

Avv. Giuseppe Versace

Magistrature Superiori

Presidente dell'Associazione "Avvocati di Diritto Scolastico - Associazione Nazionale"

Via Nicolò Dall'Arca n. 24 - 40129 Bologna - Tel. 051.374634 - Cell. 349.2207586

Pec: giuseppe.versace@pecstudio.it - Email: avv.versacegiuseppe@gmail.com

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE

RECLAMO EX ART. 669 TERDECIES C.P.C.

(Ordinanza cautelare del 17.09.2024 – R.G.N. 2407/2024)

Giudice Dott.ssa Graziella Bellino

**CON RICHIESTA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICA
NEI CONFRONTI DEI LITISCONSORTI AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C.**

**CON ISTANZA DI UDIENZA SCRITTA EX ART. 127 TER C.P.C. OPPURE UDIENZA DA
REMOTO**

**(DIRITTO DEL RICORRENTE A PARTECIPARE ALLE OPERAZIONI DI MOBILITA' PER L'A.S.
2024/2025, CON CONSEGUENTE DIRITTO DI PRECEDENZA IN QUANTO BENEFICIARIO, AI
SENSI DELL'ART. 33 COMMI 5 E 7 DELLA LEGGE 104/1992).**

**L'O.M. N. 30/2024 ENTRO IL 17 MAGGIO 2024 VENGO ELABORATI E PUBBLICATI GLI
ESITI DELLA MOBILITA' DA PARTE DEL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO.**

Per il **Prof. Massimiliano MIDILI**, nato il 02.04.1997 a Milazzo ed ivi residente in Via Porticella n. 38 (C.F.: MDLMSM97D02F206W), rappresentato e difeso, in forza di procura speciale rilasciata con atto congiunto al presente atto, su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 83, III° comma, c.p.c., all'**Avv. Giuseppe Versace** del Foro di Bologna (C.F.: VRSGPP70A02A065C), elettivamente domiciliato presso il suo Studio Legale sito in 4019 Bologna, Via Nicolò Dall'Arca n. 24.

Il sottoscritto *Avvocato Giuseppe Versace* dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni e/o notifiche al numero di Fax 051.4154705 – P.e.c.: giuseppe.versace@pecstudio.it

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO (C.F.: 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, con sede in 00153 Roma, Largo Trastevere n. 76/A, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato in 98123 Messina, Via dei Mille, Isol. 221 n. 65 – Pec: ads.me@mailcert.avvocaturastato.it

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO – UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA E L'UFFICIO VIII – AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MESSINA, come da domicilio eletto nell'atto di costituzione, presso l'Ambito Territoriale di Messina, sito in Messina, Via San Paolo. 361 ex IAI – Pec: uspme@postacert.istruzione.it

PROPONE RECLAMO AVVERSO



L'Ordinanza del 17.09.2024 (Causa R.G. 2407/2024) del Tribunale di Messina, Sez. Lavoro Giudice Dott.ssa Graziella Bellino, depositata in data 17.09.2024 e notificata in pari data alla ricorrente al domicilio eletto, presso lo studio legale dell'avv. Giuseppe Versace, Via Nicolò Dall'Arca n. 24 - 40129 Bologna, tramite posta elettronica certificata.

FATTI. RICOSTRUZIONE DELLA VICENDA PROCESSUALE.

1) Il ricorrente è titolare nel posto normale della classe di concorso B012 - Laboratori di Scienze e Tecnologie Chimiche e Micro-Biologiche, presso l'Istituto I.T.I. "P. HenseMBERGER" di Monza (MB), ed **attualmente in servizio in assegnazione per l'a.s. 2023/2024, presso l'I.I.S. "MINUTOLI" di Messina** (doc. 1. Certificato che attesti l'assegnazione provvisoria).

2) Il ricorrente ha concorso alle procedure di mobilità tra province diverse per l'anno scolastico 2024/2025, con la presentazione della domanda n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.10640101. del 14.03.2024 (doc. 2. Domanda di Mobilità a.s. 2024/2025 con allegati).

3) Il docente ha diritto alla partecipazione ed a concorrere alle procedure di mobilità anche con **precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92, in quanto è nipote e referente unico all'assistenza del Nonno, Sig. Francesco Aldo BRESOLIN**, nato il 13.07.1937 a Cassola (VI), e residente a Milazzo (ME) in Via Porticella n. 12, **portatore di handicap in condizione di gravità (ex art. 3 c. 3 Legge 104/92), accertato dalla Commissione Medica per l'accertamento dell'Handicap di Messina, in data 15.12.2020**, con la seguente diagnosi: *"Vasculopatia celebrale cronica con sindrome depressiva, decadimento cognitivo e compromissione neurologica, in trattamento farmacologico cronico"*, **non soggetta a REVISIONE** (doc. 3. Verbale Commissione medica).

4) Il **Prof. Massimiliano Midili** ed il **signor Francesco Aldo Bresolin**, convivono e sono entrambi residenti in Milazzo, Via Porticella n. 12, come da certificato di residenza e stato di famiglia (doc. 4. Certificati di residenza e famiglia).

5) Il ricorrente, quindi, è **referente unico** all'assistenza del Nonno disabile grave, con cui è convivente, ed è l'unico soggetto che fruisce dei **benefici previsti dalla L.104/92** per l'assistenza del Nonno con handicap grave, in quanto la figlia, Sabrina Bresolin, ha dichiarato di non poter prestare assistenza continuativa al padre disabile, per i seguenti motivi: *"la posizione lavorativa occupata in azienda ricadente in altro Comune non consente di poter prestare assistenza al proprio familiare e pertanto dichiara altresì di non avvalersi dei benefici previsti dall'art. 33 della Legge 104/1992 e di non essersene avvalsa in precedenza"* (doc. 5. Dichiarazione della figlia). Anche il figlio Luca Bresolin, ha dichiarato di non poter prestare assistenza continuativa al padre disabile, per i seguenti motivi: *"in quanto residente da molti anni in regione Lombardia e, quindi non in condizioni di poter prestare assistenza al proprio familiare. Dichiara altresì di non avvalersi dei benefici previsti dall'art. 33 della Legge 104/1992 e di non essersene avvalsa in precedenza"* (doc. 6. Dichiarazione del figlio). Neanche l'anziana Moglie, Paola Loredana Venzo, nata il 23.09.1941 a Rossano Veneto (VI), ultra 65 enne, si può prendere cura del marito (doc. 7. Dichiarazione della moglie).

6) Il **Prof. Midili** assiste in maniera permanente il Nonno che **non è ricoverato** in strutture sanitarie, istituti specializzati o altro e non usufruisce di alcuna assistenza domiciliare da parte dell'ASL di competenza.

7) Il ricorrente presta **assistenza continuativa, globale e permanente** al Nonno ed ha **documentato di essere l'unico familiare convivente e referente unico all'assistenza dei disabili gravi con diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della Legge 104/92, producendo la documentazione e le apposite autocertificazioni.**



8) Per l'a.s. 2024/25 le operazioni di mobilità sono regolate secondo quanto disposto dal **CCNI del 27.01.2022 valido per il triennio 2022/25, integrato con l'accordo tra Ministero e Organizzazioni Sindacali del 21.02.2024** ed in base alle specifiche disposizioni stabilite dall'**O.M. n. 30/2024**, ai sensi dell'art. 462, comma 6, del decreto legislativo n. 297 del 1994.

9) La piattaforma "*Istanze OnLine*" del Ministero dell'istruzione e del Merito, utilizzata dai docenti per la compilazione e la trasmissione delle domande di mobilità per l'a. s. 2024/25, impedisce illegittimamente ai docenti referenti unici all'assistenza dei genitori con handicap grave, partecipanti alle operazioni di trasferimento tra province diverse, di segnare la casella che indica il possesso del requisito di precedenza di legge, ex art. 33 c. 5 e 7 della L. 104/92.

10) Per quanto sopra esposto, la partecipazione del ricorrente alle procedure di mobilità senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante per l'assistenza al Nonno con handicap grave provoca pregiudizio e danno, certo, grave ed irreparabile al docente ed al disabile grave al quale deve essere prestata assistenza continuativa.

11) **Tuttavia il Prof. Midili, consultando il portale "*Istanze Online*" constatava che la propria domanda di Mobilità per l'a.s. 2024/2025, non era stata inserita nel sistema, in quanto, non avrebbe diritto di partecipare a tale domanda, visto che il Nonno non figura tra i parenti entro il secondo grado, come riferito dall'ufficio proposto.**

12. Il ricorrente inoltrava reclamo all'Ufficio preposto, chiedendo di rivedere la pozione assunta dall'Amministrazione Scolastica, e chiedendo di essere reinserito nel sistema, per poter partecipare alle operazioni di mobilità (doc. 8. Reclamo tramite email.).

13) L'illegittimità dell'operato avversario e le violazioni di legge operate dal Ministero sono evidenti e documentali, tanto da potere determinare l'adozione e l'emissione di un **provvedimento inaudita altera parte**, come si dirà di seguito ed anche con riferimento a **precedenti analoghi di altri Tribunali**, tenuto altresì conto dei **tempi ristretti per la conclusione delle procedure di mobilità**, il cui termine ultimo di comunicazione al SIDI delle domande di mobilità, per l'elaborazione dell'algoritmo è il 23 aprile 2024 ed i cui **esiti verranno pubblicati il 17 maggio 2024**, come è previsto dall'art. 2, co.4 lettera a), dell'O.M. 30/2024 (doc. 9. Ordinanza Ministeriale n. 30/2024).

14) L'obbligo imposto dal Ministero di partecipazione del deducente alle operazioni di mobilità territoriale per l'a.s. 2024/25, senza esaminare la domanda ed escludere dal sistema "*Istanze Online*", e di conseguenza, senza prendere in considerazione il riconoscimento della precedenza di legge di cui è beneficiario, è illegittimo per i seguenti motivi di diritto – *fumus boni iuris*.

In data 5.6.2024 si costituiva il Ministero dell'Istruzione e del Merito, chiedendo il rigetto del ricorso.

Dopo la prima udienza del 5.6.2024, si svolgevano diverse udienze, nello specifico in data 5.7.2024, 7.8.2024 e l'11.09.2024.

A seguito delle note scritte dell'udienza dell'11.9.2024, il Giudice rigettava la richiesta cautelare con decreto del 17.09.2024.

