

Tribunale di Patti**Sez. lavoro****Proc. n° 2283/2024 R.G.****G.d.L.: dott. Fabio LICATA****Udienza del 04.12.2024****COMPARSA DI COSTITUZIONE E RISPOSTA CON DOMANDA****RICONVENZIONALE E ISTANZA SPOSTAMENTO –****DIFFERIMENTO PRIMA UDIENZA EX ART. 416 E SEGG.****E CONTESTUALE ISTANZA NOTIFICA EX ART. 151 CPC****Per Alessio BOTTA****- Resistente****Contro****M.I.M. – Ministero dell'Istruzione e del Merito****- Ricorrente****§ § §**

Il docente **BOTTA Alessio**, Codice Fiscale BTTLSS78C01I199M, nato il giorno 01.03.1978, a Sant'Agata di Militello (Me), residente in Viale Loreto n.30 di Mirto (ME), elettivamente domiciliato in Via Sardegna, n. 1 Complesso Agorà di Sant'Agata di Militello (ME) nello studio dell'Avv. Massimiliano FABIO del Foro di Patti, c. f. FBA MSM 70D28 F158V, fax 0941 701160, con domicilio digitale presso la PEC massimilianofabio@pec.giuffre.it dal quale è rappresentato e difeso in virtù di delega allegata in calce al presente atto, si costituisce in giudizio per contestare integralmente il "*ricorso con istanza di fissazione udienza per l'introduzione del giudizio di merito*" avanzato dal M.I.M. e la relativa produzione documentale, anche ai sensi dell'art. 115 cpc, perché inammissibile, improcedibile, infondato in fatto ed in diritto per tutti i motivi di cui al presente atto, in ordine ai quali si formula la seguente

Premessa**Sulla storia personale, professionale e familiare del docente****Alessio BOTTA e sulle operazioni di mobilità oggetto di causa.**

- 1) il deducente è titolare nel posto comune della scuola primaria "ITALO CALVINO" di Novate Milanese (MI) cod. MIEE8BR01N, ed in atto è in

servizio in assegnazione per l'a.s. 2024/2025 presso la scuola IC di Capo d'Orlando, scuola primaria, in esecuzione dell'ordinanza cautelare del 27.03.2024 resa nel procedimento RG n. 1130/2023 del Tribunale di Patti, Sezione Lavoro che conferma integralmente il provvedimento del 11.04.2023.

2) Che il docente ha concorso alle procedure di mobilità tra province diverse per l'a. s. 2023/24, con la presentazione della domanda n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.9113642 del 13.03.2023 (all. n.8 giudizio ex art. 700 cpc), convalidata dall'Ufficio Scolastico di Milano il 4.04.2023 (all. n.40 giudizio 700) con l'attribuzione di 57 punti complessivi;

3) Che, in considerazione delle limitazioni poste dalla contrattazione di mobilità, il resistente ha proposto il ricorso n. 1130/23 RG del Tribunale di Patti al fine di concorrere e partecipare alle procedure di mobilità anche con precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92, in quanto figlio e referente unico all'assistenza del padre, Sig. BOTTA Mario, nato a Mirto (ME) il 18.11.1948 ed ivi residente in Via Loreto n.30, portatore di handicap in condizione di gravità (ex art. 3 comma 3 L.104/92) accertato dal Tribunale di Patti con decreto di omologa ex art.445 bis c.p.c. dell'1.06.2017 in esito al procedimento n. 3128/2015 RG (all. n.4 ricorso 700) e invalido ultrasessantacinquenne con difficoltà persistenti a svolgere le funzioni ed i compiti della sua età (L.509/88 – 124/98), come da verbale di accertamenti INPS allegato non soggetto a revisione (all. 43 ricorso 700), come da relativo atto;

4) Che, nel predetto ricorso ex art. 700 Cpc il docente ha premesso e precisato che:

