

Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

**Ecc.ma Corte di Appello di Catanzaro
Sezione Lavoro**

Ricorso per appello

Nell'interesse del prof. **Giovanni Mazzulla**, nato a Cosenza il 20.11.1971 e residente in Via Duca degli Abruzzi n. 12B, Brescia, (c.f. MZZGNN71S20D086J), rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Gambardella del Foro di Roma (c.f. GMBGLN83T02D086O) ed elettivamente domiciliato presso il suo studio, sito in Roma, Via della Conciliazione n.10, giusta procura alle liti in calce al presente atto. *Il difensore dichiara, ai sensi di legge, di voler ricevere eventuali comunicazioni e notificazioni al seguente numero di fax 0668802078, ovvero al seguente indirizzo pec: avv.giulianogambardella@pec.it,*
-Appellante-

Contro

Il Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro p.t., (c.f. 80185250588), rappresentato e difeso dall'avvocatura distrettuale dello Stato, con sede in Catanzaro, Via Gioacchino da Fiore n. 34, 88100, Catanzaro (CZ), (c.f. 80004580793),
-Appellato-

Fatto

Il prof. Mazzulla (d'ora in poi soltanto odierno appellante), assunto a tempo indeterminato il 01.09.2011, è un docente di scuola secondaria di primo grado, attualmente in servizio presso l'Istituto comprensivo Bruno con sede a Paola, nonché presso l'Istituto comprensivo di Fuscaldo, De Seta.

Fino al 31.8.2023 ha prestato servizio all' I.I.C. Terzo Negroni di Cosenza, in assegnazione provvisoria.

In precedenza, invece, l'odierno appellante è stato titolare presso l'Istituto comprensivo A. Gramsci di Albano Laziale (RM), laddove ha ottenuto trasferimento nell'anno scolastico 2022/23 (**cfr. doc. 1, 2, 3 allegati al ricorso depositato nel precedente giudizio**).

L'odierno appellante risulta ancora essere referente di sua madre, signora **Perrone Maria Saveria**, che vive e risiede a Rende (CS) in Via Germania n.100, riconosciuta disabile in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 della legge n. 104/1992, giusto decreto di omologa del Tribunale Ordinario di Cosenza (**cfr. doc. 4 allegato al ricorso depositato nel precedente giudizio**) e le cui condizioni di salute si sono ulteriormente aggravate.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Dall'attuale condizione clinica della madre dell'odierno appellante non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.

Orbene, l'amministrazione scolastica, nonostante l'appellante si trovava in possesso di tutti i requisiti previsti dalle norme inderogabili necessarie per partecipare alla procedura di mobilità interprovinciale del personale docenti 2023/2024 ed avvalersi del diritto di precedenza, ha imposto allo stesso di restare presso la stessa istituzione scolastica di titolarità, cioè Albano Laziale, Roma **per un triennio** e ciò in virtù dell'illegittima applicazione dell'ordinanza ministeriale n. 36 del 1.3.2023 attuativa del C.C.N.I. 2022/2025 (cfr. **doc. 5, 6 allegati al ricorso depositato nel precedente giudizio**) pregiudicando così il diritto costituzionalmente garantito del disabile di essere assistito dalla docente nel luogo ove lo stesso risiede.

Più segnatamente, l'art. 1 comma 7 dell'ordinanza ministeriale n. 36 del 1.03.2023 prescrive *“Ai sensi dell'articolo 58, comma 2, numero 6), lettera f), secondo periodo, del decreto-legge n. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, e dall'articolo 2, comma 3, del CCNI del 18 maggio 2022, al fine di tutelare l'interesse degli studenti alla continuità didattica, i docenti possono presentare istanza volontaria di mobilità non prima di tre anni dalla precedente, se in tale occasione abbiano ottenuto la titolarità in una qualunque sede della provincia chiesta, qualora diversa da quella di precedente titolarità. Le disposizioni di cui al precedente periodo si applicano a decorrere dalle operazioni di mobilità relative all'anno scolastico 2022/2023. Tale vincolo triennale non si applica ai docenti beneficiari delle precedenze di cui all'articolo 13, comma 1, punto I, III, IV, VI, VII e VIII, alle condizioni previste dal CCNI 2022, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza, né ai docenti trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti in una qualunque sede della provincia chiesta.”*

Ebbene, anche in questa sede, non può non evidenziarsi che tale limite si pone in aperto contrasto sia con gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 (norme inderogabili e costituzionalmente garantite) che con l'art. 601 d. lgs. n. 297/1994 (T.U. della scuola) (*lex specialis*) laddove espressamente prescrivono che (art. 33 comma 3) **“il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (comma 5) ha diritto di 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”** consentendo di contro la partecipazione soltanto ai *“docenti beneficiari delle precedenze di cui all'art. 13 e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza o che siano stati trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti su una preferenza espressa”*(sic!), così creando una palese violazione di legge.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Sulla base di quanto finora esposto, l'odierno appellante, per il tramite dell'avvocato La Cava, aveva depositato ricorso innanzi al Tribunale Ordinario di Cosenza, Sezione lavoro.