LA DECISIONE DEL GIUDICE

Con ordinanza notificata in data 17.09.2024, la Dott.ssa Graziella bellino, in funzione del



Giudice del Lavoro del Tribunale di Messina, ha così deciso:

Preliminarmente va dichiarata la contumacia dei controinteressati che sebbene regolarmente citati non si sono costituiti in giudizio.

Si richiama quindi ex art. 118 disp. att. c.p.c. precedente di questo Tribunale che si ritiene di condividere (ordinanza del Tribunale di Messina, sezione lavoro, del 05.12.2022 relativa al procedimento iscritto al n. 5380-1/2022 R.G.).

L'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 riconosce al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste il familiare affetto da handicap in situazione di gravità, il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e dispone che lo stesso non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

L'art. 13 del CCNI per la mobilità del personale docente 2023-2024, regola il sistema delle precedenze nell'ambito dello svolgimento delle procedure di mobilità, stabilendo per ogni tipo di precedenza l'ambito di applicazione.

Va rilevato che dall'art. 13, punto IV, del CCNI 28 gennaio 2022 emerge che la preferenza ex art. 33, commi 5 e 7, della L. 104/92, viene riconosciuta ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità o in mancanza al tutore o ai fratelli o sorelle dello stesso, e successivamente al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità (per quest'ultimo solo limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, alla presenza di determinate condizioni).

In merito all'eccepite contrasto dell'art. 13 con la normativa primaria su richiamata, va ritenuto condivisibile quanto argomentato recentemente dalla Suprema Corte con la sentenza n. 35105/2022, che in continuità con l'orientamento espresso in fattispecie analoga da Cass. n. 585/2016 (che ha ritenuto legittima la previsione di un'analoga regolazione del diritto di precedenza dettata dal contratto collettivo decentrato 31.5.2002 per la mobilità dei dipendenti dei conservatori pubblici) nonché con i principi affermati, più in generale, da Cass. S.U. n. 7945/2008, Cass. n. 7120/2018, Cass. n. 6150/2019, Cass. n. 20243/2020, ha escluso che la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, attribuisca al dipendente che assiste la persona affetta da handicap grave un diritto soggettivo assoluto ed illimitato, perché l'inciso "ove possibile" evoca un necessario bilanciamento di interessi, tutti costituzionalmente protetti (in questo senso fra le tante più recenti anche Cass. n. 22885/2021).

La suddetta pronuncia, richiamando i principi già enunciati da Cass. n. 4677/2021, che non ha ravvisato l'eccepite nullità per contrasto con norma imperativa di legge del c.c.. del quale qui si discute e, richiamate anche le esigenze funzionali di buon andamento della Pubblica Amministrazione, valorizzate dall'art. 97 Cost., comma 2, ha sottolineato che l'esclusione nelle operazioni di mobilità interprovinciale (non in quelle infraprovinciale e di assegnazione provvisoria) della precedenza in favore del figlio che assiste genitore disabile, non può essere isolatamente considerata, ma va valutata nell'ambito della complessiva disciplina dettata dall'art. 13, in considerazione dell'intreccio delle diverse misure ivi previste, che, unitariamente apprezzate, realizzano il bilanciamento di interessi evocato già da Cass. S.U. n. 7945/2008.

La Suprema Corte ha poi ulteriormente specificato che il principio enunciato da Cass. 4677/2021 non può essere contrastato evocando il D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 601, non decisivo ai fini di causa, nè facendo leva su un concetto riduttivo di "esigenze della Pubblica Amministrazione", restringendone l'ambito alla sola scelta discrezionale sulla necessità o meno di provvedere alla copertura del posto vacante.

Quanto al primo aspetto, la pronuncia richiamata ha rilevato che l'art. 601 del T.U., intitolato "tutela dei soggetti portatori di handicap", al comma 1, richiama espressamente la L. n. 104 del 1992, artt. 21 e 33, ed al comma 2 aggiunge "le predette norme comportano



la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.

I due commi della disposizione vanno, pertanto, coordinati tra loro e ciò porta ad escludere che la precedenza di cui al comma 2 possa essere intesa in termini assoluti, giacché il rinvio operato alla L. n. 104 del 1992, art. 33, implica anche il richiamo del comma 5, che, attribuendo il diritto di precedenza “ove possibile”, consente l'apprezzamento ed il bilanciamento degli opposti interessi delle parti del rapporto di impiego.

Il D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 601, quindi, detta per il personale della scuola una disciplina che è priva di carattere di specialità, nel senso che non differenzia né accentua la tutela della disabilità rispetto a quella generale che vale nei rapporti privati e negli altri comparti dell'impiego pubblico.

Ciò detto va osservato che, come già evidenziato da Cass. n. 4677/2021, l'art. 13 del C.C.N.I., che disciplina i diritti di precedenza, nel complesso articolato opera una graduazione fra i diversi titoli (la disposizione contrattuale si riferisce, infatti, a tutti i titoli di precedenza e ad alcuni di essi attribuisce carattere assoluto) e tiene conto della distinzione fra mobilità territoriale e mobilità professionale nonché, all'interno della prima, fra spostamenti infra ed extra provinciali e fra mutamenti definitivi e provvisori della sede di assegnazione, stabilendo anche, sempre a tutela della disabilità, punteggi aggiuntivi da riconoscere al dipendente che assiste l'invalido, punteggi che nelle operazioni ordinarie si risolvono in una precedenza, seppure non assoluta, a parità di titoli e di anzianità.

La richiamata disciplina, dunque, garantisce un bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nelle organizzazioni complesse ed articolate sull'intero territorio nazionale, in relazione alle quali si rende necessario contemperare le esigenze del singolo dipendente, con quelle, egualmente meritevoli di tutela, di altri titolari di diritti di precedenza.

In quelle organizzazioni, inoltre, l'esercizio di diritti riconosciuti in termini non assoluti deve essere sì assicurato, ma con modalità che non mortifichino oltre misura le operazioni ordinarie di trasferimento, la cui disciplina è anch'essa frutto del contemperamento di opposte esigenze, perché finalizzata a garantire un'adeguata copertura di tutti gli ambiti territoriali, salvaguardando al tempo stesso le aspettative di riavvicinamento al nucleo familiare dei dipendenti assegnati ad altre sedi.

Ribadito che la tutela della disabilità va contemperata con quella degli altri interessi di rilievo costituzionale, va detto che l'art. 97 Cost., impone alle Pubbliche Amministrazioni di organizzare i propri uffici nel rispetto, non del solo principio di efficienza, ma anche di quelli di imparzialità e trasparenza, che si risolvono, sul piano civilistico, nella necessità di agire secondo correttezza e buona fede.

Nelle organizzazioni complesse, pertanto, l'amministrazione, a fronte del potenziale conflitto fra più aspiranti al medesimo bene, è tenuta ad adottare criteri predeterminati e trasparenti che tengano conto degli interessi, tutti meritevoli di tutela, dei dipendenti interessati alla mobilità, criteri che, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 40, (nelle diverse versioni succedutesi nel tempo), possono essere oggetto di contrattazione collettiva, che rappresenta la sede di elezione per il componimento del conflitto fra esigenze contrapposte, in ragione del ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali che rappresentano l'intera categoria dei dipendenti interessati alle operazioni di mobilità.

La L. n. 104 del 1992, art. 33, nel riconoscere il diritto di precedenza “ove possibile”, non limita il bilanciamento alle sole esigenze organizzative intese in senso stretto e riferite unicamente all'opportunità o meno di coprire una sede vacante, bensì legittima l'apprezzamento degli altri interessi dei quali il datore di lavoro si deve fare interprete e, pertanto, lascia spazio a graduazioni della precedenza, comunque riconosciuta, che tengano conto anche del legame esistente con la persona affetta da disabilità e che valorizzino, secondo un criterio di normalità, il ruolo che l'aspirante al trasferimento svolge nel nucleo familiare.



Non è pertanto, configurabile l'eccepita nullità delle clausole della contrattazione collettiva che vengono in rilievo, perché la tutela della disabilità è comunque complessivamente garantita dalla previsione di punteggi aggiuntivi e della precedenza nelle operazioni di assegnazione provvisoria e di trasferimento infraprovinciale.

Inoltre si richiama la sentenza n. 530 del 2023 della Corte di Appello di Messina secondo cui "Per parlare di discriminazione (in tal senso basti leggere l'art. 2 n° 1 della CE 2000/78) si deve essere di fronte ad un comportamento arbitrario basato su distinzioni di religione, convinzioni personali, handicap o età. Nel caso di specie la distinzione operata dalla contrattazione collettiva è basata su un dato diverso, cioè sul grado di parentela con la persona da assistere, e non risulta affatto arbitraria ma è il risultato di una ponderazione di situazioni tutte costituzionalmente protette. Va inoltre rammentato che perché possa prospettarsi una violazione del principio di parità è indispensabile che il legislatore disciplini (o consenta che siano disciplinate) in modo diverso situazioni sovrapponibili. Orbene, il vincolo che lega un figlio al genitore non è da un punto di vista strettamente giuridico assimilabile a quello un genitore verso il figlio o di un coniuge verso l'altro coniuge poiché caratterizzato da obblighi meno stringenti in considerazione del diverso ruolo esercitato dal primo nell'ambito del nucleo familiare. Parimenti alcuna violazione dei principi espressi dalla Carta di Nizza è configurabile, atteso il fatto che quella attuata dall'amministrazione scolastica non è una forma di discriminazione categoriale, tanto che in sede di mobilità infraprovinciale è garantita la precedenza assoluta al dipendente con genitore disabile grave, bensì una distinzione, fra situazioni solo in parte comparabili, offrendo differenti gradi di protezione al fine di salvaguardare altri valori di rango costituzionale e di assicurare una soluzione che tenga conto anche delle esigenze organizzative dell'amministrazione, per di più nel caso di specie già preventivamente scrutinate attraverso la contrattazione sindacale.

Neppure coglie nel segno il richiamo alla sentenza CGUE 18 luglio 2008 C-3003/06 "Coleman" che riguarda il diverso caso in cui il datore di lavoro operi una vera e propria discriminazione diretta fra un dipendente con figlio disabile ed altro non in situazione analoga garantendo a quest'ultimo un trattamento più favorevole".

