anno scolastico 2020/2021** per essere stato leso – non essendo stata accolta la domanda di mobilità su scuola – il suo diritto soggettivo di precedenza ex art. 33, commi 3 e 5, della legge 5.2.1992 n. 104, ai sensi di quanto previsto dall’art. 601 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297, essendovi posti disponibili vacanti nelle sedi oggetto della preferenza espressa nella domanda di mobilità su scuola (Istituto Antonello) e sul Comune di Messina (Liceo Maurolico), assegnati in pregiudizio a docenti privi di precedenza, dove ella risiedeva e dove, in particolare, curava ed assisteva la madre anziana, sig.ra Russo Giuseppa, portatrice di handicap in situazione di gravità.

**Il Miur, nel costituirsi in giudizio, con la memoria difensiva del 14.9.2020 ha argomentato, in modo fuorviante, la propria difesa come se oggetto del ricorso fossero le operazioni di mobilità dell’anno scolastico 2019/2020** (citando l’ordinanza cautelare di accoglimento del Tribunale del Lavoro di Patti, a seguito della quale la deducente è stata trasferita da Vercelli a Messina, che, diversamente da quanto assunto dal Miur, è del 2.9.2019 e non del 2.9.2020, e riguarda le operazioni di mobilità dell’anno scorso 2019/2020).



Mentre, l'oggetto del presente giudizio è costituito dalla nuove operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2020/2021, nell'ambito delle quali la deducente ha chiesto il trasferimento su scuola, in una delle scuole disponibili di cui alla domanda di mobilità, e sul comune di Messina; con la conseguenza che, in virtù del suo diritto di precedenza ex art. 33, commi 3 e 5, della legge 104/1992, di natura assoluta, per quanto sancito per i docenti della scuola all'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, e, comunque, per effetto della mancanza di prova fornita "a contrario", sul pregiudizio in concreto per l'Amministrazione scolastica conseguente al chiesto trasferimento, avrebbe dovuto essere assegnata in una delle due scuole disponibili di Messina, presso l'IIS Antonello (scuola peraltro espressamente indicata) e/o presso il Liceo Maurolico scuola rientrante nel comune di Messina (anche questo, espressamente, indicato nella domanda).

Per effetto della fuorviante difesa, in prima istanza, è stata emanata ordinanza cautelare di rigetto dell'1.10.2020, incentrata su fatti non oggetto di giudizio, riguardando la mobilità dell'anno precedente 2019/2020.

Pertanto, si è reso necessario il reclamo avverso la predetta ordinanza, ponendo l'attenzione sull'oggetto del giudizio costituito dalla mobilità dell'anno scolastico 2020/2021.

Il Tribunale in composizione collegiale, preso atto dell'oggetto del giudizio, fondato sulle operazioni di mobilità 2020/2021, con l'ordinanza del 5/11.1.2021 ha, tuttavia, rigettato la domanda cautelare sotto altro profilo: innanzitutto, ritenendo rilevante specificare che la mobilità della ricorrente sarebbe stata una mobilità provinciale e non comunale; e, di conseguenza, ritenendo di dovere fondare la decisione sul CCNI sulla mobilità, sugli artt. 6 e 13 non ritenendoli illegittimi ma in coerenza con l'art. 464 del D.Lgs n. 297/1994, relegando la precedenza ex art. 33, commi 3 e 5, della legge n.104/1992, all'interno delle fasi dei trasferimenti (comunale, provinciale ed extraprovinciale), non ponendosi, nemmeno, il problema di argomentare il rapporto tra il citato art. 464 del T.U. sulla scuola, destinata al personale scolastico in generale, e l'art. 601 dello stesso T.U. sulla scuola di natura assistenziale disciplinante la precedenza rispetto ai trasferimenti a



favore del dipendente della scuola portatore di handicap oltre il 65% e/o che assiste persone portatrici di handicap in situazione di gravità. Per cui, a dire del Giudice del reclamo la domanda non poteva essere accolta per la mancanza di posti disponibili per la fase provinciale successiva a quella comunale, essendo stati tutti i posti assegnati, in via prioritaria, nella fase comunale a prescindere dal fatto che quei docenti non erano titolari di alcuna precedenza.

La causa, all'udienza del 22.12.2020, su richiesta della prof.ssa Rasconà, che, peraltro, con le note di trattazione scritta depositava anche la giurisprudenza favorevole esistente pacificamente, in particolare, presso il Tribunale del Lavoro di Messina alla data di deposito del ricorso, ha fissato l'udienza di discussione e decisione al 15.4.2021, con termine fino a gg 10 prima per il deposito di note difensive.

La deducente ha, quindi, depositato le note difensive del 2.4.2021, e, in vista dell'udienza del 15.4.2021, ha depositato le note di trattazione chiedendo la decisione del ricorso con il suo accoglimento.

Il Tribunale di Messina ha rinviato la decisione, per carico di ruolo, all'udienza del 14.12.2021, in vista della quale la prof.ssa Rasconà ha depositato le relative note di trattazione scritta.

Quindi, con sentenza pronunciata e depositata all'udienza del 14.12.2021, il Tribunale di Messina ha rigettato il ricorso, richiamando l'ordinanza del Tribunale in composizione collegiale nulla argomentando sulle difese svolte dalla deducente nelle note difensive del 2.4.2021; e, addirittura, in modo ancora più sorprendente, ha condannato la prof.ssa Rasconà al pagamento delle spese di giudizio in modo pieno per la fase di cognizione e per le due fasi cautelari, senza considerare i contrasti giurisprudenziali esistenti nella materia in questione né, in particolare, il mutamento della giurisprudenza dello stesso Tribunale di Messina che vigeva al momento della proposizione del ricorso, fatti e circostanze ribadite nelle citate note difensive del 2.4.2021.

