

TRIBUNALE CIVILE DI TERMINI IMERESE - SEZ. LAVORO

Ricorso

della Sig.ra **Nicosia Tiziana**

(PA) il 14/04/1973 e residen

elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Alessio Ardizzone (CF. RDZLSS75P14G273F), pec: alessioardizzone@pec.it – fax 091/6195380, e Christian Conti (CF. CNTCRS73T06C351T), pec: avv.conti@pec.it-fax 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente, giusta procura in calce al presente atto

CONTRO

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro-tempore, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo,

I) La Sig.ra Nicosia, assunta dal MIUR con contratto a tempo indeterminato come docente di scuola primaria, nell'ambito del Piano Straordinario di assunzione docenti ex L. 107/2015, presentava domanda di mobilità per l'A.S. 2016/201, con punteggio di 31 (oltre 6 per ricongiungimento), nella quale indicava come prima preferenza l'Ambito Territoriale della Sicilia 0021 oltre che, successivamente, altre preferenze su ambito provinciale siciliano (**Ail. 1**). A seguito della domanda di trasferimento, il MIUR assegnava la ricorrente in Piemonte esattamente presso NOEE81604P - " GIANNI RODARI ".

II) Pertanto, la ricorrente partecipava alle successive procedure di mobilità, senza però sortire l'effetto sperato e riuscendo ad ottenere soltanto l'assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2021/2022 presso l'I.C. Alia-Valledolmo (**Ail. 2**).

In particolare nella mobilità 2020/2021 (**Ail. 3**) la ricorrente documentava la necessità di assistere la madre portatrice di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/992 (**Ail. 4**), chiedendo la precedenza in sede di trasferimento essendo l'unica in grado di poter prestare la dovuta assistenza. Tuttavia non otteneva il riconoscimento di tale precedenza, e quindi il chiesto movimento, in quanto il CCNI 2019 limitava tale precedenza alla sola mobilità provinciale. Nella consapevolezza che questo sarebbe stato l'esito anche della successiva mobilità 2021, la ricorrente non allegava a tale domanda (**Ail. 5**) la documentazione 104 della madre, non costituendo ciò una



rinuncia alla precedenza stante che la docente ha continuato a chiedere ed usufruire dei 3 giorni di permesso ex L. 104/1992 quale caregiver della disabile (**All. 6**).

Oltre alla violazione della L. 104/1992, come si avrà modo di esporre, nella mobilità per l'a.s. 2016/17 il MIUR aveva commesso svariati errori nei trasferimenti a causa di una (cervellotica) suddivisione in *fasi* della procedura nonché per avere effettuato delle *conciliazioni* privilegiando alcuni docenti nonostante punteggi palesemente inferiori.

Inoltre il Ministero, illegittimamente, nell'ultimo triennio, privilegiando le immissioni in ruolo da GM e GAE, aveva leso i buoni diritti dei docenti che avevano partecipato alle procedure di mobilità.

Da qui il presente ricorso affidato ai seguenti motivi:

1

SULLA MOBILITA' 2016/2017: VIOLAZIONE DELL'ART. 108 DELLA L. 107/2015 E DELL'ALL. 1 DEL CCNL INTEGRATIVO del 8.4.2016; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL "MERITO DEL PUNTEGGIO"

Emerge *per tabulas* dai bollettini allegati che molti docenti sono stati privilegiati nelle operazioni di mobilità pur avendo un punteggio palesemente inferiore alla ricorrente sol perché, in alcuni casi, partecipanti a differenti fasi di mobilità: a titolo esemplificativo: Cataldo Daniela, punti 12, Ambito 0021; Di Giovanna Alessandra, punti 12, Ambito 0021; Giangrasso Salvatore Vincenzo, punti 0, Ambito 0021; Giannettino Claudia, punti 12, Ambito 0021; Manno Antonella, punti 12 Ambito 0021; Militello Maria Elina, punti 12, Ambito 0021.

Come tali docenti, tanti altri si sono visti assegnare l'Ambito Territoriale di Palermo 0021 o altri Ambiti in Sicilia, pur avendo un punteggio inferiore alla ricorrente, come si evince dal bollettino trasferimenti che si allega (**All. 7**).

In ordine ai bollettini trasferimenti sopra indicati, si deve evidenziare come sia del tutto irrilevante l'appartenenza dei docenti ivi indicati alle GaE e/o alla GM 2012 stante che, le ragioni che hanno indotto il MIUR a differenziare coloro che risultavano inseriti nella graduatoria di merito del concorso del 2012, riservandogli una scelta con precedenza rispetto agli assunti da G.A.E., sono del tutto illegittime, considerato che tale disparità di trattamento, non era innanzitutto prevista dalla L. 107/2015 ed inoltre contrasta con i principi di uguaglianza, di merito e di anzianità di servizio. Il Tribunale di Palermo confermando il suo ormai prevalente orientamento