Infine va rilevato che, a prescindere dall'applicabilità o meno del vincolo triennale di cui all'art. 13, c. 5 dlgs 2017 n. 59 secondo cui ". In caso di superamento del test finale e di valutazione finale positiva, il docente è cancellato da ogni altra graduatoria, di merito, di istituto o a esaurimento, nella quale sia iscritto ed è confermato in ruolo presso la stessa istituzione scolastica ove ha svolto il periodo di prova. Il docente è tenuto a rimanere nella predetta istituzione scolastica, nei medesimi tipo di posto e classe di concorso, per non meno di tre anni, compreso il periodo di prova, cui si aggiunge, per i soggetti di cui al comma 2 del presente articolo e all'articolo 18-bis, il periodo necessario per completare la formazione iniziale e acquisire l'abilitazione, salvo che nei casi di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per la partecipazione al relativo concorso.", nel caso di specie risulta che l'unica docente trasferita per la classe di concorso del ricorrente presenta un punteggio maggiore di quello del Midili.

Alla luce delle superiori considerazioni, tenuto conto del carattere sommario dell'accertamento, il ricorso va rigettato.

Stante la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi, le spese di lite devono essere interamente compensate. P.Q.M. - rigetta il ricorso; - compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

DIRITTO

Le motivazioni dell'ordinanza reclamata non sono condivisibili.



Il Giudice di prime cure non ha valutato considerato che erano disponibili presso l'Istituto Minutoli, due cattedre al diurno ed una cattedra al serale. Inoltre presso l'Istituto Nautico è disponibile una cattedra al serale.

In merito al vincolo triennale.

Ai sensi dell'**art. 13, comma 5**, del **decreto legislativo n. 59/2017** e successive modifiche, i **docenti neoassunti** sono tenuti a rimanere nella medesima istituzione scolastica, nei medesimi tipo di posto e classe di concorso, per **non meno di tre anni**, compreso il periodo di prova. Sussiste, quindi, un **vincolo triennale** che impedisce al docente neoassunto di fare domanda di trasferimento o mobilità.

Ma, si sa, dove c'è una legge c'è anche, quasi sempre, un'eccezione. Oltre ai casi di sovrannumero o esubero, difatti, la norma prevede una eccezione per i beneficiari della **legge n. 104/1992**.

In particolare, ex art. 13, comma 5 del d.lgs. n. 59/2017, sussiste il vincolo triennale, salvo i casi *"di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104"*. Da tale assetto normativo, quindi, si ricava che ha la possibilità di fare domanda di trasferimento, anche prima che siano decorsi tre anni, il docente neoassunto che sia **portatore di handicap in situazione di gravità** o il docente neoassunto che **assisti un familiare disabile in situazione di gravità**. Si tratta, in quest'ultimo caso, dei lavoratori individuati dal comma 3 dell'art. 33 della legge n. 104/1992, richiamato dal comma 5 del medesimo articolo.

In particolare, ex art. 33, comma 3 della legge n. 104/1992, il lavoratore, rispetto alla persona con disabilità in situazione di gravità, che non sia ricoverata a tempo pieno, deve essere coniuge, parte di un'unione civile, convivente, parente o affine entro il secondo grado. In caso di mancanza o decesso dei genitori o del coniuge o della parte di un'unione civile o del convivente di fatto, ovvero qualora gli stessi siano affetti da patologie invalidanti o abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, quanto previsto dalla norma si estende anche a parenti o affini della persona con disabilità in situazione di gravità entro il terzo grado.

Tornando all'art. 13, comma 5 del d.lgs. n. 59/2017, può quindi fare domanda di trasferimento o mobilità, prima dei tre anni, il soggetto disabile in situazione di gravità o il familiare che assiste il disabile in situazione di gravità, ma purché tali situazioni siano **sopravvenute** rispetto al termine di presentazione delle istanze per la partecipazione al relativo concorso.

Quindi, l'eccezione si concretizza solo nel caso che tali situazioni siano intervenute dopo la presentazione della domanda di partecipazione al concorso o dopo l'iscrizione alle graduatorie (GAE o GPS).

Va comunque ricordato, inoltre, che, ai sensi del medesimo art. 13, comma 5 del d.lgs. n. 59/2017, il docente può, in ogni caso, presentare domanda di assegnazione provvisoria e utilizzazione nell'ambito della provincia di appartenenza e può accettare il conferimento di supplenza per l'intero anno scolastico per altra tipologia o classe di concorso per le quali abbia titolo.

DEROGHE PER LA LEGGE 104/1992.

Come anticipato, il vincolo viene derogato nel caso di:



- **assistenza a una persona con disabilità in situazione di gravità** (comma 5). La persona con disabilità non deve essere ricoverata a tempo pieno e deve trattarsi del coniuge, della parte dell'unione civile, del convivente di fatto, parente o affine entro il secondo grado. In caso di mancanza o decesso dei genitori o del coniuge o della parte di unione civile o del convivente di fatto *ovvero qualora gli stessi siano affetti da **patologie invalidanti** o **abbiano compiuto i 65 anni di età**, il diritto è riconosciuto a parenti o affini entro il terzo grado della persona con disabilità' in situazione di gravità.* Quindi in linea di principio il diritto spetta ai parenti o affini entro il secondo caso salvo il verificarsi delle condizioni suddette che permettono di fruire del beneficio anche ai parenti e affini entro il terzo grado. In base alla normativa:
 - sono parenti di primo grado: genitori, figli naturali, adottati o affiliati;
 - **sono parenti di secondo grado: nonni, fratelli, sorelle, nipoti (figli dei figli);**
 - sono parenti di terzo grado: bisnonni, zii, nipoti (figli di fratelli e/o sorelle), pronipoti in linea retta.
 - sono affini di primo grado: suocero/a, nuora, genero, patrigno e matrigna, con figliastri;
 - sono affini di secondo grado: cognati (non sono affini il coniuge del cognato ovvero i cognati e le cognate di mia moglie; né sono affini tra loro i mariti di due sorelle);
 - sono affini di terzo grado: moglie dello zio, il marito della zia, la moglie del nipote e il marito della nipote.
- persona con disabilità grave (comma 6).

Nel nostro caso il **Prof. Massimiliano Midili, in quanto è nipote e referente unico all'assistenza del Nonno, Sig. Francesco Aldo BRESOLIN**, nato il 13.07.1937 a Cassola (VI), e residente a Milazzo (ME) in Via Porticella n. 12, **portatore di handicap in condizione di gravità (ex art. 3 c. 3 Legge 104/92), accertato dalla Commissione Medica per l'accertamento dell'Handicap di Messina, in data 15.12.2020**, con la seguente diagnosi: *"Vasculopatia celebrale cronica con sindrome depressiva, decadimento cognitivo e compromissione neurologica, in trattamento farmacologico cronico"*, **non soggetta a REVISIONE** (Cfr. doc. 3. Verbale Commissione medica).

Tutte queste considerazioni sono state disattese della Dott.ssa Bellino, con considerando quanto dedotto dal ricorrente.

Anche sull'affermazione *"ove possibile"* non ha considerato che **L'ART. 33 LEGGE N. 104/92. L'INCISO "OVE POSSIBILE" PONE L'ONERE DELLA PROVA IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE.**

La Corte di Cassazione (sent. n. 24015 del 2017, sent. n. 25379 del 2016, sent. n. 9201 del 2012) ha ribadito in materia la necessità di una interpretazione normativa compatibile con le esigenze di tutela di rilievo costituzionale connesse alla condizione di persona con handicap, **con l'esigenza di addossare al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili** per lo svolgimento delle mansioni. Il diritto del lavoratore con handicap grave è esercitabile anche in costanza di rapporto e non soltanto al momento dell'assunzione; proprio per la funzione solidaristica della norma e le esigenze



di tutela del soggetto portatore di handicap previste dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU.

La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000 e successivamente adattata a Strasburgo il 13 dicembre 2007 – all'art. 26 (Inserimento dei disabili) stabilisce che: *“L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.”* A questa Carta l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei Trattati (Corte Cost. sent. n. 135 del 2002, n. 393 e n. 394 del 2006; Corte Cost. sent. n. 349 del 2007, n. 251 del 2008).

E' in capo ai resistenti provare tale cogente impossibilità del concreto esercizio del diritto ai sensi dell'art. 33 della legge 104/1992, o quanto meno della minusvalenza del diritto del ricorrente, rispetto ai diritti di altri soggetti contrapposti.

Sussiste, pertanto, il documentato diritto del lavoratore ad essere assegnato innanzitutto nella Provincia di Messina come evidenziato nella domanda di mobilità, al fine di poter continuare a prestare l'assistenza continuativa all'invalido.

SUL C.D. “FUMUS BONI IURIS”

Il Giudice di prime cure non ha considerato che sussistono ai fini dell'accoglimento del presente ricorso, il c.d. “fumus boni iuris” sotto diversi e molteplici profili.

VIOLAZIONE DELLA L.104/92 IN ORDINE ALLA TUTELA DELLA SALUTE DEI PORTATORI DI HANDICAP CON CONNOTAZIONE DI GRAVITÀ. VIOLAZIONE DELLA L.104/92 PER ILLEGITTIMITÀ DEL MANCATO RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO DI PRECEDENZA PER ASSISTENZA AL GENITORE CON HANDICAP GRAVE NEI TRASFERIMENTI TRA PROVINCE DIVERSE E PER SOTTOPOSIZIONE A FASI DELLA PRECEDENZA DI LEGGE. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 E 97 DELLA COSTITUZIONE. VIOLAZIONE DEL D. LGS. 16.04.1994 N°297 – TESTO UNICO IN MATERIA DI ISTRUZIONE. DIRITTO DI PARTE RICORRENTE AD OTTENERE IL TRASFERIMENTO NELLA PROVINCIA DI MESSINA ED IN PARTICOLARE AD ESSERE TRASFERITA IN UNA SEDE VICINA AL LUOGO DI RESIDENZA DEL GENITORE DISABILE IN SITUAZIONE DI GRAVITÀ.

Come riferito in narrativa, che si richiama per brevità, il ricorrente è titolare nel posto normale della classe di concorso B012 – Laboratori di Scienze e Tecnologie Chimiche e Micro-Biologiche presso l'Istituto I.T.I. “P. Henseberger” di Monza (MB), ed attualmente in servizio in assegnazione per l'a.s. 2023/2024, presso l'I.I.S. “MINUTOLI” di Messina.

Il deducente è beneficiario di diritto di precedenza ai sensi dell'art.33, comma 5 e 7, della L.104/92 in quanto è Nipote convivente e referente unico all'assistenza del Nonno con handicap grave, ai sensi dell'art.3, comma 3 della L.104/92.