^ ^ ^



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

## DIRITTO

### A) Premessa.

Come già si è detto, la prima cosa ingiusta che emerge dalla lettura della sentenza è la statuizione di condanna della lavoratrice al pagamento pieno delle spese di giudizio, nonostante, il ricorso sia stato avviato sulla base di una giurisprudenza favorevole dello stesso Tribunale di Messina, e nonostante sia ancora attuale il contrasto giurisprudenziale sul punto e che, peraltro, sicuramente, la decisione impugnata ricade in un orientamento minoritario; la quale decisione, in ogni caso, travisando anche la corretta interpretazione dell'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, in particolare, con riferimento all'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, fonda il convincimento su una errata interpretazione dell'art. 464 dello stesso T.U. sulla scuola, tanto più illogico e contraddittorio in relazione allo stesso suddetto art. 601 del medesimo T.U. sulla scuola, non considerando il rapporto tra norma generale e norma speciale.

B) Passando, quindi, ai motivi di impugnazione, si rileva e censura quanto segue.

1- Ha errato il Giudice del primo grado nel ritenere legittimi l'art. 6, comma 2, del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019, nonché l'art. 13 dello stesso contratto collettivo, in luogo di disapplicarlo, errando sull'interpretazione dell'art. 464 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297 in rapporto con l'art 33, comma 5, della legge 5.2.1992 n. 104 e, in particolare, con l'art. 601 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297. Errore sulla natura giuridica e sul concetto di precedenza assistenziale sulle operazioni di mobilità nonché sul rapporto tra precedenze assistenziali e trasferimenti e sul rapporto tra norma speciale e norma generale. Motivazione carente, illogica e contraddittoria.

Alla luce degli artt. 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 integralmente, e, quindi, nella parte in cui richiama la disciplina sui trasferimenti a domanda prevista dagli artt. 6 e 13 del CCNI sulla mobilità legittimandola richiamando l'art. 464 del D.Lgs n. 297/1994.

Per cui, si intende appellare l'intera sentenza e, comunque, più precisamente, la parte che, qui di seguito, si richiama.

\* \* \*

... Chiarito, dunque, l'oggetto della controversia – trasferimento provinciale per la scuola secondaria di II grado – occorre accertare la sussistenza del diritto della ricorrente all'immediata assegnazione della sede di titolarità, innanzitutto, presso l'ISS Antonello di Messina e/o, in quanto ricompresa nel Comune, presso la scuola Maurolico di Messina in forza della precedenza prevista dalla l. 104/1992. Al riguardo si condividono le motivazioni del Collegio che con l'ordinanza cautelare n. 462/2021 del 11.1.2021 ha rilevato che ai sensi dell'art. 6, comma 2, del CCNI, “concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22”, “Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano 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”. Vengono, poi, analiticamente disciplinate nell'allegato 1 del CCNI le singole fasi dei trasferimenti. Come emerge dalle disposizioni contrattuali, “La seconda fase del movimento concerne i trasferimenti da un comune all'altro della provincia nei confronti dei docenti titolari nella provincia medesima. A tale fase partecipano anche i titolari di posto per l'istruzione e la formazione dell'età adulta. Nell'ambito di questa fase l'ordine delle operazioni dei movimenti è il seguente: A) trasferimenti d'ufficio, secondo l'ordine di vicinanza rispetto al proprio comune di titolarità stabilito dalle apposite tabelle, dei docenti titolari di posti e cattedre che non abbiano prodotto domanda o che, pur avendola prodotta, non abbiano ottenuto il movimento (trasferimento o passaggio di cattedra) a domanda; B) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto III) dell'art. 13 del presente contratto; C) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del presente contratto per i genitori o equiparati di disabile nella provincia di titolarità; D) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del presente contratto per assistenza al coniuge/parte dell'unione civile o al genitore disabile nella provincia di titolarità; E) trasferimenti a domanda dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al comma 14 dell'art. 23 del presente contratto; E1) trasferimenti a domanda dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al comma 15 dell'art. 23 del presente contratto. E2) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto VI) dell'art. 13 del presente contratto nella provincia di titolarità. E3) trasferimenti a domanda dei docenti beneficiari della precedenza di cui al punto VII) dell'art. 13 del presente contratto nella provincia di titolarità. F) trasferimenti, a domanda, dei docenti



titolari in provincia. G) trasferimento a domanda nella provincia di titolarità da sostegno a posto comune e da posto comune a posto di sostegno dei docenti senza precedenza anche se il trasferimento è per scuole dello stesso comune; H) trasferimenti d'ufficio dei docenti titolari su provincia che non hanno ottenuto il movimento a domanda nel corso delle precedenti operazioni; Hbis) trasferimenti a domanda per il personale docente di cui all'articolo 18bis del presente contratto". La ricorrente rientra, dunque, nella lettera C) indicata ("trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del presente contratto per i genitori o equiparati di disabile nella provincia di titolarità") ed il trasferimento opera, comunque, dopo i trasferimenti relativi alla prima fase.