Più nel dettaglio, nel precedente giudizio, l'odierno appellante lamentava la violazione e falsa applicazione da parte dell'amministrazione oggi appellata, delle norme inderogabili ex artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 e dell' art. 601 T.U. scuola (*lex specialis*), la violazione e falsa applicazione dell'ordinanza ministeriale n. 36 del 1.3.2023 poiché in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, la violazione e falsa applicazione dell'artt. 3 e 97 Costituzione; la violazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 (cfr. **motivi di diritto riportati nel ricorso depositato nel precedente giudizio**).

Dopo il deposito del ricorso si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione e del Merito, eccependo l'insussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, evidenziando che l'odierno appellante era in assegnazione provvisoria presso la Scuola Media Negroni di Cosenza su posto sostegno sino al 31.08.2023 (cfr. **costituzione del Ministero dell'istruzione e del Merito**).

Con decreto n. 11739/2023 del 11/07/2023 (R.G. n. 2011/2023 -1) il giudice di prime cure ha rigettato la domanda cautelare perché l'odierno appellante era in assegnazione provvisoria presso la Scuola Media Negroni di Cosenza sino al 31.8.2023 (cfr. **decreto di rigetto depositato dal giudice Vaccarella**).

La causa è stata rinviata per la decisione all'udienza del 21.11.2023.

Il ricorso dell'odierno appellante è stato rigettato perché, ad avviso del giudice Vaccarella, il vincolo triennale imposto dall'O.M. n. 36 del 1.3.2023 non era in contrasto con gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 e neanche con l'art. 601 D. Lgs. n. 297/1994 (**Sentenza n. 1902/2023 emessa dal T.O. di Cosenza, Sezione Lavoro, Giudice Vaccarella, doc.1**).

Il giudice di prime cure, quindi, accogliendo le tesi avanzate dal M.I.U.R. oggi appellato, cioè ritenendo che non sussistono le condizioni per il superamento del vincolo di permanenza triennale poiché parte appellante non era *beneficiario delle precedenze di cui all'articolo 13, comma 1, punto I, III, IV, VI, VII e VIII* e ciò in quanto, ai sensi dell'art. 13 CCNI, il diritto di precedenza per assistenza al genitore non opera ai fini dei trasferimenti interprovinciali, ha rigettato il ricorso (cfr. **sentenza impugnata**).

A sostegno della decisione, il giudice di prime cure ha poi richiamato giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale *"in tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore dell'8 aprile 2016, nel riconoscere il diritto di precedenza al dipendente che assiste un genitore in condizione di handicap grave esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 della l. n. 104*



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

*del 1992 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia" (Cass. 22 febbraio 2021, n. 4677) (cfr. **sentenza impugnata**).*

Secondo il giudice di prime cure, tale orientamento poi confermato da altra giurisprudenza, ha escluso la violazione della legge n. 104/1992 sollevata da parte appellante.

La sentenza richiamata nella sentenza impugnata ha stabilito che *"L'art. 13 del CCNI mobilità personale docente, educativo e ATA scuola a.s. 2016/2017 del 8 aprile 2016, che regola, per quanto qui rileva, il sistema delle precedenzae, al punto V, che reca "Assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale", stabilisce, tra l'altro, nell'ambito provinciale (Fase A, punto 1), in relazione alla posizione del figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, quanto segue. Prevede la precedenza in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. (...) 3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (...). Stabilisce, in una prospettiva di favore per il lavoratore, che in assenza anche di una sola delle suddette condizioni, per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla legge n. 104 del 1992 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. Prevede - disposizioni su cui verte in particolare la controversia in esame - che nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità.*