In particolare il Nonno sig. Francesco Aldo Bresolin, nato a Cassola (VI), il 13.07.1937 e residente a Milazzo, Via Porticella n. 12, con il ricorrente, è portatore di handicap in condizione di gravità (ex art. 3 comma 3 L.104/92) accertato dalla Commissione Medica per l'accertamento dell'Handicap di Messina, in data 15.12.2020, con la seguente diagnosi: “Vasculopatia celebrale cronica con sindrome depressiva, decadimento cognitivo e compromissione neurologica, in trattamento farmacologico cronico”, non soggetta a REVISIONE.



L'handicap grave del nonno del ricorrente non è soggetto a revisione, così come l'invalidità con gravità riconosciuta al 100% dall'INPS.

Il ricorrente, infatti, fruisce dei tre giorni di permesso retribuito mensili per l'assistenza al nonno con handicap grave ed è l'unico familiare ad avere anche diritto a beneficiare del congedo straordinario, come autocertificato in atti.

Il **Prof. Massimiliano Midili** ha presentato **domanda di trasferimento interprovinciale**, assunta al n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.10640101 del 14.03.2024 per concorrere alle procedure di mobilità tra province diverse in quanto è titolare di posto normale della classe di concorso B012 - Laboratori di Scienze e Tecnologie Chimiche e Micro-Biologiche, presso l'Istituto I.T.I. "P. Henseberger" di Monza (MB), con contratto a tempo indeterminato, e nell'istanza ha richiesto il trasferimento nelle seguenti sedi della provincia di Messina, in quanto beneficiario di diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33, comma 5 e 7, della Legge 104/1992, così ha inserito in ordine di preferenza:

| PREFERENZE | | | | |
|-----------------|--------------------|------------|-----------|--|
| NUMERO D'ORDINE | TIPO DI PREFERENZA | CODICE | PROVINCIA | DIZIONE IN CHIARO |
| 1 | Scuola | METF020001 | ME | ISTITUTO TECNICO TECNOLOGICO E. MAJORANA |
| 2 | Comune | F206 | ME | MILAZZO |
| 3 | Comune | A638 | ME | BARCELLONA POZZO DI GOTTO |
| 4 | Comune | G209 | ME | PACE DEL MELA |
| 5 | Distretto | 037 | ME | Distretto 037 |
| 6 | Comune | F158 | ME | MESSINA |
| 7 | Comune | E606 | ME | LIPARI |
| 8 | Distretto | 032 | ME | Distretto 032 |
| 9 | Distretto | 033 | ME | Distretto 033 |
| 10 | Comune | I199 | ME | SANT'AGATA DI MILITELLO |
| 11 | Distretto | 035 | ME | Distretto 035 |
| 12 | Provincia | ME | ME | MESSINA |

Si precisa che la prima sede indicata corrisponde al Comune di Milazzo, il più vicino rispetto a quello di residenza del disabile grave nel quale sono presenti Istituti presso i quali il docente può insegnare.

Il ricorrente, inoltre, ha diritto a concorrere alle operazioni di mobilità dell'anno scolastico 2024/25 in quanto non è sottoposta al vincolo di permanenza nella scuola di assunzione ed anche perché è **titolare di precedenza di legge riconosciuta dal Ministero.**

L'art. 13 del D. Lgs 59/2017, modificato dalla Legge n. 145/2018, infatti, statuisce che *"Il vincolo non si applica in caso di soprannumero oppure nel caso in cui gli interessati assistano persone disabili (art.33 commi 5 e 6 della Legge n.104/92) a condizione che tale necessità sia sopraggiunta dopo la presentazione delle domande per il relativo concorso"*.

L'Ufficio Scolastico Provinciale di Monza - Brianza, non ha convalidato la domanda di trasferimento del ricorrente, senza tener conto del riconoscimento del diritto di precedenza spettante, stante l'applicazione illegittima della contrattazione in questione che impedisce ai docenti che chiedono il trasferimento tra province diverse di indicare il diritto alla precedenza di legge.

Il punto 29 della domanda infatti illegittimamente prevede che “Il docente usufruisce della precedenza prevista dall' art. 33, commi 5 e 7 L.104/92 (nei limiti previsti dall'art.13, comma 1, punto IV del contratto mobilità e dall'art.1 dell'ordinanza ministeriale mobilità)”, con la conseguenza che coloro che concorrono alle procedure di mobilità interprovinciali (III fase) non possono indicare nella domanda di essere beneficiari di precedenza di legge ai sensi della L.104/92 se la provincia di titolarità è diversa rispetto verso la quale chiedono di essere trasferiti.

Il ricorrente ha **diritto a concorrere alle procedure di trasferimento con precedenza, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della Legge 104/92, in tutte le fasi (I – comunale, II provinciale e III interprovinciale), senza limitazione alcuna**, come si chiarirà in seguito.

Il predetto CCNI 2022/2025 e l'O. M. n. 30/2024, inoltre, prevedono che la presentazione della domanda di mobilità possa avvenire solo attraverso la c.d. “*procedura on line*”, tramite la quale, **i docenti che concorrono ai trasferimenti tra province diverse senza segnare nel modulo di domanda telematica la precedenza di cui sono beneficiari per assistenza del portatore con handicap grave**, e senza allegare la relativa documentazione.

Nello specifico, infatti, la domanda può essere solo ed esclusivamente redatta e inviata attraverso la piattaforma telematica “*ISTANZE ON LINE*”, come disposto dalla predetta O.M. n. 30/2024.

La materiale “*IMPOSSIBILITA*” di procedere alla integrazione e/o modifica della domanda è sancita dalla Ordinanza Ministeriale che all'articolo 4 prevede espressamente che: “*sono prese in esame solo le domande redatte utilizzando l'apposito modulo presente nella sezione ISTANZE ON LINE e disponibile sul sito del MI nella sezione Mobilità. Il mancato utilizzo dell'apposito modulo comporta la irricevibilità della domanda*”.

Invero la domanda di Mobilità a.s. 2024/2025, inviata dal ricorrente non è stata neanche inserita nel portale, perché secondo l'ufficio responsabile il Nonno gravemente disabile, non rientrerebbe tra i parenti di secondo grado, e senza neanche comunicare allo stesso tale decisione.

Si tratta, infatti, della violazione di una norma imperativa, posta a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e nella specie del disabile, che comporta anche la violazione del diritto alla salute, all'assistenza morale e materiale ed alla integrità psicofisica dell'individuo – persona umana.

Tale limitazione, illegittimamente imposta dalla contrattazione di mobilità, inoltre, si pone in contrasto con l'art.1, comma 4 dell'O.M. 30/2024, che ne regola l'operatività, in quanto non consente ai docenti titolari di precedenza di legge ex art. 33 co.5 e 7 della L.104/92 di richiederne il riconoscimento in tutte le fasi delle operazioni.

L'art. 13 della contrattazione di mobilità per il triennio 2022/25, infatti, illegittimamente, stabilisce che i docenti concorrenti alle operazioni di trasferimento tra province diverse (III fase) non possono richiedere il riconoscimento del diritto di precedenza per assistenza ai genitori con handicap grave, a differenza dei docenti che concorrono alle medesime procedure in fase I - comunale e II - provinciale.



L'art. 14 del CCNI 2022/25, che riguarda l'ASSISTENZA AI FAMILIARI DISABILI, chiarisce ulteriormente l'illegittima previsione contrattuale e stabilisce 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."*

Sul punto si precisa che anche l'art.13, comma 1, punto IV della richiamata contrattazione riserva alle altre procedure di assegnazione provvisoria il riconoscimento della precedenza di legge per l'assistenza, che i docenti concorrenti alle operazioni di mobilità tra province diverse (III fase) devono prestare ai familiari con handicap grave, ma al contempo non pone alcun obbligo di soddisfacimento delle istanze.

La contrattazione di mobilità, infatti, non obbliga il Ministero all'assegnazione provvisoria annuale di tale categoria di docenti titolari di precedenza di legge non riconosciuta nelle procedure di mobilità.

Le istanze di assegnazione annuale presentate da coloro che concorrono alle operazioni tra province di diverse, infatti, al pari della mobilità territoriale e professionale, sono soddisfatte nei posti residui al termine delle utilizzazioni ed assegnazioni provinciali, anche di docenti privi di precedenza, con la conseguenza che spesso non vengo accolte.

Sono, infatti, molteplici i ricorsi presentati all'Autorità giudiziaria da docenti che, non avendo ottenuto né il trasferimento né l'assegnazione provvisoria, devono tutelare i diritti propri e del disabile da assistere in sede giudiziaria.

La modulistica online della domanda di mobilità 2024/25, quindi, permette di esprimere tale preferenza esclusivamente al docente che usufruisce della precedenza prevista dall'art. 33, commi 5 e 7 L. 104 / 92, nei limiti previsti dall'art. 13, comma 1, punto IV del contratto mobilità, ovvero al docente, in quanto nipote individuato referente unico, che presta assistenza al Nonno disabile in situazione di gravità, **limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia.**

La natura di tale norma (art. 33 L. 104/92) è chiaramente di "NORMA IMPERATIVA", in quanto collocata all'interno di una legge contenente "i Principi dell'Ordinamento in materia di diritti, integrazione sociali, e assistenza delle persone handicappate", che attua le garanzie del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia delle persone handicappate, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società, nonché tutti i principi di rango costituzionale in materia di tutela del cittadino e della persona umana.

Inoltre, le norme sulla tutela della disabilità si pongono quali "**Lex Specialis**" rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazione e trasferimenti e giammai possono essere soppresse da norme di rango inferiore, come quelle previste dal CCNI del 27.01.2022, che ne limitano il riconoscimento.

GIURISPRUDENZA DI MERITO RELATIVA AI DOCENTI – MOBILITA' – L. 104/1992

Di tale avviso è il **Giudice del Lavoro del Tribunale di Messina** che, nella **sentenza n.1097/2018 del 19.09.2018**, resa nel procedimento **n. 4245 / 2016 R.G.**, in accoglimento delle istanze dello scrivente difensore, ha stabilito che *"... la legge 5 febbraio 1992 n. 104 "Legge - quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone*



handicapate” “detta i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata” (art. 2). Ai sensi dell’art. 3, comma 1, della citata legge “... è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione” e comma 3 “qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l’autonomia personale, correlata all’età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione la situazione assume connotazione di gravità”. Nell’ambito della legge citata sono previste alcune agevolazioni a tutela della persona portatore di handicap, in particolare ai sensi dell’art. 33, comma 5, **“il lavoratore di cui al comma 3 (dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”**. “La ratio della norma va individuata, evidentemente, nell’esigenza di evitare l’interruzione dell’effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa. Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto” (Trib. Messina, sez. lav., ord. 21 novembre 2011). La Corte di Cassazione ha precisato che “il principio di diritto per cui la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore “che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato” di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all’inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l’attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento. La ratio della norma è infatti quella di favorire l’assistenza al parente o affine handicappato, ed è irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all’epoca dell’inizio del rapporto stesso. La norma in esame pone quale condizione per il godimento del diritto da essa previsto, oltre allo stato di handicappato del parente o affine da assistere, la continuità dell’assistenza” (Corte Cass, 18 dicembre 2013 n. 28320). Secondo l’orientamento della Corte di Cassazione “Il diritto a scegliere la sede di lavoro attribuito dall’art. 33, comma 5, legge n. 104 del 1992 ai familiari di soggetti portatori di handicap non è assoluto, potendo essere esercitato «ove possibile»: in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora il suo esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività”(Cass. Civ. 15 gennaio 2016 n. 585)”.