In particolare, "Le operazioni di cui alla prima fase comprendono tanti movimenti quanti sono i comuni della provincia. A tale fase partecipano anche i titolari dei centri territoriali all'interno del comune del centro territoriale di titolarità In questa fase l'ordine delle operazioni dei movimenti sarà il seguente: A1) trasferimenti a domanda, nella scuola primaria, tra i posti dell'organico (comune, lingua inglese) del proprio circolo o istituto comprensivo di titolarità. A) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto I) dell'art. 13 del presente contratto, indipendentemente dal comune o provincia di provenienza; (sono compresi i trasferimenti interprovinciali B) trasferimenti a domanda nel plesso, circolo, scuola o istituto di precedente titolarità (I) dei docenti trasferiti nell'ultimo ottennio in quanto soprannumerari, beneficiari della precedenza di cui al punto II) dell'art 13 del presente contratto; nonché, limitatamente alla scuola secondaria di secondo grado, trasferimenti a domanda dei docenti soprannumerari titolari di istituti oggetto di unificazione prevista dal precedente art. 18 comma 1, lettera A, nonché, limitatamente alla scuola secondaria, trasferimenti a domanda dei docenti individuati come soprannumerari titolari negli istituti di cui all'art. 18, lettera C; C) per la sola scuola secondaria di II grado trasferimenti, a domanda, da corso diurno a corso serale nello stesso istituto e viceversa. D) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza nell'ordine di cui al punto III), 1), 2) (limitatamente ai comuni con più distretti) e 3) dell'art. 13 del presente contratto; D1) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del presente contratto per i genitori o equiparato di disabile limitatamente ai comuni con più distretti; D2) trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenza di cui al punto IV) dell'art. 13 del presente contratto per assistenza al coniuge/parte dell'unione civile o al genitore disabile limitatamente ai comuni con più distretti; E1) trasferimenti a domanda dei docenti beneficiari delle precedenza di cui prima al comma 14 e successivamente al comma 15 dell'art. 23 del presente contratto; E) trasferimenti a domanda in sede". Nel caso di specie, come emerge dai bollettini relativi alla mobilità a.s. 2020/2021, i docenti Visco Antonella e Ialacqua Daniele, che sono stati assegnati nelle sedi rivendicate dalla ricorrente, hanno partecipato ai trasferimenti comunali che rientrano nella c.d. prima fase, che come evidenziato operano prima della c.d. seconda fase in cui rientra la ricorrente.





*Al riguardo, dall'esame delle disposizioni del CCNI emerge che preliminarmente si procede ai trasferimenti comunali e solo successivamente ai trasferimenti provinciali ed interprovinciali. Tale precedenza per la mobilità comunale non appare illegittima, considerato che l'art. 464 d.lgs 1994 n. 297 prevedeva tale procedura per il periodo precedente alla stipulazione del contratto collettivo disponendo che "1. I trasferimenti nell'ambito dello stesso comune sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da comune diverso".*

*Il contratto collettivo ha, dunque, mantenuto la disciplina prevista dallo stesso legislatore per i trasferimenti dei docenti, con la conseguenza che correttamente l'amministrazione ha inizialmente proceduto ai trasferimenti comunali (v. al riguardo Trib. Messina, sez. lav., ord. coll., n. 14924 del 29 luglio 2019 in relazione al rapporto tra trasferimenti provinciali e interprovinciali). ...*

^ ^ ^

Il Giudice del primo grado non ha fatto altro che richiamare la motivazione dell'ordinanza cautelare che ha deciso il reclamo; e, nel contempo, non ha fatto cenno alcuno né alle argomentazioni di diritto dell'appellante esposte nel ricorso introduttivo e, in particolare, poi, precisate nelle note difensive di merito del 2.4.2021, successive alla suddetta ordinanza; né, in ogni caso, alle argomentazioni di diritto contenute nei numerosi precedenti giurisprudenziali richiamati negli atti difensivi, tra cui la stessa giurisprudenza costante del medesimo Tribunale di Messina, del tutto ignorati.

In particolare il Giudice del primo grado non ha tenuto conto delle sentenze del Tribunale di Messina n. 592 del 9.7.2019 e n. 1001 del 21.7.2020, sulla base delle quali la ricorrente, facendo affidamento su tale giurisprudenza del Tribunale, ha avviato il ricorso.

Né è stata spesa alcuna parola sul perché siano state del tutto disattese tali decisioni né le argomentazione ed i motivi di diritto per discostarsene.

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

In effetti, più che il fatto sostanziale va ricostruito correttamente il fatto normativo, non colto dal Giudice del primo grado.

Il fatto normativo va ricostruito, innanzitutto, tenendo conto: della disciplina speciale sulle c.d. precedenze assistenziali finalizzate alla tutela della salute, del



tutto fuorviata e non argomentata dal Giudice del primo grado; del rapporto tra norme speciali e norma generale; della natura giuridica di tali precedenze assistenziali che precedono e sono anteposte alle operazioni di mobilità vera e propria; della giurisprudenza favorevole esistente al momento della domanda e, peraltro, anche tutt'ora esistente; del fatto che, l'unico limite alla natura di precedenza assoluta per i dipendenti della scuola che assistono persone portatrici di handicap in situazione di gravità, tutt'al più, è dato dalla prova concreta in giudizio sul pregiudizio arrecato dalla mobilità all'organizzazione scolastica solo nel qual caso dovendo il Giudice del merito valutare la comparazione degli interessi di natura costituzionale in gioco costituiti dalla tutela della salute e dalla tutela dell'impresa.

c) Ed allora, la circostanza – da cui deriva la violazione di legge – sta nel fatto che nessuna prova è stata fornita in giudizio sul pregiudizio nell'organizzazione scolastica da parte del Miur; e che, quindi, la precedenza andava intesa come precedenza assoluta rispetto alle operazioni di mobilità; e prima ancora della prevalenza della norma speciale sulla norma generale.

In particolare, si consideri quanto segue.

La fonte normativa della disciplina del caso di specie, non può, giammai, essere quella contenuta nell'art. 464 del D.Lgs n. 297/1994, ma, semmai, quella contenuta nell'art. 33, commi 3 e 5, della legge n. 104/1992, peraltro, da interpretarsi, per il personale della scuola, ai sensi di quanto previsto dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994.