ha ribadito che *"Appare evidente che tale previsione pattizia sia palesemente contraria a quanto disposto dal comma 108 (art. unico) della L. n. 107/2015, e ciò in quanto l'accantonamento dei posti a favore dei docenti assunti nell'a.s. 2015/2016, fa sì che non tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia siano destinati alla mobilità straordinaria per i docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015 e, d'altra parte, che i docenti che erano stati immessi in ruolo su un piano di parità e con il punteggio rispettivamente posseduto dalla graduatoria del concorso 2012 e da GAE vengano inspiegabilmente collocati in due fasi successive differenti, dando precedenza ai docenti della graduatoria concorsuale. Ritiene il Giudicante che, nella specifica fattispecie, l'Amministrazione resistente abbia agito sconvolgendo il criterio meritocratico del punteggio, valevole anche per la procedura di mobilità in quanto avente natura concorsuale, basata su di una graduatoria alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio e le situazioni personali e familiari dell'interessato, per i quali sono predeterminati specifici punteggi"* (*ex plurimis*, Tribunale di Palermo, G.U. Dante Martino, 27.05.2020). In particolare recente pronuncia del Tribunale di Palermo, in composizione collegiale (Ordinanza Tribunale di Palermo in composizione collegiale del 15.02.2021), ad ulteriore conferma del diritto di precedenza riservata dalla Legge 107/2015 ai soli soggetti assunti *ante buona scuola* rispetto ai docenti assunti dalle G.M. 2012, ha cristallizzato un orientamento uniforme *in subiecta materia*: come si legge a pag. 4 dell'ordinanza collegiale, *"Osserva il Collegio che, mentre l'ordine della mobilità 2016/17 per fasce e fasi successive appare chiaramente regolamentato dalla L. 107/2015, sulla scorta della quale con la predetta mobilità agli assunti nel 2015/16 con il Piano Straordinario sarebbe stata assegnata la prima sede di servizio, e nel medesimo senso dallo stesso CCNI sopra richiamato, con la precipua finalità, espressamente indicata dal legislatore di non pregiudicare con l'assegnazione delle sedi ai neo-assunti con il piano assunzionale straordinario le mobilità dei docenti assunti in precedenza, sino all'a.s. 2014/15, la successiva previsione della riserva di posti per gli assunti 2015/16 da concorso 2012 in ambito provinciale finisce proprio per porsi in aperto contrasto sia con la previsione delle fasi e delle fasce sopra menzionata sia della sopra menzionata finalità che il legislatore si era espressamente prefissato. Ed invero, come dedotto dalla stessa Amministrazione, l'effetto di detta riserva è quello di far preferire docenti neoassunti da concorso 2012, con bassissimo punteggio,*



rispetto a docenti già in ruolo da anni, con elevato punteggio, in violazione anche del generale principio meritocratico, e quindi dell'art. 97 Cost., sulla scorta di un presupposto che non corrisponde al vero: i docenti assunti da concorso 2012 col piano assunzionale al momento della mobilità erano già stati assunti come titolari su sede nella medesima Provincia della riserva. L'affermazione non è veritiera, perché solo con la mobilità 2016/17 tali docenti assunti ex lege 107/2015 avrebbero ricevuto l'assegnazione della prima sede. L'effetto ottenuto, poi, mediante la riserva di posti, appare porsi in aperto contrasto proprio con l'ordine rigoroso delle fasi e della fasce delineato dalla legge e dallo stesso CCNI impugnato, sulla scorta del quale il rigido ordine indicato non può essere violato mediante una tralatticia non prevista precedenza dei trasferimenti in ambito provinciale rispetto a quella in ambito interprovinciale. La scansione delle fasi e fasce, come sopra ricordata e dedotta dalla stessa Amministrazione, già prevedeva la precedenza dei primi sui secondi per gli assunti fino all'a.s. 2014/15, effettuando la distinzione tra la fase A e la fase B, in particolare A2 e B1, cui appartiene la reclamante, rispetto alle quali sia la fase B3 che la fase D devono essere necessariamente postergate”.

Anche il Tribunale di Catania, con orientamento costante, ha recentemente ribadito “sono condivisibili le doglianze riguardanti l'illegittimità dell'accantonamento di posti in favore dei docenti immessi in ruolo dalla graduatoria degli idonei del concorso ordinario 2012. Al riguardo va evidenziata l'assenza di alcun riferimento nella legge n. 107/2015 alla riserva di posti accordata, invece, dal CCNI mobilità personale docente ed ATA e dalla O.M. 241/2016 in fase di mobilità, nonché i profili di irragionevolezza di tale scelta della fonte collettiva e del Ministero in sede di disciplina della mobilità in questione (ordinanza resa nel procedimento di reclamo N. R.G. 12315/2017 ex art. 669 terdecies c.p.c.). La preferenza accordata dalla legge n. 107/2015 agli idonei al concorso del 2012 in sede di procedure per l'assunzione in ruolo (art. 1, comma 96, 98 e 100), al pari della scelta di fare cessare l'efficacia delle graduatorie di concorsi antecedenti al 2012 (art 1, comma 95), è frutto di discrezionalità legislativa. Tale scelta, invero, non appare priva di ragionevolezza, tenuto conto, da un lato, dell'assenza, per molti dei soggetti risultati idonei al concorso del 2012, della possibilità di accedere al ruolo attraverso pregressi incarichi a tempo determinato (ossia attraverso il canale parallelo a quello concorsuale di cui al d.lgs. 297/1994 ormai funzionante solo per i soggetti già



presenti nelle GAE e tuttavia per questi ultimi vigente fino al totale esaurimento delle stesse: cfr. art. 109 lett. C della legge) e, dall'altro lato, della preferenza riconosciuta allo scorrimento di una graduatoria concorsuale più recente rispetto a quelle assai risalenti nel tempo dei precedenti concorsi. Per contro, la preferenza non risulta ragionevole se riferita al momento successivo rispetto all'assunzione della procedura di mobilità obbligatoria, finalizzata all'assegnazione della sede definitiva. In tale fase di mobilità la riserva accordata agli idonei del concorso del 2012 appare irragionevole rispetto all'anzianità lavorativa e anagrafica dei soggetti coinvolti, e non trova ragioni né di merito (molti degli iscritti alle GAE sono soggetti risultati tra gli idonei a precedenti concorsi per titoli ed esami, a sottacere dell'esperienza di docenza pratica acquisita mercé le numerose supplenze) né legate al principio del pubblico concorso di cui all'art. 97 Cost. (non si tratta comunque, neanche per gli iscritti nelle GM del 2012, di soggetti che hanno superato il concorso pubblico, ossia che hanno avuto accesso al ruolo della pubblica amministrazione tramite l'ordinaria modalità prevista dal costituente, ma di soggetti reputati idonei ed assunti per mero scorrimento della relativa graduatoria).