Ogni contraria interpretazione e/o diversa applicazione della norma comporta un’evidente discriminazione (oltre che violazione di legge) il cui controllo è rimesso al Giudice, sia sul rispetto dei divieti legali di discriminazione, che sugli altri limiti che definiscono il potere di trasferimento del datore di lavoro, condizionandolo ai requisiti ed alle modalità procedurali stabilite dalla legge (art. 2103 c. c, articolo 15, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970 n. 300 - statuto dei lavoratori) e dalla contrattazione collettiva (Corte Costituzionale n. 28/1998).

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Patti, inoltre, ha formulato le seguenti chiare e logiche considerazioni in ordine a doglianze dello stesso tenore di quelle avanzate nell’odierno ricorso, relative alle procedure di mobilità degli anni precedenti, con la



sentenza di accoglimento n.1092/2018, pubblicata il 23.07.2018, resa nel procedimento **n. 4538/2017 R.G.** della quale, per comodità di consultazione, si trascrive il passaggio più rilevante: “l’art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l’a. s. 2016/17, riproposto anche nel CCNI relativo alle operazioni di mobilità per l’a. s. 2017/2018, risulta contrario a norme imperative e determina delle disparità non giustificate. Tale disposizione, infatti, attribuisce un generale diritto di precedenza, in ogni fase dei trasferimenti, “ai soli genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità” e riconosce il diritto di precedenza del “figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia”.

In sostanza, nel caso di trasferimento interprovinciale la citata norma contrattuale non riconosce la precedenza in relazione alla necessità di assistere un genitore in condizioni di disabilità grave. E ciò, a fronte del diritto del ricorrente “a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere” (art. 33 co. 5 l. n. 104/92), specificamente garantito anche dallo stesso CCNI mobilità. Tanto premesso, va rammentato che la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall’articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, prevede che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) “ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

A sua volta, l’art. 601 d.lgs. 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce che “gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico” (co. 1) e che “le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (co. 2).

L’interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte Costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l’istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l’unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della “persona handicappata”, né la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall’inciso “ove possibile” (**C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997**). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l’espletamento dell’attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (**C. Cost. n. 372 del 2002**). Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l’orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l’inciso “ove possibile” richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (**Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945**). A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatore di handicap grave, che siano referenti unici per l’assistenza, non vi sono motivi per differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela. E, a maggior ragione, nel caso in cui la parentela sia nel medesimo grado, come nel caso di specie. Conseguentemente, l’art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l’a. s. 2016/17, nonché l’analoga disposizione prevista nel CCNI per la mobilità 2017/2018, nella parte in cui limitano ai soli trasferimenti nell’ambito



provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, limitano in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione. Peraltro, tale limitazione risulta palesemente priva di razionale giustificazione, se si considera che il diritto di precedenza è invece pienamente riconosciuto ai genitori di figli disabili. Dunque, la disposizione contrattuale è altresì fonte di ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe (i genitori che devono assistere i figli disabili). Le disposizioni contrattuali per la mobilità dei docenti per l'a. s. 2016/2017 appena richiamate appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, ...".

Quanto sopra riportato chiarisce **l'illegittimità dell'art. 13, comma 1 - punto IV e dell'art.14 della contrattazione di mobilità**, che negano il riconoscimento del beneficio della precedenza previsto dall'art. 33, commi 5 e 7 della L. 104/1992 ai docenti concorrenti alla mobilità tra province diverse, e la **violazione dell'art. 601 del D. lgs 297/1994 (T.U. in materia di istruzione), secondo il quale gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza, integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo, ed anche (co. 2) in sede di mobilità.**

La contrattazione di mobilità, quindi, non può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede, stabilito dalla legge 104 del 1992, del dipendente che assiste un familiare disabile, poiché il diritto all'assistenza del disabile verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro (**Tribunale di Vercelli, ordinanza del 12.01.2017**).

SUL DIRITTO ASSOLUTO DEL DISABILE ALL'ASSISTENZA E SUL MUTATO ORIENTAMENTO DELL'INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELL'INCISO "OVE POSSIBILE", DI CUI ALL'ART. 33 LEGGE 104/92, CON CONSEGUENTE DIRITTO DEL FAMILIARE CHE PRESTA ASSISTENZA AD UN POSTO DI LAVORO IN UNA SEDE PIÙ VICINA POSSIBILE AL DOMICILIO DELL'ASSISTITO.

Sul **"bilanciamento di interessi"** tra l'assistenza dovuta per legge al portatore di handicap in condizione di gravità e le esigenze economiche ed organizzative della Pubblica amministrazione si precisa che **nessun danno per la collettività discende dal trasferimento e conseguente riavvicinamento della parte ricorrente al familiare disabile grave da assistere in quanto, per la natura del rapporto di lavoro, i docenti possono variare la sede d'insegnamento anche annualmente, in via temporanea o definitiva, senza alcun pregiudizio per il datore di lavoro, che attinge ad altra risorsa lavorativa con medesimi titoli abilitativi.**

Sulla questione si è espressa anche la **Suprema Corte di Cassazione, con sentenze successive all'anno 2008 (cfr. Cass., 18.12.2013, n. 28320 e Cass. N. 25379/2016)**, che hanno superato il precedente orientamento restrittivo, che considerava non assoluto il diritto del lavoratore di potere scegliere "ove possibile" la sede di lavoro più vicina al familiare disabile da assistere, ed hanno chiarito che garantire un'assistenza effettiva e continuativa al disabile è sicuramente superiore al diritto del datore di lavoro di mantenere la risorsa entro una determinata sede aziendale.

Di tale avviso è il **Giudice del Lavoro del Tribunale di Patti nella Sentenza n. 273/2022** del 21.02.2022 resa nel procedimento n. 4103/2020 RG e nella **sentenza del 28.04.2021** in esito al procedimento n. 3191/2019 R.G., entrambe su istanze della presente difesa, nelle quali ha precisato che *"... in mancanza di prova contraria offerta*



dall'amministrazione, non si vede in che misura coincida con indispensabili esigenze organizzative dell'amministrazione la scelta di non riconoscere la possibilità di esercitare il diritto di precedenza per l'assistenza ai congiunti disabili su tutte le sedi disponibili per la mobilità e di limitarla soltanto all'interno di ciascuna delle fasi in cui è ripartita la mobilità. Dunque, una volta che l'amministrazione abbia individuato le sedi disponibili da destinare alla mobilità, così definendo le sue esigenze in relazione ai posti da coprire, non si vede quale sia l'interesse pubblico o quello di natura organizzativa sottostante alla scelta di far prevalere nella scelta di una sede disponibile un docente senza precedenza che però partecipi a una fase precedente rispetto a quella interprovinciale. In altri termini, **la scelta pattizia di far prevalere nella scelta di una sede un docente senza alcuna precedenza, rispetto ad un altro docente portatore di un diritto soggettivo garantito da norme imperative**, solo per ragioni prettamente tecniche, non rispondendo ad alcun chiaro interesse dell'amministrazione o ad altri rilevanti interessi pubblici, **non rientra nei limiti desumibili da una corretta interpretazione dell'art. 33 co. 5 l. 104/92 ed anzi pare oggettivamente in netto contrasto con il primario interesse pubblico (l'effettiva tutela della salute del disabile) garantito da tale disposizione di legge**".

Sul punto si richiama anche l'**Ordinanza del Tribunale di Alessandria, in composizione collegiale, del 23.02.2018, Cron. 475/2018 – RG 1431/2017**, che in una fattispecie analoga a quella in esame ha ritenuto la violazione della L. 104/92 e delle norme e principi di rango costituzionali.

Nello specifico, il Collegio con il predetto provvedimento ha affermato "... La risoluzione della controversia dipende semmai dall'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) "ha diritto a scegliere, **ove possibile**, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede ... **Orbene, venendo alla fattispecie in esame, deve preliminarmente disattendersi l'orientamento giurisprudenziale, ormai minoritario, secondo cui il beneficio di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/92, anche dopo le modifiche introdotte dagli artt. 19 e 20 della l. n. 53 del 2000, in favore del familiare che assista con continuità un parente handicappato, è concedibile unicamente in fase di prima scelta della sede lavorativa (all'atto cioè dell'assunzione e non anche, come nella specie, in sede di trasferimento), aderendo il Collegio al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (valga per tutte, Cass., 18.12.2013, n. 28320) ... Si ritiene infatti che le clausole del citato CCNI, nel limitare la preferenza accordata al docente figlio e referente unico che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave alla sola mobilità annuale (ovvero alla sola assegnazione provvisoria per un anno), escludendola invece nella mobilità definitiva (ovvero richiesta di trasferimento in altra sede di servizio definitiva), e, parimenti, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente nella suddetta situazione alla sola mobilità provinciale, accordandolo invece, in sede di mobilità extra - provinciale, solo ai genitori di figli disabili, violino la norma imperativa del citato art. 33 l. 104/1992 e succ. mod., come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione, anche alla stregua della normativa sovranazionale e comunitaria. Ed invero, **la norma di cui all'art. 33 cit. "deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati – alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost. dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 – in funzione della tutela della persona disabile" (Cass. N. 25379/2016): il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al****



domicilio dell'assistito - È UN DIRITTO ASSOLUTO, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di effettiva e motivata sussistenza di superiori esigenze pubblicistiche, non invece da includere in detta accezione l'astratto e generico contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit. L'art. 33 L. 104/92, poi, non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguono il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito, con la conseguenza che il differente regime previsto in sede di mobilità tra docenti genitori di figli disabili da un lato e docenti figli referenti unici che assistono con continuità il genitore disabile dall'altro appare del tutto irragionevole.