Si consideri, a tal riguardo, quanto segue, sulla corretta interpretazione dell'art. 464 del D.Lgs n. 297/1994, in relazione all'art. 601 dello stesso D.Lgs n. 297/1994 e dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992; e, quindi, sulla corretta disciplina del caso di specie.

c.1) L'art. 464 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297, rubricato “*Trasferimenti nell'ambito dello stesso comune*” - collocato nella parte III del T.U. sul “*Personale*”, Titolo I, capo III “*Diritti e doveri*”, Sezione III sulla “*Mobilità del personale direttivo e docente*”, paragrafo II sulla



*“Mobilità a domanda” - prevede che “I trasferimenti nell'ambito dello stesso comune sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da comune diverso.”; quindi, il successivo articolo 465, rubricato “Trasferimenti provinciali e interprovinciali”, al comma 1, prevede che “... i trasferimenti nell'ambito della provincia sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da altra provincia.”.*

L'art. 601 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297, rubricato *“Tutela dei soggetti portatori di handicap”* - collocato nel Titolo V sulle *“Norme comuni al personale”*, capo II sul *“Trattamento di quiescenza e previdenza”* - 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.”.*

L'art. 33 della legge 5.2.1992 n. 104 costituente la *“Legge – quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”*, quindi, prevede, al comma 3, che *“... il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto ... ”*; 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.”*

Ciò posto, si osserva e rileva quanto segue.

La corretta interpretazione, costituzionalmente orientata, del combinato disposto delle suddette norme, sotto il profilo ermeneutico e logico giuridico, non può che partire dalla loro collocazione nella struttura delle disposizioni legislative in cui



sono inserite e dalle relative finalità. Tenuto conto di ciò, non vi può essere dubbio alcuno che la prima delle suddette norme (l'art. 464 del T.U.) ha carattere generale tanto è vero che è collocata nell'ambito delle norme sul "*Personale*" e riguarda il personale direttivo e docente della scuola e ne disciplina in via generale il trasferimento a domanda; la seconda (l'art. 601 del T.U.), peraltro, rientrando nel medesimo T.U. sulla scuola, ha natura speciale tanto è vero che è collocata nell'ambito del "*Trattamento di quiescenza e previdenza*" ed è finalizzata "*Tutela dei soggetti portatori di handicap*", e, quindi, alla tutela costituzionale dell'assistenza dei lavoratori e della salute prevista dall'art. 38 della Costituzione; l'ultima (l'art. 33, comma 5, della legge 104/1992), richiamata, espressamente, dal citato art. 601 del T.U. sulla scuola, ha la medesima finalità e riguarda tutti i lavoratori dipendenti.

Pertanto, è indubbio il rapporto tra norma generale e norme speciali, con la conseguenza che rispetto alla disciplina generale sui trasferimenti, le due norme speciali, ed in particolare, l'art. 601 T.U., riguardanti i docenti portatori di handicap oltre il 65% e/o che assistano soggetti portatori di handicap in situazione di gravità, sanciscono un diritto speciale di precedenza rispetto alle operazioni di mobilità, da intendersi, correttamente, "a monte" delle operazioni di mobilità vere e proprie.

Pertanto, l'art. 461 del D.Lgs n.297/1994, si applica in via generale per i docenti della scuola che non hanno bisogno di assistenza - non portatori di handicap oltre il 65% e/o che non assistano soggetti portatori di handicap in situazione di gravità - e solo per costoro vale la regola generale delle operazioni di mobilità in fasi, comunale, provinciale ed interprovinciale.

Per cui, giammai, può applicarsi la precedenza all'interno delle fasi sui trasferimenti per i docenti aventi diritto di assistenza, perchè così si viola, in modo plateale, la natura giuridica e le finalità di natura costituzionale degli artt. 601 del T.U. sulla scuola e 33, comma 5, della legge n. 104/1992.



Ne discende di conseguenza la palese illegittimità, perché in contrasto con le suddette disposizioni di legge, degli artt. 6 e 13 del CCNI sulla mobilità che vanno disapplicati.

Quanto sopra è dirimente per la decisione del caso di specie.

c.2) In ogni caso, per completezza difensiva, dato per scontato che l'art. 464 del T.U. sulla scuola non può trovare applicazione, si osserva che, semmai, la giurisprudenza di merito e di legittimità, pressochè maggioritaria, si è incentrata sulla portata dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, peraltro, tralasciando la portata dell'art. 601 del T.U. sulla scuola, su cui si è pronunciata anche altra giurisprudenza anche più recente.

c.2a) Per cui, posto che l'art. 464 del T.U. sulla scuola non può trovare ingresso nel caso di specie, il problema postosi dalla giurisprudenza maggioritaria è solo quello dell'interpretazione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 , ed in particolare, della locuzione “ove possibile”, come limite alla natura assoluta della precedenza.

E' il caso citare la giurisprudenza.

Sotto tale profilo, è il caso citare la sentenza del Tribunale di Messina n. 1001 del 21.7.2020 (prodotta con le note di trattazione relative all'udienza del 9.11.2020), dove si legge quanto segue.

*“... Nella contumacia dei convenuti, ... , la causa viene decisa con adozione fuori udienza della sentenza.*

*2.- Si premette in fatto che le circostanze dedotte in ricorso sono documentalmente provate.*

*L'art. 33 della legge n. 104/1992, al comma 5, attribuisce al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con handicap in situazione di gravità (coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti) il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di*



lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e a non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso; e, al comma 6, attribuisce alla persona handicappata in situazione di gravità il diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferita in altra sede senza il suo consenso.