La riserva in favore degli idonei del concorso 2012, inoltre, non trova fondamento nella L. n. 107/2015, che si limita a prevedere, da un lato, una preferenza nei riguardi di detti soggetti solamente nella fase di assunzione ex art. 1 co. 98 e 100 e, dall'altro lato, una preferenza in favore dei soli docenti assunti nell'anno scolastico 2014/2015 in sede di procedure di mobilità per l'anno scolastico 2016/2017, mentre non contiene alcuna riserva nei riguardi degli idonei del concorso del 2012 ex art. 1 comma 96 lettera a) L. n 107/2015. Alla luce di quanto esposto, deve ritenersi illegittimo l'accantonamento di posti in favore dei docenti immessi in ruolo dalla graduatoria degli idonei del concorso ordinario del 2012, nell'ambito delle operazioni di mobilità per l'anno 2016/2017. Ne deriva la nullità delle disposizioni del CCNI per la mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/2017 nella parte in cui prevedono l'accantonamento di posti in favore dei docenti immessi in ruolo dalla graduatoria degli idonei del concorso ordinario del 2012 nell'ambito delle operazioni di mobilità, trattandosi di norme, in quest'ultimo caso, di natura contrattuale in contrasto con le menzionate disposizioni di legge, con conseguente nullità delle stesse per violazione dei vincoli nella contrattazione collettiva imposti dall'art. 40, comma 1, ult. cpv. d.lgs. 165/2001 ("...Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla



valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva e' consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge") e loro disapplicazione, ai sensi del combinato disposto del comma 3 quinquies dello stesso articolo ("...Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile...") e degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.." (ex plurimis, Trib. Catania, G.U. Di Gesu Sentenza n. 834/2021 pubbl. il 18/02/2021- conformi Corte d'Appello di Messina, 07.02.2020 , Corte Appello Roma, sent 358/2021; Corte Appello Roma del 01.04.2021).

*** **

Senza recesso dalle superiori considerazioni, va rilevato che il MIUR, comunque, ha violato quanto previsto dall'art. 6 del CCNL integrativo per la c.d. Mobilità FASE C. Infatti, tale articolo prevede che *"la mobilità avverrà secondo un ambito di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali. L'ordine di preferenza è indicato nell'istanza ovvero determinato o completato d'ufficio. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza"*; per quanto concerne il meccanismo di selezione, precisa l'allegato 1 al CCNL in questione che, per quanto concerne la fase c *"per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli allegata al presente contratto. **L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio. A parità di punteggio e precedenza, la posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica**"*.

Non v'è dubbio quindi che le operazioni di mobilità avrebbero dovuto rispettare il c.d. Principio meritocratico del punteggio acquisito dal singolo aspirante nell'ambito della fase di mobilità di appartenenza.

Infatti, in sede di definizione dei tentativi di conciliazione il MIUR ha dimostrato come all'indomani dell'assegnazione della sede definitiva **vi fossero posti non assegnati in "fase c"**; più precisamente emerge dagli stessi bollettini (All. 8) come illogicamente ed illegittimamente, il Miur ha offerto in sede di conciliazione l'ambito territoriale Sicilia a soggetti con un punteggio palesemente inferiore rispetto alla



ricorrente, violando conseguentemente le norme sopra calendate nonché lo stesso principio del merito del punteggio nelle operazioni di mobilità.

É sufficiente por mente, a titolo meramente esemplificativo alla conciliazione promossa dalle seguenti docenti: **Orlando Carmela, punti 24; alla quale è stato proposto l'A.T. Sicilia 0021 in luogo del Friuli Venezia Giulia;** ed ancora **Mancuso Venera Antonia**, con punti 15 fase C alla quale è stato proposto l'A.T. Sicilia 0003 in luogo della prima destinazione in Lombardia; **Sorbello Rosa Consolazione**, punti 14 fase C dal Piemonte alla Sicilia 0010; **Loredana Imburgia**, punti 6 ha avuto offerto l'ambito territoriale Sicilia 003 in luogo dell'originario ambito territoriale Lombardia; **Scaglione Biagia**, punti 15 fase C dall'Emilia Romagna alla Sicilia 0006. Pertanto, in sede di definizione dei tentativi di conciliazione il MIUR ha dimostrato come all'indomani dell'assegnazione della sede definitiva vi fossero posti non assegnati in “fase c”; più precisamente emerge dallo stesso elenco delle proposte, come illogicamente ed illegittimamente, il Miur ha offerto in sede di conciliazione l'ambito territoriale Sicilia a soggetti istanti partecipanti alla fase successiva di quella spettante alla ricorrente, violando conseguentemente le norme sopra indicate, nonché lo stesso principio del merito del punteggio nelle operazioni di mobilità. Il nodo centrale della questione è che le conciliazioni hanno dimostrato che al termine dell'ultima fase della mobilità d vi erano posti non assegnati. A tale proposito, il Tribunale di Bergamo, con la sentenza del 05.10.2017, premettendo che il MIUR non aveva contestato di avere assegnato tre docenti di fase C negli ambiti siciliani di prima preferenza della ricorrente a seguito della procedura di conciliazione, ha esplicitamente affermato che “*il comportamento del MIUR non è conforme alla disciplina della mobilità strutturata per fasi successive*” ed ancora “*nè l'accordo conciliativo è efficace nei confronti del terzo (art. 1372 cod. civ.)*”.

Lo stesso Tribunale di Milano, con sentenza pubblicata il 5 giugno 2018 ha precisato all'uopo che “*che le conciliazioni ex art. 135 CCNL Scuola non possono derogare alle disposizioni di legge e di contratto collettivo, né possono arrecare pregiudizio ai diritti dei terzi, sicché la circostanza che l'assegnazione di sede alla docente (...) sia avvenuta all'esito di conciliazione non muta in alcun modo l'obbligo del Ministero di attenersi alle prescrizioni del CCNI mobilità. Pertanto, in assenza di qualsivoglia motivazione idonea a giustificare l'operato descritto (che l'amministrazione*



scolastica non ha fornito e ha dichiarato sostanzialmente di non conoscere neppure), la procedura seguita risulta difforme da quanto prescritto dal CCNI 8 aprile 2016, a mente del quale, come già detto, le operazioni di mobilità sono scandite in una sequenza di fasi successive (A, B, C e D), ciascuna delle quali ha inizio dopo la chiusura della precedente e ha ad oggetto i soli posti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni delle fasi precedenti....Facendo applicazione anche nel caso di specie dei principi di diritto che precedono, ha diritto all'assegnazione in organico di una delle sedi ricomprese negli Ambiti Territoriali di Catania e Provincia, a fronte del fatto che la ricorrente pacificamente ha un punteggio superiore rispetto ad altri docenti assegnati all'esito di conciliazioni”.