- il Sig. BOTTA Mario con la moglie PANASITI Carmela Teresa sono residenti in viale Loreto n.30 di Mirto (Me) insieme al figlio BOTTA Alessio, come da certificati di residenza in atti (all. n.5 e n.9 ricorso 700 cpc);
- la Sig.ra PANASITI Carmela Teresa, madre del docente e coniuge del suddetto disabile grave, non è in grado di effettuare l'assistenza al marito per ragioni esclusivamente oggettive, come da autocertificazione in atti alla

quale sono allegate le certificazioni mediche attestanti le patologie di cui è affetta (all. n.6 ricorso 700 cpc);

- di essere referente unico all'assistenza del padre, di essere convivente nonché l'unico soggetto fruitore dei benefici previsti dalla L.104/92 per l'assistenza al genitore con handicap grave, riconosciuti con decreto prot. n.5508 del 21.09.2022 (all. n.7 ricorso 700 cpc) dall'Istituto Comprensivo di Longi (ME);

- di assistere in maniera permanente il padre che non è ricoverato in strutture sanitarie, istituti specializzati o altro e non usufruisce di alcuna assistenza domiciliare da parte dell'ASL di competenza;

- di prestare assistenza continuativa, globale e permanente al padre ed ha documentato di essere l'unico familiare convivente che è referente unico all'assistenza del disabile grave con diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, producendo la documentazione e le apposite autocertificazioni, (all. n. 4, n. 5, n. 6, n. 7, n. 9, n. 13 e n. 44 ricorso 700 cpc);

5) Che per l'a.s. 2023/24 le operazioni di mobilità sono regolate secondo quanto disposto dal CCNI del 27.01.2022 valido per il triennio 2022/25 (all. n.11 ricorso 700 cpc) ed in base alle specifiche disposizioni stabilite dall'O.M. n. 36/2023 (all. n.12 ricorso 700 cpc), ai sensi dell'articolo 462, comma 6, del decreto legislativo n. 297 del 1994;

6) Che la piattaforma "Istanze OnLine" del M.I., utilizzata dai docenti per la compilazione e la trasmissione delle domande di mobilità per l'a. s. 2023/24, 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 commi 5 e 7 della L. 104/92 (all. n.8 ricorso 700 cpc);

7) Che il GdL del Tribunale di Patti, ritenuti sussistenti i requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, con provvedimento reso *inaudita altera parte* dell'11.04.2023 resa nel procedimento n.1130/23 RG ha così disposto:

- Accerta e dichiara il diritto del predetto ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità dell'a.s. 2023/24, 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 padre disabile, in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità, con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022;

- Ordina al M.I.M. convenuto di adottare tutti gli atti necessari e conseguenti;

- Rinvia per la comparizione personale delle parti, per la conferma, modifica o revoca del provvedimento, all'udienza del 10.5.2023, ore 10.30, onerando parte ricorrente di notificare copia del ricorso introduttivo e del presente decreto alle controparti entro il 22.4.2023.

Autorizza la notifica nelle forme richieste ex art. 151 c.p.c.

8) Che, all'esito del contraddittorio istaurato con la costituzione del Ministero dell'Istruzione, il Giudice del Lavoro, con provvedimento del 27.03.2024 disponeva ed ordinava la conferma della ordinanza resa inaudita altera parte dell'11.4.2023, come da ordinanza allegata.

9) Che, con il ricorso di cui al presente giudizio, il M.I.M. ha introdotto la fase di merito del procedimento cautelare azionato *ante causam* dal docente BOTTA.

§ § §

Ciò premesso, il docente Alessio BOTTA con il presente atto si costituisce nel presente giudizio di merito introdotto *ex adverso* chiedendo il rigetto delle domande avversarie e svolgendo, altresì, domanda riconvenzionale in ordine alla conferma dell'ordinanza cautelare del 27.03.2024 resa nel procedimento 1130/23 RG e quanto altro specificato nel presente atto, per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

A. Infondatezza del ricorso di merito avversario

L'odierno ricorrente, con diversi motivi generici e riferibili probabilmente ad altri docenti (vedi riferimenti al Tribunale di Messina ecc.), ha introdotto il presente giudizio contestando l'Ordinanza resa nel procedimento

cautelare *ante causam* 1130/23 RG chiedendone la riforma e quindi l'accertamento negativo del diritto già riconosciuto in sede cautelare al docente, oggi resistente – ricorrente in riconvenzionale, a partecipare alle operazioni di mobilità dell'a.s. 2023/24, 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 padre disabile, in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità, con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022 riproponendo sostanzialmente le medesime difese svolte nel giudizio cautelare *ante causam*, respinte dal Giudice del Lavoro dapprima con provvedimento reso *inaudita altera parte* e successivamente con Ordinanza di conferma del 27.03.2024.