Tale impostazione, d'altronde, trova conferma nella disciplina speciale di cui al già citato art. 601 D.lgs. 297/94 che, nel prevedere che le norme di cui agli artt. 21 e 33 della L. 104/92, "si applicano al personale di cui al presente testo unico" stabilisce che le stesse "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità" senza distinzioni tra mobilità inter o extra provinciale. E, se è vero che l'art. 601 cit. rinvia all'art. 33 della L. 104/92 e quindi anche all'inciso "ove possibile", locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto della PA rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, è altresì vero che il medesimo art. 601, riferendosi alla "precedenza ... in sede di mobilità", come condivisibilmente affermato dal **Tribunale di Genova**, "non incide sulla scelta della sede di lavoro ma sulla precedenza alla scelta, circostanza del tutto neutra per la PA" (**Tribunale di Genova, ordinanza del 30.11.2016**). In definitiva - non avendo il Ministero neppure dedotto l'eventuale indisponibilità di posti negli Istituti e negli Ambiti richiesti dalla ricorrente nella domanda (e limitandosi ad evidenziare la sussistenza di un generico interesse pubblico alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione, interesse che sarebbe stato ostativo del chiesto diritto di precedenza) - va affermata la sussistenza del fumus del diritto vantato dalla reclamante che, dal canto suo, ha documentalmente provato la sussistenza di siffatti posti e la loro assegnazione a docenti che non fruiscono della preferenza ex art. 33 l. 104/1992, la quale deve precedere ogni altro titolo valido per la mobilità. Quanto al fatto, sottolineato dal giudice di prime cure, che la ricorrente non avrebbe allegato alla propria domanda amministrativa la documentazione attestante i requisiti richiesti dall'art. 13 co. 1 CCNI 2017, si osserva che ciò dipende dal dato, pacifico, che il format per le domande di trasferimento a. s. 2017-2018 tra province diverse non prevedeva la possibilità di indicare il titolo di precedenza vantato."

Quanto sopra rende evidente anche la **violazione dell'art. 3 Cost.**, in quanto la parte ricorrente, titolare del diritto di precedenza ex art.33 commi 5 e 7 della L. 104/92, diversamente da altri cittadini - lavoratori concorrenti alla I e II fase di mobilità e titolari di medesima precedenza di legge, non ha avuto la possibilità di ottenere lo stesso trattamento nelle medesime operazioni.

Allo stesso modo, **il rispetto delle norme di legge e dell'ordine delle fonti si pone come estrinsecazione essenziale e fondamentale dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione.**

L'operato del Ministero, in violazione delle norme indicate in ricorso, non risponde certamente ai principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza ed efficienza dell'azione della P.A.



Avere limitato, con norme contrattuali di rango inferiore, il diritto inviolabile alla tutela della salute del disabile in condizione di gravità previsto dall'art. 33, commi 5 e 7, della L. 104/1992 ed averlo sottoposto a fasi operative (I - comunale, II - provinciale e III - interprovinciale), che hanno favorito docenti non titolari di precedenza e titolari di medesima tipologia di precedenza di legge concorrenti alle prime due fasi, sono la chiara dimostrazione del fatto che il Ministero ha violato la predetta norma di legge e i principi di cui all'art. 97 della Costituzione.

Dello stesso tenore le **sentenze del Tribunale di Messina n. 796/20 RS e le ulteriori sentenze del Tribunale di Patti n. 273/2022** relativa al procedimento n. 4103/2020 RG, **del 28.04.2021** in esito al procedimento n. 3191/2019 R.G., **n. 46/20 RS e n. 1322 /19 RS**, che si richiamano.

oooOOOooo

Sull'illegittimo mancato soddisfacimento del diritto di precedenza previsto dall'art.33 commi 5 e 7 della L.104/92 che è stato sottoposto a fasi nella contrattazione di mobilità del corpo docente, si richiama la **sentenza n. 1097/2018 del 19.09.2018**, emessa dal **Tribunale di Messina nel procedimento 4245/2016 RG**, che ha censurato il CCNI della scuola nella parte in cui lo stesso illegittimamente subordina il diritto alla tutela della salute del disabile, previsto dalla normativa vigente nazionale e sovranazionale, alle esigenze organizzative dell'amministrazione, e ha disapplicato la limitazione del soddisfacimento di tale diritto imposta dalla contrattazione di mobilità del corpo docente.

Sul diritto assoluto del disabile all'assistenza e sul conseguente diritto del familiare che presta assistenza ad ottenere la sede di lavoro più vicina possibile al domicilio dell'assistito, si richiamano le **Sentenze della Corte di Cassazione n. 28320 del 18.12.2013 e n. 25379/2016**, riprese dall'**Ordinanza del Tribunale di Alessandria, in composizione collegiale, del 23.02.2018, Cron. 475/2018 – RG 1431/2017**, che in una fattispecie analoga a quella in esame ha ritenuto la violazione della L. 104/92 e delle norme e principi di rango costituzionali, ed ha espressamente statuito che *“il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell'assistito – è un diritto assoluto, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso “ove possibile” di cui all'art. 33 cit. ...”*.

Sulla precedenza di legge ai sensi della L.104/92, che deve essere riconosciuta nelle operazioni di mobilità del corpo docente senza distinzione tra procedure provinciali ed interprovinciali, si richiama la decisione del **Tribunale di Torino in composizione collegiale n. 4438/2019 dell'8.03.2019 resa nel procedimento n. 794/2019 R.G.** La tutela della persona disabile ed il conseguente diritto di precedenza spettante al congiunto vanno garantiti in modo assolutamente preferenziale, in quanto la ratio della legge L.104/92 non è quella di concedere benefici al docente, bensì quella di garantire al parente affetto da handicap la continuità dell'assistenza. ***“In definitiva, una volta dimostrata l'esistenza di una disabilità, essa vale sempre ed incondizionatamente, senza alcuna discriminazione tra l'ambito territoriale e la linea di parentela.”***

Di questo avviso è **Tribunale di Termini Imerese (PA)**, che con l'**Ordinanza di accoglimento totale, n. cronol. 17/2018 del 24.08.2018**, resa nel procedimento n. 2226/2018 -1 R.G., in un giudizio promosso dal deducente difensore per altro docente titolare dei benefici di cui alla L.104/92, ha anche messo in luce l'illogica limitazione posta in essere dalla contrattazione di mobilità del corpo docente alla tutela della salute del portatore di handicap grave, che deve essere assistito da un familiare richiedente il



trasferimento tra province diverse per riavvicinarsi al parente che ha necessità di assistenza continuativa: "... Peraltro, applicando la contrattazione collettiva, si verificherebbe un assurdo paradosso discriminatorio ai danni dei soggetti disabili il cui prossimo congiunto chieda un trasferimento al di fuori della provincia in cui è sita la scuola dove presta servizio, laddove cioè l'esigenza di avvicinamento e tutela del disabile è maggiore proprio per la presumibile maggiore distanza tra il luogo di lavoro ed il luogo di residenza del disabile; in altri termini, se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale, a fortiori deve essere garantito in quella interprovinciale, dove la maggiore distanza comporta una maggiore difficoltà di assistenza e cura. ...".

Il diritto alla tutela della salute del disabile, quindi, non può essere limitato e riconosciuto nella sola provincia nella quale tale soggetto risiede, quindi nelle sole I e II fase delle operazioni di mobilità, in quanto anche il trasferimento richiesto tra province diverse e gestito nella III fase delle operazioni, deve essere soddisfatto sempre con precedenza di legge ai sensi dell'art.33 commi 5 e 7 della L.104/92.

E' evidente, quindi, che il M.I. ha illegittimamente negato alla parte ricorrente di partecipare alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico in questione con il riconoscimento della precedenza di legge di cui è beneficiaria.

SUL DIRITTO DI PARTE RICORRENTE A CONCORRERE ALLE PROCEDURE DI MOBILITÀ PER L'A. S. 2024/25 E SUCCESSIVE CON LA VALORIZZAZIONE DEL DIRITTO DI PRECEDENZA, EX ART. 33 COMMI 5 E 7 DELLA L.104/92, PER ASSISTENZA AL GENITORE CON HANDICAP GRAVE, IN OGNI FASE DI MOBILITÀ SENZA ALCUNA LIMITAZIONE. SULLA INFONDATEZZA E IRRAGIONEVOLEZZA DEL DISCRIMINE. SUL DIRITTO DELLA PARTE RICORRENTE AD ESSERE TRASFERITA ANCHE IN SOVRANNUMERO NEL LUOGO PIÙ VICINO AL FAMILIARE DA ASSISTERE.

*"In tema di operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2020/2021 applicato ai docenti, il docente che deve assistere il genitore disabile grave ex art. 3 comma 3 della L. n. 104 del 1992 ha diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5, 7 della l. 104 del 1992, **senza distinzione tra fasi di mobilità** e dunque anche per i trasferimenti interprovinciali."* (Massima, **Sentenza Tribunale Catania sez. lav., 26/05/2020 - Redazione Giuffrè 2020, procedimento n. 3198/2020 R.G.**).

Sul punto la giurisprudenza è conforme nel ritenere che il diritto all'assistenza ex L.104/92 non può essere sottoposto a singole fasi sequenziali previste dalla contrattazione di mobilità, che devono, pertanto, ritenersi nulle ai sensi dell'art.1418 c.c., in quanto sono in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co.5 L.104/92.

Il **Tribunale di Patti** nelle **sentenze** dei procedimenti **n. 3191/2019 RG e n. 4103/2020 RG** e nelle **ordinanze** emesse nei procedimenti **n. 1069/2022, n. 1422/2020 R.G., n. 1386/2020 R.G., n.1768/2021**, tutte ad istanza della scrivente difesa, nonché il **Tribunale di Siracusa**, su altra istanza della scrivente difesa, nell'ordinanza resa nel procedimento n. 2318/2020 R.G., ed ancora il **Tribunale di Patti** in altra ordinanza resa nel procedimento n.1202/2020 R.G., hanno statuito in ordine alle operazioni di mobilità che **il diritto di precedenza dei docenti che chiedono il trasferimento tra province diverse deve essere valorizzato in ogni fase di mobilità, senza alcuna limitazione, ovvero nelle fasi I – comunale, II – provinciale e III – interprovinciale, a tutela della salvaguardia della salute del disabile grave.**

I predetti provvedimenti, sovrapponibili al caso in esame, hanno, quindi, accertato il diritto dei ricorrenti di **beneficiare della precedenza ex art. 33 commi 5 e 7 della**



L.104/92 nelle operazioni di mobilità, senza distinzioni tra fasi di mobilità e dunque anche per i trasferimenti interprovinciali, ed il diritto a dichiarare la priorità spettante con ogni modalità utile, stante la limitazione prevista dal CCNI triennale.