Anche il Tribunale di La Spezia con sentenza n. 314/2018 del 06.11.2018 ha chiarito che tali movimenti a seguito di conciliazioni, in mancanza di valide motivazioni del MIUR, sono da considerarsi assolutamente illegittime in quanto non conformi alla normativa vigente in materia.

Infine, anche il Tribunale di Palermo nella sentenza 4150/2019 ha ribadito che “le docenti sopra ricordate in narrativa, ricevevano proposte di assegnazione in via conciliativa di sedi nella Regione Siciliana richieste dalla ricorrente, pur avendo un punteggio inferiore al suo. Tale condotta dell’Amministrazione deve reputarsi illegittima, con conseguente diritto della ricorrente di essere assegnata presso una delle sedi ottenute in via conciliativa dalle predette docenti, il cui punteggio inferiore al suo non consentiva loro di scavalcarla, neppure attraverso la predetta procedura conciliativa”. “Ed invero, emerge dagli atti che vi erano ancora posti nella Provincia di Palermo per i trasferimenti interprovinciali, né il Ministero – su cui incombe il relativo onere probatorio per il principio di vicinanza della prova – ha dimostrato che non vi erano più posti disponibili nel Comune di Palermo per i trasferimenti interprovinciali. Inoltre, risulta provato che molti posti sono stati assegnati i detto comune ad altri docenti, con minore punteggio e senza titoli di preferenza, in sede di conciliazione. Sotto questo profilo, va detto che l’Amministrazione non ha il potere di violare l’ordine meritocratico e delle preferenze mediante la stipula di conciliazioni, sicché il suo operato appare del tutto illegittimo”.

Il Tribunale di Palermo nella sentenza n. 1467/2020 del 05.06.2020 ha affermato che “Ed invero, emerge dagli atti che vi erano ancora posti nella Provincia di Palermo per i trasferimenti interprovinciali, né il Ministero – su cui incombe il relativo onere



probatorio per il principio di vicinanza della prova – ha dimostrato che non vi erano più posti disponibili nel Comune di Palermo per i trasferimenti interprovinciali. Inoltre, risulta provato che molti posti sono stati assegnati i detto comune ad altri docenti, con minore punteggio e senza titoli di preferenza, in sede di conciliazione. Sotto questo profilo, va detto che l'Amministrazione non ha il potere di violare l'ordine meritocratico e delle preferenze mediante la stipula di conciliazioni, sicché il suo operato appare del tutto illegittimo”.

Quanto evidenziato si ritiene più sufficiente per dimostrare come la *nota* mobilità dell'*algoritmo* abbia stravolto le graduatorie di trasferimento dei docenti in palese violazione del principio meritocratico del punteggio.

2

SULLA MOBILITA' 2020/21: VIOLAZIONE DELL'ART. 33, V COMMA L. 104/1992 ED ART 601 D.LGS 297/1994

Come si evince dalla documentazione allegata, la ricorrente è l'unico soggetto che può dare assistenza alla propria madre, sig.ra Tinnirello Giovanna, disabile grave, in quanto i fratelli della ricorrente non possono prendersi cura della madre per i motivi oggettivi meglio indicati nelle autodichiarazioni allegate (**all. 9**). Pertanto la ricorrente ha usufruito dei permessi ex lege 104/1992 (debitamente autorizzati dal dirigente scolastico) per potere prestarle assistenza.

Va però rilevato che la legge prevede una tutela più ampia per il disabile: ed infatti l'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992 testualmente stabilisce che “*il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.*”

2A

SULLA CORRETTA INTERPRETAZIONE ED APPLICAZIONE DELL'ART. 33, V COMMA L. 104/1992 E DELL'ART. 601 DEL D.LGS 297/1994

L'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992 testualmente stabilisce che “*il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.*”



Tale norma di legge è stata violata dal CCNI 2019 e dalla collegata ordinanza ministeriale che, essendo norme di rango inferiore rispetto alla L. 104/1992, non potevano certo derogare alla stessa.

E ciò nonostante la superiore norma abbia come scopo primario quello di ampliare la sfera di tutela del portatore di handicap, salvaguardando situazioni di assistenza in atto, accettate dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose.

Per quanto concerne, più specificamente, il settore scolastico l'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico) 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.).

Il Tribunale di Genova del 16 maggio 2018 sul punto ha ribadito che *“nell'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico) 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.).** 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 della ricorrente”*.

Tale norma di legge è stata violata dal CCNI: ed infatti, per quanto concerne il sistema delle precedenze, l'art. 14 del CCNI in questione dispone che *“il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, **non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità**; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle*



operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”.

Escludere la precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 per docenti che assistono parenti ed affini sino al terzo grado richiedenti mobilità interprovinciale e riconoscerlo di contro ai docenti richiedenti mobilità provinciale è palesemente errato tanto sia sul piano logico (la limitazione della precedenza a livello provinciale è un vero e proprio paradosso) quanto giuridico.

Il Tribunale di Palermo, sul punto, recentemente ha affermato che *“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 della ricorrente. Esse, infatti, diversamente da quanto dedotto dall’Amministrazione, non sono del resto affatto ragionevoli in relazione all’applicazione delle citate disposizioni della legge 104/1992: la normativa ha come finalità la protezione del diritto del disabile ad essere assistito e solo in modo mediato quello del docente al movimento richiesto, finalizzato all’assistenza, ed in quest’ambito non appare affatto ragionevole postergare la preferenza oggetto di causa ad altre che non trovano fondamento in un diritto fondamentale garantito a livello costituzionale ed euro-comunitario, quale quello della tutela della disabilità; parimenti, non pare affatto ragionevole riconoscere la preferenza nell’ambito provinciale – ove l’esigenza di tutela è inferiore in proporzione alla minore distanza tra la sede di servizio e la residenza del disabile – e negarla in quello interprovinciale, in cui invece il trasferimento risulta essenziale all’assistenza, proprio a causa dell’impossibilità della sua prestazione in relazione alla grande distanza della residenza del disabile dalla sede di servizio”* (Trib Palermo sent 2471/2019).