La giurisprudenza di legittimità formatasi con riferimento a tale norma, attraverso una lettera sistematica e teleologica della suddetta disciplina, ha chiarito che il diritto di scelta in questione sussiste sia al momento dell'assunzione che in costanza di rapporto, sempreché il posto risulti esistente e vacante (v. Cass. n. 6150/2019, n. 7693/2018, n.16298/2015, n. 3896/2009).

Tuttavia, anche per la presenza dell'inciso "ove possibile", la Corte di Cassazione ha escluso che la legge abbia attribuito al titolare un diritto assoluto e incondizionato, quanto piuttosto una priorità nei confronti di altri soggetti interessati nell'ambito della disciplina dei trasferimenti intracomunali, intraprovinciali o interprovinciali.

Pertanto, questo diritto può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi, soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico, in un danno per l'interesse della collettiva, **gravando sulla parte datoriale l'onere della prova di siffatte circostanze, non solo ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte** (v. Cass. n. 6150/2019 cit., 23857/2017; S.U. n. 7945/2008; Cons. Stato, Sez. VI, n. 195/2000; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 12802/2014).

**Prova che nella specie non è stata offerta,** avendo il Ministero scelto al contumacia.



*Va poi rilevato che la norma speciale di cui all'art. 601 del T.U. sulla scuola di cui al D.Lgs. n. 297/1994 prevede che gli artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 si applichino anche al personale docente e comportino la precedenza sia all'atto della nomina/assunzione, che in sede di mobilità.*

*Senonchè l'art. 13 del C.C.N.I. sulla mobilità 2016/2017 dell'8 aprile 2016, prorogato anche per gli anni successivi, riconosce la precedenza nei trasferimenti interprovinciali solo ai genitori, ai tutori e ai coniugi obbligati all'assistenza del disabile in situazione di gravità, mentre al figlio che assiste il genitore con disabilità grave attribuisce il diritto di fruire della precedenza tra province diverse "esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria".*

*Come già affermato da gran parte della giurisprudenza di merito occupatasi della questione e da questo ufficio in diversi precedenti analoghi, tale disposizione pattizia, meno favorevole, deve essere ritenuta in parte qua nulla poichè in contrasto con la suddetta norma imperativa.*

*Il mancato riconoscimento del diritto di precedenza spettante alla ricorrente, per l'assistenza alla madre Letteria Giacoppo, risulta quindi illegittimo.*

*2.1.- Orbene, dal bollettino dei movimenti pubblicati dall'U.S.P. di Messina il 24 giugno 2019 si evince che alcune sedi del comune di Messina, indicato dalla Adamo come prima preferenza, sono state assegnate ad altri docenti con punteggio superiore ma senza alcuna precedenza ovvero con punteggio inferiore ma precedenza prevista dal c.c.n.i., non meglio specificata.*

*Pertanto, attesa la disponibilità del posto, in mancanza di altre ragioni ostative si deve ritenere acclarato il diritto dell'istante al movimento richiesto in virtù dell'invocato diritto di precedenza fin dal 1.9.2019, con assorbimento di ogni ulteriore questione.*

*Il Ministero va, quindi, condannato a trasferire definitivamente la ricorrente presso detto comune, secondo il criterio di viciniorietà rispetto a quello di residenza dell'assistito."*



Pertanto, alla luce di tale decisione, già può rilevarsi, per il caso di specie, quanto segue.

In difetto di prova offerta dal Miur sulla circostanza che il trasferimento richiesto dalla prof.ssa Rasconà leda “in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro”, il Giudice del primo grado avrebbe dovuto, necessariamente, applicare pienamente l’art. 33, comma 5, della legge 104/1992, e, quindi, accogliere la domanda della ricorrente, odierna appellante.

**Ed allora si pone a questa Ecc.ma Corte l’attenzione di valutare, ai fini della decisione, la rilevanza della condotta processuale del Miur, e quindi della necessità della prova concreta sulla lesione delle esigenze organizzative del datore di lavoro ostative all’esercizio del diritto di precedenza nel trasferimento.**

**Tale principio della prova concreta e dell’onere della prova in capo al datore di lavoro pubblico** per il caso di cui si tratta (e di tutti i casi similari a quello di specie), come anche si evince dalla predetta sentenza del Tribunale di Messina n. 1001/2020, **trova il suo fondamento, come si coglie dalla suddetta giurisprudenza di merito, nella giurisprudenza di legittimità oltre che in quella del Giudice Amministrativo.**

In altri termini, questa Ecc.ma Corte dovrà pronunciarsi tenendo conto che “... questo diritto può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi, soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico, in un danno per l’interesse della collettiva, **gravando sulla parte datoriale l’onere della prova di siffatte circostanze, non solo ostative all’esercizio dell’anzidetto diritto ma anche non suscettibili di essere diversamente**





soddisfatte (v. Cass. n. 6150/2019 cit., 23857/2017; S.U. n. 7945/2008; Cons. Stato, Sez. VI, n. 195/2000; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 12802/2014).

**Prova che, nella specie, non è stata offerta.**

In particolare, infatti, nella sentenza della Corte di Cassazione a SS.UU. n. 7945 del 27.3.2008, al punto 7.1, si legge “*La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto di scelta della sede fa carico, poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 2113 cc, uc., (per l’affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro cfr. ex plurimis: Cass. 22 marzo 2005 n. 6117, Cass. 15 maggio 2004 n. 9290).*”.

Ed ancora, nell’ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, n. 6150 dell’1.3.2019, al punto 31, si legge “*pur qualificata la censura oggetto del secondo motivo di ricorso ai sensi dell’art. 360 cpc, comma 1, n. 3, deve escludersi la violazione dell’art. 2697 cc atteso che la Corte di merito ha correttamente addossato alla società datrice di lavoro l’onere di dimostrare l’impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni di recapito;*”

Pertanto, in difetto di prova offerta dal Miur sulla circostanza che il chiesto trasferimento leda “in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro”, il Giudice del primo grado avrebbe dovuto, necessariamente, accogliere le domande della prof.ssa Rasconà, applicando l’art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992.