Tali provvedimenti sono stati emessi in esito ad ricorsi ex art. 700 c.p.c. in quanto *“...il bene della vita sotteso alla domanda azionata in questa sede, indissolubilmente legato alla possibilità che parte ricorrente possa dichiarare ai fini della procedura di mobilità la propria qualità di referente unico assistente di genitore affetto da grave handicap e che tale circostanza possa essere valutata dall’Amministrazione ai sensi della l. 104/1992, senza le limitazioni previste dal CCNI, come sopra chiarito, potrebbe risultare irrimediabilmente inciso nelle more del giudizio di merito, poiché in tal caso la pronuncia interverrebbe sicuramente dopo l’esito delle procedure di mobilità ed a distanza di tempo dalla loro conclusione; ...”* (**Ordinanza del Tribunale di Catania – proc. n. 3198/2020 R.G.**).

La Legge 104/92 e le altre norme in materia si pongono quali norme imperative a tutela dei congiunti di portatori di handicap grave che sono riferenti unici – familiari conviventi per l’assistenza e non vi sono ragioni che possano una arbitraria differenziazione in ordine alla fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela.

Per altro, nel caso di specie, la illogicità è dimostrata dal fatto che la limitazione è palesemente priva di una giustificazione razionale a fronte del fatto che il diritto di precedenza ai genitori dei figli disabili (stesso grado di parentela dei figli che assistono i genitori come la ricorrente) con una inaccettabile disparità a fronte della situazione analoga.

Vi è, quindi, il diritto della parte ricorrente a partecipare ed avere riconosciuto ed applicato il diritto a partecipare alle operazioni di mobilità per l’a. s. 2023/24 ed ottenere il riconoscimento del diritto al trasferimento in ogni fase di mobilità con la precedenza ex L. 104/92 e previa disapprovazione delle limitazioni di cui all’art. 13 del CCNI e dell’ordinanza Ministeriale.

Ad integrazione delle superiori argomentazioni si evidenzia che il **Consiglio di Stato Sez. IV, con la Sentenza del 12.04.2011, n. 2278**, relativamente al diritto al trasferimento di un militare che doveva prestare assistenza alla moglie con handicap grave, ha precisato che *“... considerato che l’art. 33 n. 104/1992 in esame assicura al dipendente il “... diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere ...” deve concludersi che il temperamento tra le esigenze assistenziali del dipendente e le necessità organizzative e funzionali dell’Amministrazione porti a dover affermare che, ricorrendo i presupposti di legge che l’applicazione del beneficio, ove la richiesta non possa essere immediatamente assentita per la carenza di “posti vacanti”, deve affermarsi la priorità del ricorrente ad ottenere il richiesto avvicinamento in una sede compatibile al verificarsi del primo vuoto di organico compatibile e, in caso di più aspiranti, la P.A. deve compiere, in relazione alla relativa gravità, una valutazione discrezionale comparativa delle varie situazioni.”*

La mancata partecipazione con diritto di precedenza del ricorrente alla mobilità territoriale per l’a.s. 2024/25, oltre ad essere illegittima, danneggia il deducente, poiché limita il diritto al trasferimento nella sede di lavoro più vicina al luogo di assistenza del disabile grave che deve essere soddisfatto con priorità secondo quanto statuito dal **Consiglio di Stato** nella predetta sentenza e con la con la previsione da parte del M.I. di destinare alla richiedente, in ogni caso, una sede di lavoro, anche in sovrannumero ed anche *“al verificarsi del primo vuoto di organico compatibile”*.



VIOLAZIONE DELL'ART. 3 E 97 DELLA COSTITUZIONE E DI TUTTE LE ALTRE NORME DI LEGGE E COSTITUZIONALI IN MATERIA DI TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO ED IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. N. 241/90. SULL'ONERE DELLA PROVA.

Il Ministero illegittimamente nega il beneficio della fruizione della precedenza di legge in questione nelle operazioni della III fase dei trasferimenti tra province diverse e non fornisce alcuna spiegazione giuridica in ordine alla mancata possibilità per i docenti che devono prestare assistenza ai genitori con handicap grave di fare valere la priorità di cui hanno diritto al momento di compilazione della domanda telematica, nella quale sono richiamate esclusivamente norme di rango inferiore alla legge 104/92.

“Ai sensi dell’art. 3 comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241, l’atto amministrativo deve recare l’indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l’adozione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione quando non è possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall’Autorità emanante e sono indecifrabili le ragioni sottese alla determinazione assunta.” (Cfr. per tutte T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 21.06.11, n. 5479).

Tale precetto normativo mira a consentire al privato la possibilità di vagliare la legittimità dell’azione amministrativa attraverso una valutazione ex post dell’iter logico – valutativo seguito dall’amministrazione, con particolare riferimento ai presupposti di fatto e di diritto in base ai quali un determinato atto è stato posto in essere.

Nel caso di specie l’Amministrazione resistente ha impedito alla parte ricorrente di indicare in domanda di mobilità il beneficio di legge, senza spiegarne le ragioni poste a fondamento di siffatta determinazione.

Tale mancata “spiegazione giuridica” impone alla parte deducente di tutelare i propri diritti e quelli del Nonno al quale deve prestare assistenza in sede giudiziaria, nella consapevolezza che verrà superata da numerosi docenti senza precedenza di legge concorrenti alle fasi precedenti e con ragionevole certezza non riuscirà ad ottenere il trasferimento nelle sedi richieste, che si trovano tutte vicine al luogo di residenza del Nonno.

Sull’onere della prova, si richiamano i principi del **Tribunale di Vicenza** di cui **all’ordinanza del 12.11.2016**, che nel procedimento n.1591/2016 RG ha stabilito che per l’accoglimento del ricorso è sufficiente il requisito della “*probabile fondatezza del diritto azionato, riferito alla illegittimità del provvedimento di assegnazione ...*” e che “*... incombe sul MIUR l’onere di fornire la prova della corretta applicazione dei criteri di assegnazione delle sedi, onere che non è stato assolto, non essendo stata allegata l’esistenza di richiedenti titolari di un punteggio maggiore per ciascuno degli ambiti territoriali oggetto delle preferenze espresse dalla ricorrente...*”.

Sul tale aspetto è intervenuto anche il **Tribunale di Firenze, con sentenza n. 574 / 2017 del 13.06.2017, resa nel procedimento n. 3313 / 2016 RG** che ha precisato come “*alla ricorrente non può chiedersi la dimostrazione di ulteriori circostanze rispetto all’unico fatto dalla stessa facilmente accertabile ovvero sia la circostanza di essere stata scavalcata da colleghi con punteggio inferiore. Per contro, sarebbe stato onere di parte convenuta provare documentalmente il corretto operare dell’amministrazione ovvero sia che erano state stilate distinte graduatoria secondo l’ordine di preferenza.*”

SUL “PERICULUM IN MORA”



Anche il c.d. “*periculum in mora*” sussiste ed è fondato sotto molteplici profili.

Il ricorrente, come sopra riferito, è titolare nel posto normale presso **I'Istituto I.T.I. “P. Hensemberger” di Monza (MB)** e deve prestare assistenza continuativa del Nonno con disabilità grave come meglio specificato nella premessa del presente atto e come da relativa documentazione allegata.

Il ricorrente si occupa in via globale, permanente e continuativa dell'assistenza del Nonno disabile grave il signor Francesco Aldo Bresolin con cui è residente e convive in Milazzo (ME), Via Porticella n. 12, come dimostrato dalla documentazione in atti.

La permanenza del deducente nella sede di titolarità di Monza determina notevoli difficoltà nell'assistenza quotidiana e permanente al Nonno disabile che non è autosufficiente a causa dell'handicap grave e patologia di cui è affetto.

Nel corrente anno scolastico il ricorrente è riuscito a provvedere all'assistenza al Nonno disabile grazie all'ottenimento dell'assegnazione provvisoria presso **I'Istituto I.S. “MINUTOLI” di Messina**, che si concluderà il 30.06.2024.

Nessuna normativa vigente, infatti, impone a controparte di assegnare in via provvisoria ed annuale i docenti titolari di precedenza di legge che devono assistere i familiari con handicap grave.

Il **Prof. Massimiliano Midili** è una figura di riferimento assistenziale per il Nonno Francesco Aldo, dal quale non si può allontanare.

Il ricorrente ha posto in essere, infatti, una sorta di “*equilibrio assistenziale*”, che consente all'anziano Nonno di potere vivere serenamente, senza preoccupazioni, e che è compatibile solo con lo svolgimento della sua attività lavorativa in una scuola vicina al luogo di residenza.

Per tale ragione il docente ha indicato il **Comune di Milazzo (Me), è Istituto Tecnico Tecnologico E. Majorana di Milazzo**, come prima sede preferita nella quale ottenere il trasferimento, trattandosi del comune più vicino alla residenza del Nonno disabile, con scuola secondaria di secondo grado.

Si tratta, pertanto, di una condizione di assoluta gravità che non consente ai disabili di restare privi dell'assistenza continuativa di cui necessitano, che può essere prestata solo ed esclusivamente dal ricorrente.

L'esponente, inoltre, non può nemmeno valutare di viaggiare periodicamente dalla provincia di Monza - Brianza e quella di Messina in quanto non sarebbe economicamente sostenibile e si presenterebbero insormontabili difficoltà nella gestione quotidiana dell'assistenza all'anziano Nonno.

Peraltro il docente con lo stipendio percepito non può permettersi di ricorrere all'ausilio di terzi soggetti estranei al nucleo familiare, per l'assistenza diurna e notturna al Nonno, ed a sostenere contestualmente il costo di un affitto e quello per i trasferimenti anche solo settimanali, in andata e ritorno, tra le due province.

La difficoltà per il ricorrente di conciliare l'attività lavorativa con le necessità di assistenza continuativa di cui necessita quotidianamente per il Nonno con handicap grave, dovuta in qualità di referente unico, rappresentano un danno non ristorabile,



certo, grave ed irreparabile, che è determinato dall'illegittimità delle procedure di mobilità impugnate e dal mancato riconoscimento della precedenza di legge di cui è beneficiario il deducente, così come ampiamente dedotto in premessa e nella trattazione del *fumus boni iuris*.