Tutto ciò non è stato considerato dal MIUR in sede di mobilità, dato che come è noto tanto l'ordinanza ministeriale che il CCNI limitano il diritto al trasferimento per l'assistenza al disabile alla c.d. Mobilità provinciale.

Come emerge *per tabulas* dai bollettini pubblicati, numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento: a livello comunale e provinciale senza alcun diritto di precedenza e a livello interprovinciale (sulla base di una *generica ed imprecisata* precedenza secondo il ccni).



Proprio recentemente, peraltro, la giurisprudenza ha chiarito come la “precedenza” pattizia concessa ai docenti richiedenti mobilità provinciale non possa in nessun modo superare la precedenza legale prevista dalla normativa sopra indicata (**art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94**).

Infatti, anche se il MIUR ha inteso (con l'assenso delle parti sociali) dare priorità ai movimenti provinciali ciò non può che valere solo rispetto a docenti privi di precedenza. Di fronte invece a diritti di precedenza ex L. 104/1992, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali decise a tavolino senza tenere in considerazione le singole domande presentate.

Sul punto, è recentissima la pronuncia del Tribunale di Pordenone che all'uopo ha precisato che “ *È ben vero che il CCNI 2017 prevede fattispecie di gradazione nel diritto di precedenza sembrando favorire - come riscontrato dagli acquisiti bollettini mobilità della Provincia di Trapani di cui all'allegato 10 - docenti ancorché privi di precedenza ma SOLO PERCHÉ RICHIEDENTI MOBILITÀ PROVINCIALE CONTRATTUALMENTE ANTEPOSTA A QUELLA INTERPROVINCIALE. Senonchè detta regola pattizia deve necessariamente cedere il passo al contenuto di una normativa di rango superiore quale LA DISCIPLINA SPECIALE CONTENUTA NELL'ART. 601 D. LVO N. 297/94 NON A CASO INSERITO TRA LE DISPOSIZIONI COMUNI A TUTTO IL PERSONALE SCOLASTICO. Vi si stabilisce al I comma che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 "si applicano al personale di cui al presente testo unico", mentre al II comma dispone che tali norme "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e IN SEDE DI MOBILITÀ". Detta disposizione in buona sostanza ha la STRUTTURA DELLA NORMA IMPERATIVA INCONDIZIONATA, PORTATRICE DI VALORI DI RILIEVO COSTITUZIONALE (art. 38 co 2 Carta fondamentale). In definitiva, quand'anche il MIUR abbia inteso, con l'assenso delle parti sociali, dare priorità ai movimenti provinciali, ciò non può che valere solo rispetto ai docenti privi di precedenza. Di fronte invece a diritti di precedenza ex L. 104/92, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali” (Sentenza n. 144/2018 pubbl. il 06/02/2019).*

I principi sopra esposti sono stati ulteriormente confermati in modo molto chiaro e puntuale dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 6150/2019 del 01.03.2019.



Tale ordinanza ha il merito di aver approfondito innanzitutto la *ratio* della norma laddove ha sottolineato “*che l'articolo 33, comma 5 disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza*”, tale interpretazione “*e' la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. n. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si e' già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)*”.

Scendendo nel merito della questione che in questa sede più interessa la Corte ha affermato che “*la previsione di cui al citato comma 5 dell'articolo 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e cio' sul presupposto che il ruolo delle famiglie "resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005)*”. Nella medesima ordinanza la Cassazione in modo inequivocabile ha altresì affermato che “*ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'articolo 33, comma 5 cit., non vi e' dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro..omissis.. Tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale*”. Incombe sul datore di lavoro “*l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili...*”.



Anche la Corte di Appello di Firenze con l'esemplare sentenza n. 521/2020 del 08.10.2020 (All. 10- tale sentenza è stata confermata recentemente, come meglio infra specificato, dalla stessa **Corte di Appello di Firenze con le sentenze nn. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021**), ha dichiarato la nullità della contrattazione collettiva nel punto in cui non ha riconosciuto la precedenza ex art 33, V comma, L. 104/1992 al docente che presta assistenza continuativa al parente riconosciuto portatore di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/1992. Sostiene in modo ineccepibile la Corte di Appello che in tale materia non possa prescindere dall'art 5 della Direttiva n. 78/2000 *“essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno”*. Ebbene, la corretta interpretazione della normativa comunitaria e della conseguente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (che tra l'altro ha sanzionato l'Italia per non avere adeguato la propria normativa interna alle direttive comunitarie), ***“...impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte super primaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adottare, nei limiti di sforzo non sproporzionato, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto”***.

Ciò concretamente significa che *“...riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità, l'attribuzione di un diritto di precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 104/1992 non determini un “onere sproporzionato” e ciò in quanto “.....la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non costituente per l'amministrazione un onere sproporzionato per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori **care givers**”* (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).