Va premesso che la norma contrattuale da ultimo richiamata va interpretata nell'ambito della complessiva disciplina dell'art. 13 del CCNI, atteso l'intreccio delle diverse misure previste, in ambito provinciale (fase comunale e fase provinciale) e in ambito interprovinciale, dovendosi in primo luogo vagliare la legittimità della graduazione tra precedenza definitiva e provvisoria in ambito provinciale (Fase A, punto 1). Tale modello rientra nel legittimo bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo, conformandone, tuttavia, come segue le condizioni di fruizione. La regolamentazione della precedenza dettata dall'art. 13 del CCNI, infatti, risulta coerente con l'art. 33 della legge n. 104 del 1992, una



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

volta conformatone il contenuto alla luce della corretta interpretazione di quest'ultimo. La previsione della contrattazione integrativa della necessaria fruizione in capo al lavoratore dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, per accedere all'agevolazione della precedenza in questione, non è richiesta dall'art. 33, comma 5, cit., mentre costituiscono logico sviluppo della condizione di assistenza al genitore in situazione di gravità, che fondi la precedenza in ambito provinciale, sia l'impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi, sia la documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico.

*Così conformato il contenuto dell'art. 13 CCNI, la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali, in esso prevista, non contrasta con la previsione della legge n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n. 104 del 1992 privilegia. La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, come nella precedenza provinciale (FASE A, punto I), così nella precedenza interprovinciale, l'agevolazione della preferenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità con le esigenze dell'Amministrazione, riconoscendola sia pure in via provvisoria pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni, come sopra precisate, fissate nel rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo". (cfr. **sentenza impugnata**).*

A sostegno della propria decisione il giudice di prime cure richiama anche giurisprudenza di merito (cfr. **sentenza impugnata**).

Dunque, ad avviso del giudice di prime cure, anche valutata la compatibilità della normativa collettiva richiamata in sentenza, nonché di quella posta dall'O.M. n.36/2023 innanzi richiamato relativo al c.d. vincolo triennale, con i principi posti dal diritto unionale, la domanda dell' odierno appellante non poteva essere accolta poiché il diritto del lavoratore *car giver* a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare assistito, nell'ottica del "rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo" e dell' "onere non sproporzionato" cui è tenuta nell'Amministrazione nella tutela di detto diritto è stato nella specie adeguatamente salvaguardato mediante la riconosciuta assegnazione provvisoria dell' odierno appellante (anche per l'anno scolastico 2023/2024) presso l'istituto scolastico della provincia di Cosenza ove risiede il genitore disabile (cfr. **sentenza impugnata**).

Merita sin da ora sottolineare però che altra parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, precedente e successiva a quelle richiamate dalla sentenza di rigetto, è di contrario avviso. Infatti, come di seguito verrà meglio specificato, ha accolto diversi ricorsi per fattispecie analoghe a quella per cui è causa.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Pertanto, la sentenza n. 1902/2023 resa nel procedimento R.G. n. 2011/2023 dal Tribunale Ordinario di Cosenza, Sezione Lavoro, è illegittima e merita di essere riformata per i seguenti motivi di

Diritto

I. Erroneità della sentenza nella parte in cui non tiene conto del fatto che l'art. 1 comma 7 dell'ordinanza ministeriale n. 36 del 1.3.2023 non contrasta con l'art. 13 del c.c.n.i. scuola, con gli articoli 21, 33 della legge 104/192 e, infine, con la *lex specialis* di cui all'art. 601 del T.U. della Scuola.

Come sopra detto, il giudice di prime cure ha ritenuto infondato il ricorso presentato dall'odierno appellante riportandosi al principio espresso dalla Suprema Corte secondo cui *“in tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore dell'8 aprile 2016, nel riconoscere il diritto di precedenza al dipendente che assiste un genitore in condizione di handicap grave esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 della l. n. 104 del 1992 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”* (cfr. **pagina 4 di 11 della sentenza impugnata**).

Tale sentenza, però, a modesto avviso di chi scrive, si pone in contrasto non tanto e non solo con gli articoli 21 e 33 della legge n. 104/1992, ma anche con l'articolo 601 del T.U. della scuola.

Più precisamente, dalla illegittima applicazione dell'art. 1 comma 7 della predetta ordinanza ministeriale ne consegue che i docenti (come l'odierno appellante) soggetti al vincolo triennale possono presentare domanda soltanto alle seguenti condizioni:

- *essere beneficiari delle precedenza di cui all'art. 13 e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza;*
- *siano stati trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti su una preferenza espressa.*

In definitiva questi sono tenuti a restare presso l'istituzione scolastica dove hanno ottenuto la titolarità, a seguito di domanda volontaria, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno 3 anni, **tranne che siano beneficiari delle precedenza di cui all'art. 13** e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Orbene, come ampiamente sostenuto nel precedente giudizio, tale operazione non è in linea con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al D.Lgs 16 aprile 1994 n. 297, (*lex specialis*) in particolare dall'art. 601, laddove dispone: (1)“**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.** (2) **Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”**.