E' quindi necessaria l'adozione della tutela cautelare richiesta, non essendo pensabile un differimento della decisione al merito o in tempi ordinari.

È ormai costante la giurisprudenza che ritiene l'esistenza del requisito del c.d. "*periculum in mora*" in fattispecie analoghe (anche addirittura in casi con minore gravità) di quella in esame.

Solo un provvedimento cautelare urgente può mettere fine a tale situazione.

Si tratta di un danno non risarcibile, grave ed irreparabile che incide sul diritto inviolabile del genitore di essere assistito e sul diritto/dovere, anch'esso inviolabile, del figlio di assisterlo, per consentire, quindi, al disabile di godere della assistenza da parte del nipote, unitamente al diritto dello stesso disabile di sviluppare la propria personalità nell'ambito della propria famiglia e residenza.

Nel caso in esame la situazione è di particolare gravità in quanto il Nonno del docente è affetto da handicap grave.

Vi è, infine, la necessità di evitare il pericolo del trasferimento del Nonno del docente, a Milazzo (ME), non essendo possibile e/o immaginabile il suo trasferimento nel luogo ove ha sede l'Istituto Scolastico di titolarità del docente, tenuto conto delle condizioni di salute e di radicamento del Comune di attuale residenza del Nonno, che si troverebbe ingiustamente allontanato dalla propria casa e dalla proprie abitudini a causa dell'illegittimità sopra contestate relative alla procedure di mobilità alle quali ha concorso il docente.

Per le motivazioni esposte nel presente atto, infine, è di tutta evidenza l'illegittimità del mancato riconoscimento della precedenza di legge prevista dall'art. 33, commi 5 e 7 della L.104/92 nelle operazioni di mobilità tra province diverse alle quali concorre il deducente.

oooOOOooo

Per tutte le altre argomentazioni il sottoscritto avvocato Giuseppe Versace si richiama al ricorso introduttivo ed alla documentazione e giurisprudenza prodotta, che in questa sede si intendono trascritte integralmente.

oooOOOooo

Tanto premesso, il **Prof. Massimiliano Midili**, come sopra assistito e rappresentato, difeso e domiciliato,

CHIEDE

all'Ill.mo **Tribunale di Messina, Sez. Lavoro in Composizione** esaminato il ricorso che precede e la documentazione ad esso allegata, fissata l'udienza di comparizione delle parti, voler accogliere il presente reclamo e per l'effetto **RIFORMARE** e/o **REVOCARE** l'impugnata ordinanza del Tribunale di Messina, sezione Lavoro, Giudice Dott.ssa Graziella Bellino, Ordinanza di rigetto del 17.09.2024 (RGN. 2407/2024), depositata e comunicata in data 17.09.2024, e conseguentemente **ACCOGLIERE** la seguente **domande cautelare**, già proposta in primo grado,



CONCLUSIONI

Riformare in toto l'ordinanza del 17.09.2024 reclamata emessa nel giudizio RG N. 2407/2024.

Ravvisati i presupposti del fumus e del periculum in mora:

ACCERTARE, RITENERE e DICHIARARE il DIRITTO della parte ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità per i posti normali della classe di concorso B012 – Laboratori di Scienze e Tecnologie Chimiche e Micro-Biologiche della scuola secondaria di II grado per l'a. s. 2024/25, con il riconoscimento del diritto di precedenza di cui è beneficiario, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92 per l'assistenza al Nonno disabile gravi (ex art. 3 c. 3 L. 104/92) in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità e con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022, ovvero come per legge, così come indicato in ricorso.

IN VIA SUBORDINATA, senza recesso dalle superiori domande, disporre il trasferimento definitivo del ricorrente nel posto normale della classe di concorso B012 – Laboratori di Scienze e Tecnologie Chimiche e Micro-Biologiche della scuola secondaria di II grado per l'a. s. 2024/25, anche in sovrannumero, nella scuola, sede, distretto più vicino e disponibile nella provincia di Messina secondo il criterio di vicinanza rispetto al domicilio/residenza del Nonno con handicap grave (art. 3 co.3 L.104/92) da assistere, ovvero più vicino possibile al Comune di Milazzo (Me).

ORDINANDO al Ministero dell'Istruzione e del Merito resistente di **PROCEDERE** al compimento dei relativi atti **DISPONENDO** quant'altro per legge, nel rispetto della precedenza di legge – priorità spettante ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, di cui il medesimo docente è titolare, sempre con il riconoscimento ed applicazione del diritto di precedenza di cui è beneficiario, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della Legge 104/92 e con la disapplicazione di ogni altro vincolo o limitazione, così come per legge.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, da distrarsi in favore dei difensori che dichiarano di aver anticipato le prime e non riscosso le seconde.

Ai fini del pagamento del contributo unificato si dichiara che il presente procedimento è di valore indeterminabile, ed è esente in quanto il ricorrente, nell'anno precedente all'instaurazione del ricorso, ha prodotto un reddito inferiore ad € 35.514,03.

RICHIESTE ISTRUTTORIE

La causa potrebbe essere decisa sulla base della sola documentazione prodotta, essendo evidente l'illegittimità della condotta delle resistenti, senza dar corso ad alcuna istruttoria, in ogni caso si chiede ai sensi degli artt. 210, 213 e 421 c.p.c. ordine di esibizione alle parti resistenti, di tutta la documentazione utile per la decisione della presente causa. Con riserva all'udienza di discussione a norma dell'art. 420 c.p.c., di chiedere integrazione del contraddittorio e ulteriori mezzi di prova in relazione alle difese e domande delle cc/pp.

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, **ove OCCORRENDO** ai fini della decisione:

ORDINARE all'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia – Ufficio VIII – Ambito Territoriale per la Provincia di Messina, l'esibizione dell'eventuale documentazione ritenuta necessaria per la definizione della controversia.



Con ogni più ampia riserva di ulteriormente dedurre, produrre e formulare mezzi di prova.

SI PRODUCE LA SEGUENTE DOCUMENTAZIONE NELLA FASE DEL RECLAMO

AA. Ordinanza del 17.09.2024 e depositata in pari data (RGN. 2407/2024).
BB. Ricorso ex art. 700 c.p.c.
CC. Memoria difensiva del MIM
DD. Note scritte del 05.06.2024.
EE. Note scritte del 22.06.2024.
FF. Note scritte del 11.09.2024.

INOLTRE DISPORRE L'ACQUISIZIONE DEL FASCICOLO TELEMATICO DI CUI AL RICORSO CAUTELARE N. 2407/2024 CONTENETE TUTTA LA DOCUMENTAZIONE, DEPOSITATA - TRIBUNALE DI MESSINA, SEZ. LAVORO - GIUDICE DOTT.SSA GRAZIELLA BELLINO.

SI PRODUCE LA DOCUMENTAZIONE DEPOSITATA NEL RICORSO INTRODUTTIVO

1. Certificato che attesti l'assegnazione provvisoria. **2.** Domanda di Mobilità a.s. 2024/2025 con allegati. **3.** Verbale Commissione medica. **4.** Certificato di residenza. **5.** Dichiarazione della figlia. **6.** Dichiarazione del figlio. **7.** Dichiarazione della moglie. **8.** Reclamo tramite email. **9.** Ordinanza Ministeriale n. 30/2024. **10.** Ordinanza n. 4460/2024 del 24.04.2024, del Tribunale di Patti. **11.** Ordinanza n. 4461/2024 del 24.04.2024, del Tribunale di Patti.

Bologna/Messina, 30.09.2024

avv. Giuseppe Versace

ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DELLA NOTIFICAZIONE NEI CONFRONTI DEI CONTRO INTERESSATI E LITISCONSORTI (ART. 151 C.P.C.).

Il sottoscritto avv. **Giuseppe Versace del Foro di Bologna**, in qualità di Procuratore del **Prof. Massimiliano Midili**, considerato l'elevato numero di possibili controinteressati, indicati nelle graduatorie – elenchi adottati dal Ministero dell'Istruzione e del Merito e dai relativi Uffici, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio.

Considerata altresì la difficoltà di provvedere alla notifica individuale del presente ricorso a ciascuno dei tanti (si pensi, a titolo esemplificativo, alla difficoltà di reperire gli indirizzi di residenza o di domicilio di tutti i controinteressati, non diffusi negli atti amministrativi impugnati in quanto coperti da riservatezza),

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 tradizionale notifica per



pubblici proclami mediante inserimento in G.U.

Il Tribunale di Roma, con Ordinanza cronol.118894/16 allegata, in analogo ricorso ha ritenuto non necessaria la notifica ai potenziali contro interessati, nemmeno ai sensi dell'art 151 C.P.C. in quanto le domande del ricorrente non inciderebbero sulla posizione degli altri docenti.

Anche il Tribunale di Milano, nel procedimento n.3987/2017 RG, ha ritenuto non necessaria la notifica ai potenziali contro interessati, nemmeno ai sensi dell'art 151 C.P.C., in quanto ha precisato che ***“si deve escludere la necessità di operare l'integrazione del contraddittorio con i soggetti che, pur se aventi minore punteggio, hanno ottenuto il trasferimento in ambiti provinciali a cui aspirava anche la ricorrente, atteso che la domanda è volta ad ottenere il trasferimento, genericamente, presso tali ambiti senza indicazione di una specifica sede, il che può avvenire anche in soprannumero e senza, quindi, riflessi diretti nei confronti dei partecipanti alla procedura di mobilità.”***

E pertanto conclude affinché l'Ill.mo Tribunale adito,

VOGLIA

autorizzare la suddetta notifica – notizia, ove ritenuta necessaria, può essere garantita mediante pubblicazione nel web istituzionale del Ministero dell'Istruzione e del Merito, del suddetto atto 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 della ricorrente ed indicazione delle Amministrazioni convenute;
- c) indicazione dei controinteressati individuati come gli ulteriori Docenti indicati nelle graduatorie – elenchi adottati dal Ministero dell'Istruzione e del Merito e dai relativi uffici, che hanno effettuato domanda di mobilità a.s. 2024/2025, della Regione Lombardia – Provincia di Monza e Brianza verso al Regione Sicilia – Provincia di Messina (con eventuale omissione dei nomi dei controinteressati a tutela della riservatezza).
- d) Estratto del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Bologna/Messina, 30.09.2024

Avv. Giuseppe Versace

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'
Il sottoscritto Avv. Giuseppe Versace (C.F.: VRSGPP70A02A065C) ATTESTA
ai sensi di legge che la presente copia informatica è conforme all'originale cartacea da cui è estratta.
Bologna, 15.10.2024 Avv. Giuseppe Versace