Tale orientamento è stato ribadito da altri Tribunali di merito che più volte hanno ritenuto, tra l'altro, come il Ministero non possa escludere a priori la precedenza invocata dalla ricorrente. Negare in modo generale ed astratto l'applicazione del suddetto articolo della L. 104/1992 con i suoi rilievi costituzionali ed euro-comunitari è un'innegabile scelta contraria alla norma che prevede che il chiesto trasferimento debba essere necessariamente concesso “ove possibile”: il datore di lavoro pubblico o privato può opporsi al chiesto trasferimento solo per validi motivi



-di pari rango costituzionale- tali da prevalere sul diritto costituzionale del disabile ad essere assistito da un proprio familiare. E' in questo senso evidente che tutti i tentativi del MIUR di trovare ex post le motivazioni che hanno determinato le parti sociali a rendere inapplicabile la norma de-qua nella mobilità interprovinciale – ritenuti erroneamente validi dal Giudice di primo grado- sono contrari alla norma stessa. Come correttamente affermato dalla Corte d'Appello di Torino con l'esemplare sentenza n. 204/2019 “ Tale limitazione non appare in alcun modo giustificata da esigenze pubblicistiche relative alla possibilità di assegnazione della sede, perchè si tratta di una previsione generale ed astratta che, in quanto tale, non tiene conto di alcuna concreta ed effettiva esigenza di pubblico interesse , idonea a limitare la possibilità dell'assegnazione della specifica sede di lavoro a cui il parente o affine del disabile avrebbe diritto per legge” Pertanto, continua la Corte di Appello, la limitazione di cui all'art 13 del CCNI “è una clausola affetta da nullità per violazione di norma imperativa, nella parte in cui non riconosce la precedenza nei trasferimenti, anche interprovinciali, per tutti i soggetti previsti dall'art. 33 L. 104/1992...omissis.”

Nella stessa sentenza della Corte di appello di Torino, viene anche evidenziato un altro evidentissimo errore in cui è incorso il Giudice di primo grado. Infatti erra il Giudice nel sostenere che “l'esame complessivo della normativa contrattuale porta a ritenere che la protezione della situazione soggettiva in esame sia stata assicurata, per effetto del necessario contemperamento con le esigenze di organizzazione del datore di lavoro, attraverso un istituto parimenti idoneo ad assicurare la continuità dell'assistenza e per una durata (annuale) ritenuta compatibile con il grado di parentela preso in considerazione (assistenza al genitore, di durata tendenzialmente inferiore alla omologa assistenza da prestare al coniuge o al figlio e, come tale, non giustificabile se posta a base di un trasferimento di durata triennale)”.

Sul punto, in modo ineccepibile, la Corte di Appello di Torino evidenzia che “Ne la possibilità che venga concessa l'assegnazione provvisoria, istituto diverso dal trasferimento ed assoggettato a diversi presupposti rispetto ad esso e relativo ad un singolo anno scolastico, seppure rinnovabile ma la cui concessione non è comunque automatica) esclude il rilevato contrasto tra il CCNI nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 e quest'ultima norma di natura imperativa”.



2B

Sull'ordinanza della Corte di Cassazione n. 4677/2021

Insistendo senza recesso alcuno su quanto sopra dedotto e documentato, questa difesa non si può esimere dal rilevare che su tale questione è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 4677/2021 con la quale sostanzialmente ha ritenuto perfettamente valido l'art. 13 del CCNI del 2019- si badi bene solo tale articolo- ritenendo che la locuzione “*ove possibile*” contenuta nel comma 5 dell'art. 33 V comma L. 104/1992, non conceda in capo al lavoratore un diritto assoluto al trasferimento.

Ciò in quanto, nella fattispecie occorre tener conto “*di un bilanciamento di interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio dello stesso*” Partendo da queste premesse, la Corte ha affermato la piena compatibilità delle disposizioni contrattuali con la disciplina fissata dalla legge n.104, in quanto adottate “*nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n.104 del 1992 privilegia*”.

In altre parole la Suprema Corte con tale ordinanza -che costituisce una decisione **“isolata”** nel complessivo panorama giurisprudenziale della stesa Corte di Cassazione -, ha ritenuto perfettamente legittimo che il CCNI preveda che il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, **non sia destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità interprovinciale**; e che le successive operazioni di assegnazione provvisoria annuale fossero idonee a garantire l'assistenza di cui i disabili necessitano.

Ha invece ritenuto logico e legittimo che la precedenza ex art. 33, V comma, l. 104/1992 fosse riconosciuto al personale docente richiedente mobilità provinciale.

Ebbene, tale sorprendente decisione è evidentemente errata per vari motivi.

Innanzitutto la Corte di Cassazione ha clamorosamente dimenticato che nel settore scolastico esiste l'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico), il quale 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.).

Tale norma parla di *mobilità tout court*, senza distinguere tra fase provinciale ed interprovinciale, disponendo che la L. 104/1992 si applichi non solo al momento della *nomina* ma anche della *mobilità*. Anche la l. 104/1992 parla di trasferimento, istituto ontologicamente diverso rispetto all'assegnazione provvisoria (o temporanea). Nel nostro ordinamento giuridico, infatti, non esiste l'istituto del trasferimento temporaneo. Esistono altri istituti temporanei idonei allo scopo: il distacco, il comando, l'assegnazione temporanea/provvisoria e così via. E' dunque evidente che il legislatore, se avesse voluto disporre in favore di un dipendente caregiver un trasferimento “temporaneo”, avrebbe richiamato nel V comma dell'art. 33 L. 104/1992, non l'istituto del trasferimento ma piuttosto quello del distacco per esigenza di assistenza al disabile grave: *mutatis mutandis*, infatti, il legislatore ha disposto l'assegnazione temporanea (e non il trasferimento) sia nel caso del dipendente con figli minori di anni tre (art. 42 bis Dlgs 151/2001), piuttosto che nel caso del dipendente che svolga le funzioni di consigliere comunale (cfr. TUEL).

Pertanto, la Cassazione non ha valutato un duplice ordine di circostanze (che evidentemente non sono state sottoposte dalla docente *controricorrente* – resistente):

1. nel procedimento logico giuridico concernente la (nota) disparità di trattamento prevista dall'art. 13 CCNI Mobilità la Cassazione ha omissis di rilevare innanzitutto che l'istituto dell'assegnazione provvisoria è previsto ANCHE in fase provinciale: con la conseguenza che il docente che assiste il disabile ha la doppia possibilità di ottenere il trasferimento (a giugno) ovvero, in subordine, l'assegnazione temporanea annuale (laddove non avesse ottenuto il trasferimento).