Sostanzialmente, detta norma (art. 601), non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo, a differenza della disciplina generale, e richiamando il combinato disposto di cui agli art 21 e 33 della legge 104/1992, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata (**non derogabile**), **attuativa di valori di rilievo costituzionale riconoscendo** al personale/ docente, che si trova nelle condizioni di cui **all'art. 33 ed all'art. 21** L. 104/92, una **precedenza assoluta** in sede di mobilità rispetto ai docenti che non si trovino nella medesima condizione, senza alcuna interferenza da parte di norme ministeriali o legislative con essa in contrasto e con i precetti costituzionali.

Pertanto l'art. 21 della suindicata legge prevede che: “*La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda*”.

Inoltre, il richiamato art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3) *il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (comma 5)* **ha diritto di 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**”.

La predetta disposizione normativa, non derogabile, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata”.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Ne consegue che la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla *ratio legis* di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "*i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata*" (L. 104/92) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e alla partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché alla realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 11 L.104/92).

Detta norma, **unitamente all'art. 33** della medesima legge, si configura infatti qual disposizione di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti con la conseguenza che le stesse **non possono ritenersi implicitamente abrogate ne limitate** neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Appare indubbia **la natura cogente** della disposizione di cui alla legge n. 104/1992, che, peraltro, si evince dalla *ratio legis* e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "*i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata*" (art. 21 L. 104/1992).

Dunque, nella sentenza impugnata, il giudice di prime cure non ha proprio tenuto conto del fatto che il Ministero, con la suddetta ordinanza, ha palesemente violato norme inderogabili meglio sopra specificate, limitandosi a richiamare una giurisprudenza della Corte di Cassazione che peraltro è in via di superamento.

Al proposito si richiama un' importante sentenza emessa dalla Corte di Appello di Roma che, in un caso analogo a quello che ci occupa, ha accolto le doglianze avanzate da un docente a cui non era stato riconosciuto il diritto di precedenza ad un trasferimento interprovinciale, nonostante in possesso della legge n. 104/1992, proprio perché il Ministero dell' Istruzione e del Merito non ha saputo chiarire in giudizio perché mai la rilevanza dell'assistenza al disabile – espressione del dovere costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost. – dovrebbe essere limitata alla **mobilità annuale provinciale** e non estesa pure a quella definitiva interprovinciale.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Più nel dettaglio, la Corte di Appello di Roma, contrariamente all' orientamento della Corte di Cassazione richiamato nella sentenza impugnata, (cfr. **sentenza impugnata-doc.1**), ha stabilito che la natura personalissima dei doveri di assistenza imporrebbe di riconoscere la stabilità e la definitività del suo adempimento, caratteri assicurati soltanto da un diritto di precedenza nella mobilità definitiva.

Dunque, secondo la Corte di Appello di Roma, privo di ragionevolezza si rivela l'art. 13, punto IV, C.C.N.I. cit., secondo cui "Nei **trasferimenti interprovinciali** è riconosciuta la precedenza ai soli genitori anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza.

Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto di usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare domanda di mobilità".

Inoltre, va considerato che l'inciso "ove possibile", di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, viene costantemente inteso dalla giurisprudenza come riferito alle situazioni organizzative del datore di lavoro, sicché è del tutto arbitrario estendere quel limite a determinate categorie soggettive di dipendenti in relazione allo **specifico legame di parentela** esistente con il titolare della condizione di **handicap grave**.

Al riguardo si consideri che nella **legge n. 104/1992** le varie categorie di parentela (ossia l'essere genitore, coniuge o figlio del soggetto disabile) sono tutte equivalenti ai fini della tutela ivi prevista'.

Risulta evidente che, anche nel caso di specie, non è in discussione che fosse "possibile" il trasferimento nella sede richiesta dall'appellante al momento della **domanda di mobilità** per l'anno scolastico 2017/18, quanto la legittimità dell'esclusione (introdotta dall'articolo 13, punto IV, CCNI cit.) del suo diritto di precedenza ex articolo 33 L. n. 104/1992 per effetto dell'assistenza prestata alla madre portatrice di handicap grave (**Corte di Appello di Roma, Quarta Sezione Lavoro, Sentenza n. 2835 del 2022**).