Per cui, la sentenza di primo grado dovrà essere integralmente riformata, alla luce delle superiori considerazioni, in ordine alla carenza di prova ed in ordine all’onere della prova, richiamando la giurisprudenza pacifica della Corte di



Cassazione anche a Sezioni Unite, e su cui non potrà che porsi l'attenzione di questa Ecc.ma Corte.

c.2b) Ma è anche il caso citare quella giurisprudenza anche più recente che pone l'attenzione anche sull'art. 601 del T.U. sulla scuola, che rafforza la tutela del personale scolastico necessitante di assistenza per ragioni di salute.

E' il caso citare, a riguardo, una sentenza del Tribunale di Messina n. 592 del 9.7.2019 (peraltro, prodotta anche nel giudizio di primo grado), che trova conferma, oggi, nella più recente sentenza del Tribunale di Palermo n. 2521 del 16.6.2021.

Nella sentenza del Tribunale di Messina n. 592 del 9.7.2019, si legge quanto segue.

*“... le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. N. 7945 del 27.3.2008) hanno quindi affermato: “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. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma quinto del citato art. 33, sollevata in riferimento all’art. 3 della Costituzione nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l’handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all’ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo*



trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevole finalizzata alla valorizzazione dell’assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr. ordinanza Corte Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto anche modo di ricordare come esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992 ne abbia già sottolineato l’ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ha anche aggiunto che essa incide sul settore sanitario ed assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a far superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell’esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992)”. Deve quindi considerarsi che il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l’art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell’art. 1418, comma primo, c.p.c.. Ora, 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. Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni oggetto di censura non può non rilevarsi la nullità dell'art. 13 del CCNI nella parte in cui nega la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale al genitore che assiste un figlio affetto da handicap grave (accordandola invece alla persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile, criterio che appare estraneo a qualunque esigenza organizzativa della PA).".

Ma vi è di più.

In linea con la suddetta decisione di merito, si pone quella del Tribunale di Palermo n. 2521 del 16.6.2021, che supera la decisione della S.C. n. 4677/2021 (incentrata sempre sulla scia del bilanciamento di interessi collegato alla locuzione "ove possibile", prevista nell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, di cui si è detto in precedenza), che trova conferma in numerose altre decisioni di merito che tutte si pongono in linea con la giurisprudenza precedente e pacifica della stessa Corte di Cassazione, ponendo poi l'attenzione all'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994.

Il Tribunale di Palermo — dopo aver richiamato i principi stabiliti sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia dalla Convenzione ONU e dalla Commissione Europea in materia dei diritti delle persone con disabilità- ha rilevato, infatti, che l'applicabilità dei



benefici previsti dalla legge 104/1992 al personale della scuola è prevista da una disposizione speciale, inserita nel Testo Unico della Scuola di cui al D. Lgs. n. 297/1994, e si pone in linea con la stessa giurisprudenza di merito e di legittimità precedente a quella sopra citata, che resta una decisione isolata e disapplicata dai Giudici di merito con le successive pronunce tra cui quella in commento.

Nella sentenza sopra citata del Tribunale di Palermo si legge quanto segue:

*“... Il ricorso appare fondato.*

*Ed invero, in relazione alla preferenza ex lege 104/1992 per il genitore disabile, la risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) “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”.*

A sua volta, 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).*

*Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso "ove possibile" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).*

*Ora, venendo alla fattispecie in esame, deve preliminarmente disattendersi l'orientamento giurisprudenziale, ormai minoritario, secondo cui il beneficio di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/92, anche dopo le modifiche introdotte dagli artt. 19 e 20 della l. n. 53 del 2000, in favore del familiare che assista con continuità un parente handicappato, è concedibile unicamente in fase di prima scelta della sede lavorativa (all'atto cioè dell'assunzione e non anche in sede di trasferimento), aderendo questo giudice al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (valga per tutte, Cass., 18.12.2013, n. 28320).*

*Per tale ragione risulta del tutto non condivisibile il precedente citato dall'Amministrazione, che sarebbe stato emesso da questo Tribunale*



(ordinanza cautelare non prodotta in atti): il trasferimento cui la citata norma si applica è con tutta evidenza quello volontario, poiché quello operato dal datore di lavoro si scontra con il diverso limite posto dalla L. n. 104/1992 del divieto di trasferimento senza il consenso dell'interessato.

Ciò posto, la preferenza va certamente accordata alla ricorrente, essendovi prova sia dello stato di disabilità del suocero, ed essendo pacifica la qualità di referente unico della ricorrente, sulla scorta della quale, del resto, l'Amministrazione ne ha disposto l'assegnazione provvisoria.

Come correttamente osservato dal Tribunale di Genova, n. 528/2018 (dott. Basilico), se è vero che 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, poiché 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 ancora isolata a quanto consta, è intervenuta su una fattispecie regolata dalla contrattazione collettiva in modo analogo a quella in esame, ma non ha potuto valutare 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 come 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 limiti 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.**

**Per questa ragione non può condividersi la recente pronuncia della Suprema Corte con ordinanza n. 4677/2021, poiché essa – verosimilmente in relazione ai motivi del ricorso - si fonda unicamente sull'interpretazione dell'art. 33 L. n. 104/1992, mentre non prende in alcuna considerazione l'art. 601, comma 2, T.U. Scuola, il quale, in attuazione delle norme degli artt. 21 e 33 L. 104/1992, che espressamente richiama, prevede che i soggetti richiamati da dette norme hanno precedenza nella mobilità.**

**La norma si esprime senza riserva alcuna, con la conseguenza che il citato CCNI e la OM sulla mobilità non avrebbero potuto violare la norma**





primaria, prevedendo in luogo della mobilità l'assegnazione provvisoria, in quanto quest'ultima non è istituto che fa parte della mobilità, ma ha natura e finalità del tutto diverse.