Viceversa, il docente che partecipa alla *fase interprovinciale*, *care giver*, a causa della norma di cui all'art. 14 (non attenzionata dalla Cassazione nella nota ordinanza) ha *soltanto* la possibilità di ottenere (come si vedrà nel successivo punto) l'assegnazione *provvisoria*, a condizioni più rigorose e restrittive rispetto a quanto disposto dalla norma di legge (art. 3 L. 104/1992).



Il che oltre che palesemente illogico, è illegittimo per una palese ed ingiustificata **disparità di trattamento che danneggia tanto il disabile quanto il lavoratore care giver.**

2. il docente che partecipa alla mobilità provinciale deve dimostrare soltanto di assistere il disabile, viceversa il docente che partecipa alla procedura dell'assegnazione provvisoria deve dimostrare di essere referente unico del disabile e, soprattutto, di essere CONVIVENTE con il disabile stesso.

Se è vero che l'art. 7 del CCNI ai fini dell'assegnazione provvisoria prevede il requisito della convivenza del docente con il parente e/o affine, diversamente lo stesso art. 33, V comma, L. 104/1992 (nella sua attuale versione) non prevede più la convivenza come requisito per usufruire dei diritti ivi previsti.

Pertanto, disapplicare (come dispone l'art. 14 del CCNI sulla mobilità) l'art. 33, V comma nei confronti dei movimenti *interprovinciali*, comporta un evidente *vulnus* nei confronti del *disabile* che ha l'onere di essere assistito da un parente -affine lavoratore necessariamente convivente, e per di più in via *transeunte*, e non definitiva, di volta in volta, e nei *limiti dei posti disponibili* in sede di assegnazione provvisoria.

Sul punto della discriminazione o disparità di trattamento tra lavoratori che assistono parenti con disabilità grave, si deve evidenziare come la citata ordinanza della Cassazione nella sua disamina dell'istituto ha inoltre completamente omesso di valutare la normativa e la giurisprudenza euro-comunitaria alle quali il Giudice nazionale deve naturalmente uniformarsi. Infatti, come in modo ineccepibile evidenziato **dalla Corte di Appello di Firenze con le sentenze nn. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021 - All. 11 e 12)**, per una corretta valutazione della precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 è necessario richiamare la normativa europea in tema di lavoratori dipendenti qualificabili come *care giver*. In particolare la Corte, ha valorizzato il riferimento alla Direttiva 78/2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro interno, e ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE, 17 luglio 2008, C-303/06 *Coleman* e nella sentenza 11 luglio 2006 causa C13/05, *Chacon Navas*, nonché nella **recentissima sentenza Cass. Sez. Lav. n. 6497/2021** (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).



La superiore c.d. **discriminazione indiretta** è resa ancora più evidente se si considerano i movimenti eseguiti dal ministero resistente a seguito delle procedure di mobilità oggetto del presente giudizio. Infatti, come emerge *per tabulas* dai bollettini pubblicati a seguito della procedura di mobilità 2021/2022 (**All. 13**) numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento senza alcuna precedenza. A ciò si aggiunga che a seguito della mobilità interprovinciale valide per l'AS 2021/2022 scuola primaria, posto comune, su Palermo e provincia sono residuati ben 88 posti vacanti e disponibili (cfr tabulato predisposto dalla CISL Scuola di Palermo- **All. 14**), che sono stati illegittimamente accantonati, e quindi sottratti alla procedura di mobilità, dal Ministero.

2. L'assegnazione provvisoria (come accennato *sub I.*) prevede un requisito ulteriore che la legge 104/1992 non prevede (più) in quanto dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale.

Quanto sopra detto è stato recentemente confermato dal Tribunale di Messina che con sentenza del 11.05.2021 (che si allega- **all. 15**) in una fattispecie identica alla presente, ha così motivato l'accoglimento del ricorso “*Peraltro, l'inciso “ove possibile” fa riferimento ad esigenze organizzative dell'amministrazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, ma non certo alle condizioni soggettive dell'assistito, sicché non consente una graduazione delle situazioni di assistenza (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela. Reputa, infine, questo decidente che il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, ossia l'interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – non può essere operato in modo difforme dalla contrattazione collettiva”.* Stesso discorso per la Corte di Appello di Roma nella sentenza n. 1984/2021 del 17.05.2021.

Quanto sopra detto ha trovato recentissima conferma dal Tribunale di Palermo che con la sentenza n. 3137/2021 del 20.07.2021 (**All. 16**), ha così motivato le ragioni per cui ritiene l'ordinanza della Cassazione n. 4677/2021 non corretta “*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 istituito 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".

3

VIOLAZIONE DELL'ART. 470 D.LGS 297/1994; VIOLAZIONE DELL'ART. 30 DLGS. 165/2001



Come esposto in fatto la ricorrente ha partecipato alle mobilità per l'A.S. 2020/2021 e 2021/22 non ottenendo il movimento interprovinciale in quanto non tutti i posti dell'organico di diritto vacanti e disponibili erano stati destinati alla stessa procedura, in quanto del tutto illegittimamente alcuni di essi sono stati riservati alle nuove assunzioni.

Come è noto l'art. 470 del D.Lgs 297/1994 al primo comma stabilisce che “*Specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico*”. Lo stesso T.U. 2001 privilegia la mobilità rispetto alle nuove assunzioni: come ha evidenziato infatti la Cassazione “la scelta tra copertura di posti vacanti tramite mobilità del personale ovvero scorrimento di graduatoria efficace poteva ritenersi rimessa, sino alla novella legislativa del novembre 2005 (legge n. 246/2005 innanzi riportata), al potere discrezionale della pubblica amministrazione; successivamente, la previsione di una espressa nullità della determinazione che decida il reclutamento di nuovo personale (nella cui accezione, secondo giurisprudenza consolidata, va incluso la progressione verticale dei dipendenti in categoria superiore) senza provvedere, prioritariamente, ad avviare la mobilità di personale proveniente da altra amministrazione configura un obbligo per l'amministrazione procedente. Non sussisteva, pertanto, né sussiste un diritto soggettivo dei ricorrenti alla copertura di posti vacanti tramite scorrimento in graduatoria in via prioritaria rispetto al trasferimento di personale mediante mobilità intercompartimentale” (*ex multis*, CORTE DI CASSAZIONE - Sentenza 18 maggio 2017, n. 12559).