Dello stesso avviso della Corte di Appello di Roma è anche la **Corte d'Appello di Genova, con la sentenza n. 329 del 2017**, in riforma della sentenza n. 91 del 2017 emessa dal Tribunale di Savona tra le parti, ha condannato il M.I.U.R. a riconoscere ad una docente l'applicazione del diritto di precedenza ex art. 33, comma 5, della legge n. 194 del 1992, in riferimento al trasferimento interprovinciale della stessa.

La lavoratrice aveva adito il Tribunale di Savona chiedendo il riconoscimento dell'applicazione in proprio favore del diritto di precedenza, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, per essere familiare di riferimento del padre, soggetto portatore di handicap grave, e consequenzialmente del diritto al trasferimento presso la Provincia di Trapani.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Il Tribunale di Savona, però, nel rigettare la domanda, ha affermato che l'art. 13 del C.C.N.I. di settore, nello stabilire che nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la preferenza in via definitiva solo ai genitori adottivi, o a chi esercitava la tutela legale, mentre al figlio che assiste il genitore la precedenza è riconosciuta solo nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non era in contrasto con l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, in ragione del quale il lavoratore ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

La norma della contrattazione integrativa costituiva svolgimento della prevista "possibilità", delineando i presupposti regolativi del diritto di precedenza in ragione del bilanciamento tra gli interessi organizzativi dell'Amministrazione e quelli personali del docente.

La Corte d'Appello di Genova, però, ha escluso che la norma del C.C.N.I. avesse portata meramente attuativa della disposizione legislativa primaria, in quanto mentre l'art. 33, comma 5, cit., che ha carattere imperativo, limita il diritto alla scelta della sede ai casi in cui, in concreto, la preferenza dell'interessato non può essere attuata (ad es. per mancanza di posti disponibili o per altre concrete esigenze della Pubblica Amministrazione), la norma del C.C.N.I., contiene una regola diversa, che gradua la tipologia di trasferimento (definitiva/provvisoria) a seconda del legame tra disabile e docente.

Inoltre il C.C.N.I. non esplicitava le situazioni organizzative che potevano giustificare i dinieghi di precedenza, in quanto esprimeva, piuttosto, una regola generale ed astratta, diversa da quella della legge primaria, ed anzi con questa incompatibile.

Tanto premesso, la Corte d'Appello di Genova ha riconosciuto il diritto alla preferenza definitiva anche su posti vacanti per la mobilità interprovinciale (e quindi non per la sola assegnazione provvisoria), ma da ciò non faceva discendere il diritto al trasferimento, poiché quest'ultimo dipendeva pur sempre dall'esistenza di posti vacanti disponibili, e comunque da una valutazione comparativa con altre situazioni di precedenza, la cui valutazione spettava agli organi amministrativi.

Da ultimo, anche la Corte di Appello di Firenze, Sezione Lavoro, richiamando sentenza della Corte di Cassazione (**Cassazione Lavoro, Sentenza del 1-3-2019 n. 6150**), con la storica sentenza n. 537/2021 del 13/7/2021 ha accolto il ricorso per appello presentato da una docente che aveva chiesto di accertare e dichiarare il diritto ad ottenere il trasferimento con decorrenza dall' a.s. 2019/2020, per la classe di concorso A046 prioritariamente e in subordine per il posto sul sostegno, nelle province limitrofe ad Enna di Ragusa o Catania o Caltanissetta, per una delle sedi espresse nella domanda, con precedenza in quanto referente unica per l'assistenza ai genitori disabili in condizioni di gravità.



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Tutto ciò premesso, l'appellante, *ut supra* rappresentato, difeso ed elettivamente domiciliato nell'impugnare la sentenza n. 1902/2023 pronunciata dal giudice unico della Sezione Lavoro del Tribunale di Cosenza, dott. Alessandro Vaccarella,

Chiede

Che l'Ecc.ma Corte di Appello adita, previa fissazione dell'udienza di discussione ed in riforma della sentenza di primo grado impugnata, Voglia accogliere le seguenti