La prevalenza della normativa primaria su quella secondaria, inderogabile nell'impiego pubblico, comporta quindi di ritenere la nullità sul punto dei predetti CCNI e OM sulla mobilità, per violazione del citato art. 601, con conseguente accertamento del diritto di parte ricorrente alla precedenza prevista dalla norma primaria.

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

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

Poiché, quindi, il MIUR – che ne aveva l'onere anche per il principio di vicinanza della prova - non ha in alcun modo dedotto o dimostrato che solo docenti con preferenze della medesima specie di quelle spettanti alla stessa, in particolare ex lege 104/1992, siano stati preferiti al ricorrente, mentre è documentale che sono stati trasferiti diversi docenti su posti tra quelli da lei richiesti nella domanda di mobilità, molto più vicini di quello di titolarità alla residenza del disabile, e poiché del resto è documentale che residuavano posti disponibili nel Comune di Palermo a seguito dei movimenti, la domanda va accolta come in dispositivo, assorbita ogni ulteriore questione.

Il ricorso, quindi, va accolto con le statuizioni di cui in parte dispositiva. ....”.

Ed allora, non vi può essere dubbio che, ai sensi dell'art. 601, comma 2, del D.Lgs n. 297/1994, la precedenza in questione deve ritenersi assoluta.

^ ^ ^



**In ogni caso, alla luce di tutto quanto sopra, la precedenza deve precedere le operazioni di mobilità, siano esse interprovinciali, provinciali e/o comunale e, quindi, in tali termini, non può trovare alcuna limitazione.**

Per cui, la sentenza impugnata è, assolutamente, errata in punto di diritto.

Pertanto, questa Ecc.ma Corte, dovrà giungere all'unica conclusione possibile del riconoscimento del diritto di precedenza nella mobilità di cui si tratta, relativa all'anno scolastico 2020/2021, a favore della prof.ssa Rasconà.

Conseguentemente, le norme contrattuali censurate, gli artt. 6 e 13 del CCNI sulla mobilità, devono ritenersi illegittime e come tale "tamquam non esset", ed il G.O., ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs n. 165/2001, deve disapplicarla.

c.3) Ed allora, per quanto sopra esposto, può dirsi con certezza che, giammai, potrà trovare applicazione, al caso di specie, l'art. 464 del T.U. sulla scuola e che, in ogni caso, sono illegittimi in quanto in contrasto con l'art. 601 dello stesso T.U. scuola e con l'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, gli artt. 6 e 13 del CCNI sulla mobilità e come tali sono inefficaci e vanno, comunque, disapplicati.

Non vi può essere dubbio alcuno sulla manifesta fondatezza dell'appello e sulla ragionevole probabilità del suo accoglimento.

c.4) Le superiori considerazioni evidenziano, quindi, la lesione del diritto soggettivo lamentato dalla prof.ssa Rasconà e l'errore in cui è caduto il Giudice del primo grado.

A tal riguardo, si richiama il contenuto del ricorso introduttivo e, quindi, di tutti gli atti e verbali di causa.

Basti qui ribadire che, dal bollettino delle operazioni di mobilità dell'USP di Messina approvato con decreto dirigenziale n. 9641 del 29.6.2020, prodotto agli atti, risulta l'esistenza di posti relativi alla classe di concorso A046, disponibili ed utilizzati nelle operazioni di mobilità su scuola a Messina in questione, assegnati a docenti sprovvisti della precedenza assoluta "ex lege" 104/1992; in particolare, nel caso di specie, si tratta dei seguenti docenti: Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all'Istituto Antonello, con punti 36,00); Ialacqua Daniele (assegnato nel



comune di Messina, all'Istituto Caio Duilio, con punti 157,00); in pregiudizio al diritto di scelta e di precedenza assoluta della sede in capo alla ricorrente, odierna appellante.

E' palese, quindi, il diritto della prof.ssa Rasconà all'assegnazione presso la scuola Antonello e/o, in subordine, presso la Scuola Maurolico, come chiesto in domanda, con decorrenza giuridica 1.9.2020.

2- Ha errato il Giudice del primo grado nel condannare la prof.ssa Rasconà al pagamento delle spese di giudizio e/o, comunque, nell'importo statuito per violazione dell'art. 92 cpc. Carenza assoluta di motivazione.

2.1) Con l'accoglimento dell'appello, anche la statuizione sulle spese dovrà essere integralmente riformata ed annullata.

2.2) In ogni caso, sulla statuizione in sé si censura quanto segue.

a) Innanzitutto, va considerato il fatto che la difesa è stata svolta dal Miur senza l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato.

b) Quindi, va considerato il fatto della difesa svolta dal Miur nel giudizio cautelare di prima istanza, con la memoria difensiva del 14.9.2020, peraltro depositata anche per il merito, travisante e fuorviante rispetto all'oggetto del giudizio; e come tale questa non può non essere considerata sul riconoscimento dei compensi.

Lo stesso Giudice del primo grado, per il merito, non ha valutato che l'unico atto difensivo è, per l'appunto, la memoria difensiva del 14.9.2020, utilizzata anche nel giudizio cautelare di prima istanza, la cui difesa è errata in quanto incentrata sulle operazioni di mobilità dell'anno precedente.