Orbene, il CCNI prevede all'art. 8 comma 5 “*Per le immissioni in ruolo autorizzate per ciascun anno scolastico del triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22 viene accantonato il cinquanta per cento delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali. 6. Le operazioni di mobilità del*



personale docente, relative alla terza fase, sul restante 50 per cento si realizzano nel triennio di validità del presente contratto secondo le seguenti aliquote:

- a.s. 2019/20 il 40% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 10% alla mobilità professionale;*
- a.s. 2020/21 il 30% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 20% alla mobilità professionale;*
- a.s. 2021/22 il 25% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 25% alla mobilità professionale.”.*

In pratica, avviene che le immissioni in ruolo vengono fatte sul 50% dei posti rimasti disponibili al termine dei trasferimenti provinciali; ai trasferimenti interprovinciali è destinata una precisa aliquota calcolata sul restante 50% dei posti rimasti disponibili sempre al termine dei trasferimenti provinciali.

Tale limitazione da parte del CCNI risulta illegittima stante “la preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine” (Cons Stato, ordinanza 3722/2019).

Nella specie è avvenuto che l'odierna ricorrente – pur vantando un elevato punteggio tanto su posto comune che su lingua inglese – non ha ottenuto l'agognato movimento interprovinciale nella provincia di Palermo, mentre i docenti neo assunti hanno ottenuto la sede senza vantare alcun diritto di precedenza, ma sulla base di una *posizione in graduatoria*.

Come si evince infatti dall'elenco immissione in ruolo (**All. 17**), ben 15 docenti proveniente da gae e da GM 2016 hanno ottenuto l'assegnazione su posto comune a Palermo nel 2020.

Il che è palesemente illegittimo.

Ebbene, codesto Onorevole Tribunale con la sentenza n. 731/2021 ha affermato che “.....si evidenzia che il Consiglio di Stato, sez. VI, Ordinanza n. 3722/2019 del 22.7.2019, confermativa dell'orientamento espresso dal Tar Lazio, sez. III bis, nei Decreti presidenziali nn 3053/2020 e 3165/2020, che si pronunciano sulla legittimità della O.M. 182 del 23.03.2020 relativa alla mobilità 2020/2021, ha ritenuto illegittima e da annullare in parte qua l'O.M. regolativa della mobilità annuale del personale scolastico, per violazione dell'art. 470 D.lgs. n. 297/1994, dal momento che “nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni deve essere attribuita prevalenza alla prima alla luce dell'art. 470, primo comma, d.lgs. n. 297 del 1994, ai sensi del



quale specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale e territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo , in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangano vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative". Pertanto, vi è prova dell'esistenza di posti liberi nel Comune di Palermo per posto comune, come da documentazione versata in atti, dovendosi in detti posti ricomprendere anche quelli illegittimamente riservati alle immissioni in ruolo".

Anche il Tribunale di Lanciano ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 470 del D. Lgs. 297/1994 (c.d. "Testo Unico della Scuola"), certamente lascia la più ampia libertà alle parti negoziali di regolare la materia del rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità del personale. Tuttavia la disposizione in esame prevede dei limiti invalicabili, quali appunto *"quello relativo al rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità anche professionale stabilendo che alle immissioni in ruolo siano riservati sempre e comunque i posti di risulta, **dando priorità nella scelta ai docenti già in ruolo che vogliono spostarsi**"*.

Nella specie, risulta *per tabulas* che in organico di diritto vi erano posti vacanti e disponibili assunti a docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, con conseguente lesione del diritto al trasferimento vantato *ex lege* dalla ricorrente.

Parimenti nell'ultima mobilità: come si evince dal prospetto allegato (**cfr All. 14**) al termine delle operazioni sono residuati circa 88 posti non assegnati nella provincia di Palermo: posti che come ogni anno il Ministero "stornerà" illegittimamente alle nuove immissioni in ruolo, violando il principio della priorità della mobilità sulle nuove assunzioni.

Tutto ciò esposto la docente, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata

CHIEDE

che l'Ill.mo Giudice del Tribunale di Termini Imerese, in funzione di Giudice del Lavoro, Voglia, in accoglimento del presente ricorso

- in relazione alla mobilità 2016/17, dire e dichiarare che la ricorrente ha diritto al trasferimento interprovinciale nella scuola primaria, posto comune, nell'ambito



territoriale Sicilia 00021, corrispondente alla Provincia di Palermo in forza del punteggio maturato;

– Conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione al trasferimento interprovinciale nella scuola primaria, posto comune, nell'ambito territoriale Sicilia 00021;

– in relazione alla mobilità 2020/2021: Accertare il diritto alla precedenza ex art. 33 L. 104/1992 nell'Ambito territoriale di residenza del disabile da assistere;

– Conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la sig.ra Nicosia Tiziana nell'Ambito territoriale di residenza del disabile da assistere, secondo l'ordine di preferenza espressa in domanda di mobilità;

In Subordine

- in relazione alla mobilità 2020/21 e 2021/21, previa disapplicazione dell'art. 8 CCNI 2019 per violazione dell'art. 470 TUISTR, dire e dichiarare che la ricorrente ha diritto al trasferimento interprovinciale su posto comune nel distretto di Palermo;

Conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione al trasferimento interprovinciale su posto comune nel distretto di Palermo secondo l'ordine espresso i in domande di mobilità;

– Voglia, altresì, condannare il Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese di lite ed al compenso professionale

Ai fini del contributo unificato si dichiara che lo stesso pari ad € 259,00 essendo la causa di valore indeterminato.

In via istruttoria, si depositano i documenti di cui all'indice atti.

Palermo **04.10.2021**

Avv. Alessio Ardizzone

Avv. Christian Conti