Conclusioni

- 1) Accertare e dichiarare, per i motivi di cui *infra*, previa disapplicazione della disposizione contenuta nell'art. 2 della ordinanza ministeriale n. 36 del 1.03.2023 e dei provvedimenti connessi e consequenziali lesivi della posizione giuridica soggettiva dell'appellante, l'illegittimità dell'art. 2 c. 2 dell'ordinanza ministeriale 36 del 2023 nella parte in cui prescrive l'adozione del vincolo triennale nei conferenti del ricorrente a rimanere presso l'istituzione scolastica nella quale ha ottenuto il trasferimento a seguito di domanda di mobilità volontaria nell'a.s. 2022/23, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, poiché in violazione con gli artt. 33, 21 della legge 104 del 1992 e dell'art. 601 del T.U. scuola e delle superiori direttive della comunità europea.
- 2) Conseguentemente, ritenere e dichiarare, per i motivi di cui *infra*, l'illegittimità del vincolo triennale e consentire all'odierno appellante di poter partecipare alle operazioni di mobilità 2023/2024 e seguenti del personale docente per il trasferimento su scuola secondaria di primo grado.
- 3) Accertare e dichiarare, previa disapplicazione, ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 c.c. e 40 c. 1 ultimo cpv del d. lgs. n. 165/01, dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2023 poiché in contrasto con l'art 601 T.U. scuola, con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) *nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità*, con il principio di discriminazione diretta ed indiretta di cui alla direttiva CE 78/00 conformemente a quanto statuito dalla c.d. sentenza Coleman nonché ai principi sovranazionali e costituzionali, il diritto dell'odierno appellante ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione dello stesso presso le sedi di Rende, (CS), e comunque secondo l'ordine di cui alla domanda e distretti secondo l'ordine indicato anche in sovrannumero e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che le consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lui madre e ciò con effetto immediato.
- 4) Condannare l'amministrazione appellata ad emanare tutti i provvedimenti necessari a consentire al ricorrente la partecipazione alle operazioni di mobilità interprovinciale 2023/2024 personale docente per il trasferimento interprovinciale anche in



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

sovrannumero su scuola secondaria di primo grado presso le sedi di Rende, Prov. Cosenza, e comunque secondo l'ordine di cui alla domanda.

5) Condannare l'amministrazione appellata al pagamento di spese, competenze e onorari di giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore.

Nota fiscale: ai fini del versamento del contributo, atteso che il valore è indeterminato, lo stesso è pari ad € 388,50 ma non è dovuto stante l'autocertificazione reddituale (**doc.2 allegato al presente ricorso per appello**).

Istanza di rimessione di questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale.

In considerazione di quanto sopra esposto, si chiede alla Ecc.ma Corte di Appello gravata, di sollevare questione di legittimità costituzionale per la violazione degli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione per le ragioni esposte in punto di diritto dell'art. 1 comma 7 dell'ordinanza ministeriale n. 36 del 1.03.2023, previa disapplicazione dell'articolo 2, nella parte in cui conferma, in deroga agli articoli 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, la suddetta ordinanza prescrive l'adozione del vincolo triennale nei confronti dell'odierno appellante a rimanere presso l'istituzione scolastica nella quale ha ottenuto il trasferimento a seguito di domanda di mobilità volontaria nell'a.s. 2022/23, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, così pregiudicando il diritto del genitore disabile a non essere assistito dal Prof. Mazzulla quale unico referente.

Roma, li 24/2/2024

Avvocato Giuliano Gambardella

Atto firmato digitalmente dall'avvocato Giuliano Gambardella

Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione nei confronti dei controinteressati e litisconsorti (art. 151 c.p.c.).

Il sottoscritto avvocato Giuliano Gambardella, considerata la numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio; considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso per appello appare pregiudizievole e costoso per il ricorrente, formula espressa istanza Affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U. e pertanto



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Voglia

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2023/2024 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del C.C.N.I. – Mobilità Scuola 2022/2025, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2023/24, e provenienti da Graduatorie ad esaurimento, tutti i docenti di Scuola secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2023/24 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del Ministero dell'istruzione e del Merito: http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/ ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

- a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza.
 - b) Nome del ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata.
 - c) Sunto dei motivi del ricorso per appello.
 - d) Indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2023/2024 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/23, e provenienti da Graduatorie ad esaurimento tutti i docenti di scuola secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2023/24”.
 - e) Testo integrale del ricorso per appello e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.
- Roma, lì 24.2.2024

Avvocato Giuliano Gambardella



Avvocato Giuliano Gambardella
Patrocinante in Cassazione
00193 Roma
Via della Conciliazione n.10
Tel. 0668805630
Fax 0668802078
email:giuliano.gambardella@libero.it
pec:avv.giulianogambardella@pec.it

Si allegano al seguente ricorso per appello i seguenti documenti:

1. Sentenza del Tribunale Ordinario di Cosenza, Sezione Lavoro.
2. Autocertificazione dei redditi del Prof. Mazzulla.

Procura alle liti firmata e autenticata.