In ogni caso, il Giudice del primo grado ha anche errato non avendo considerato correttamente l'attività effettivamente svolta nelle fasi del giudizio.

Infatti, il Miur non ha preso parte alle fasi della discussione né nel ricorso cautelare di primo grado, né nel reclamo, né nel giudizio di merito.

Il Miur si è limitato, infatti, nel giudizio di primo grado, a depositare la predetta memoria difensiva del 14.9.2020. Invero, in fase cautelare n. 3378-1/2020 RG, il



Miur non ha depositato note difensive ulteriori né ha partecipato alla fase di discussione. Lo stesso dicasi per la fase di merito n. 3378/2020 RG. E ciò si evince facilmente dalla consultazione del fascicolo telematico di I grado, compresa la fase cautelare, di cui si allega la copia della videata.

Lo stesso dicasi per il giudizio di reclamo n. 3872/2020 RG, dove, a parte la costituzione, risulta presente alla fase di decisione soltanto l'odierna appellante.

Pertanto, tenuto conto dell'attività difensiva effettivamente svolta, tanto più perché distinta dallo stesso Giudice del primo grado in fasi, i compensi appaiono errati e, complessivamente, eccessivi.

c) In ogni caso, la condanna alle spese appare errata e/o, comunque, sommamente ingiusta già solo per il fatto che al momento del deposito della domanda la giurisprudenza messinese era pacifica e favorevole per la tesi difensiva della ricorrente, odierna appellante, oltre che per il fatto che sussiste contrasto giurisprudenziale.

Basti solo citare la sentenza del Tribunale di Messina n. 1001 del 21.7.2020, sopra richiamata, come anche la sentenza del Tribunale di Messina n. 592 del 9.7.2019.

D'altronde, l'art. 92 cpc, al comma 2, prevede che *“Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o di mutamenti della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti parzialmente o per intero.”*

Ora, nel caso di specie, nonostante la copiosa giurisprudenza prodotta agli atti e, addirittura, quella stessa proveniente dal Tribunale di Messina sussistente al momento della domanda, il Giudice del primo grado ha condannato in pieno la prof.ssa Rasconà, mortificando ulteriormente il pregiudizio subito.

In ogni caso, non sussiste alcuna congrua motivazione a corredo di tale statuizione, non solo non tenendo conto del mutamento di giurisprudenza ma, altresì, della giurisprudenza del tutto contrastante, anche successiva a quella oggetto dell'appello.



Tutto ciò, coerentemente e prudenzialmente, avrebbe dovuto indurre il Giudice del primo grado, quanto meno, alla compensazione delle spese del giudizio.

3- Per il resto, ciò precisandosi per mera completezza difensiva, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 346 cpc, si ripropongono nel presente giudizio 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.

4- Sull'integrità del contraddittorio in appello nei confronti dei controinteressati.

Con il decreto dell'11.8.2020 di fissazione dell'udienza di discussione nel merito, il Giudice del primo grado ha autorizzato la notifica ai sensi dell'art. 151 cpc, mediante pubblicazione sui siti istituzionali del Miur, dell'USR per la Sicilia e dell'USP di Messina. Lo stesso anche con decreto di pari data per la fase cautelare. E ciò è stato, in entrambi i casi, regolarmente, adempiuto.

Avendo, quindi, partecipato al primo grado, gli stessi controinteressati dovrebbero essere coinvolti, con lo stesso mezzo ex art. 151 cpc, anche nella presente fase di appello.

A tal riguardo, per completezza, si ribadisce che, mancando nel bollettino dei trasferimenti l'indicazione di residenza e gli altri dati identificativi, sussistono i presupposti per autorizzare la notifica ex art. 151 cpc (derogando dalle onerose formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina. E per tali motivi, il Giudice del primo grado ha autorizzato la notifica ai controinteressati ai sensi dell'art. 151 cpc.

^ ^ ^

Ciò premesso, la prof.ssa Antonella Rasconà, 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 formalmente al giudizio di primo grado, autorizzare la notifica ex art. 151 cpc, (derogando dalle normalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione dell'atto di appello e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR, dell'USR per la Sicilia e dell'USP di Messina, così come anche già disposto dal Giudice del primo grado con il decreto di fissazione dell'udienza dell'11.8.2020;

2) Nel merito, previa riforma della sentenza impugnata, accogliere il presente appello con ogni più idonea ed opportuna statuizione; e, conseguentemente, accogliere le domande formulate dalla prof.ssa Antonella Rasconà nel ricorso introduttivo del giudizio;

3) 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 Rasconà Antonella, in relazione alla precedenza di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, come richiamata e fatta propria dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, ed alla disponibilità dei posti destinati alle operazioni di mobilità, così come anche richiesto nella domanda di trasferimento l'a.s. 2020/2021, con decorrenza giuridica 1.9.2020, all'assegnazione della sede di titolarità, innanzitutto, nelle scuole ivi indicati, disponibili, quale l'ISS Antonello di Messina, e/o, in quanto ricompresa nel Comune, presso la scuola Maurolico di Messina;

4) Adottare i provvedimenti definitivi più idonei ed opportuni a tutela della posizione della prof.ssa Antonella Rasconà e del suo diritto soggettivo, ordinando, immediatamente, all'USP di Messina 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 2020/2021;

5) Condannare il MIUR e/o, comunque, l'ufficio periferico dello stesso, quale l'USP di Messina, al pagamento delle spese e dei compensi di entrambi i gradi di giudizio.



Si dichiara che la controversia ha valore indeterminabile, che ricade in materia di lavoro, e che il contributo dovuto è di euro 388,50.

Si produce documentazione come da indice.

Messina, 9.6.2022

avv. Giovanni Marchese