Contrariamente a quanto sostenuto *ex adverso*, il Giudice del lavoro del Tribunale di Patti ha correttamente accolto le domande del docente BOTTA disponendo: *“Il Giudice del Lavoro, sul ricorso come sopra proposto da Botta Alessio nei confronti del Ministero dell'Istruzione e del Merito, così provvede:*

- *Accerta e dichiara il diritto del predetto ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità dell'a.s. 2023/24, 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 padre disabile, in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità, con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022;*

- *Ordina al M.I.M. convenuto di adottare tutti gli atti necessari e conseguenti.”*

Il GdL, una volta esaminate le difese svolte dalle parti, e quindi anche quelle dell'odierna ricorrente, ha respinto le tesi avversarie affermando *“Botta Alessio, dopo aver premesso di essere docente alle dipendenze del ministero convenuto, titolare nel posto comune della scuola primaria “ITALO CALVINO” di Novate Milanese (MI) cod. MIEE8BR01N, in atto in assegnazione provvisoria per l'a.s. 2022/2023, fino al 31.08.2023, presso la scuola primaria dell'Istituto comprensivo di Longi (ME), ha esposto quanto segue:*

- Ha concorso alle procedure di mobilità tra province diverse per l'a. s. 2023/24, con la presentazione della domanda n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.9113642 del 13.03.2023, convalidata dall'Ufficio Scolastico di Milano il 4.04.2023, con l'attribuzione di 57 punti complessivi;

- 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 figlio e referente unico all'assistenza del padre, BOTTA Mario, nato a Mirto (ME) il 18.11.1948 ed ivi residente in Via Loreto n.30, portatore di handicap in condizione di gravità (ex art. 3 comma 3 L.104/92) accertato dal Tribunale di Patti con decreto di omologa ex art.445 bis c.p.c. dell'1.06.2017 e invalido ultrasessantacinquenne con difficoltà persistenti a svolgere le funzioni ed i compiti della sua età (L.509/88 – 124/98), come da verbale di accertamenti INPS allegato non soggetto a revisione;

- Convive con il padre e la madre, PANASITI Carmela Teresa, ma quest'ultima non è in

grado di assistere il marito per ragioni esclusivamente oggettive, come da autocertificazione in atti alla quale sono allegate le certificazioni mediche attestanti le patologie di cui è affetta;

- Quindi, è referente unico all'assistenza del padre, con il quale è convivente, ed è l'unico soggetto che fruisce dei benefici previsti dalla L.104/92 per l'assistenza al genitore con handicap grave, riconosciuti con decreto prot. n.5508 del 21.09.2022 dall'Istituto Comprensivo di Longi (ME);

- Pertanto, presta assistenza continuativa, globale e permanente al padre ed ha il diritto a

godere di precedenza ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92;

- Per l'a.s. 2023/24 le operazioni di mobilità sono regolate secondo quanto disposto dal CCNI del 27.01.2022 valido per il triennio 2022/25 ed in base alle specifiche disposizioni stabilite dall'O.M. n. 36/2023, ai sensi dell'articolo 462, comma 6, del decreto legislativo n. 297 del 1994;

- La piattaforma “Istanze OnLine” del M.I., utilizzata dai docenti per la compilazione e la trasmissione delle domande di mobilità per l'a. s. 2023/24, impedisce 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 commi 5 e 7 della L. 104/92;

- La sua partecipazione alle procedure di mobilità senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante per l'assistenza al padre con handicap grave è fonte di pregiudizio e danno, certo, grave ed irreparabile al disabile grave al quale deve essere prestata assistenza continuativa;

Tanto premesso, deduceva che l'impossibilità di partecipare alle procedure di mobilità senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante per l'assistenza al padre con handicap grave è causa di pregiudizio e danno, certo, grave ed irreparabile per sé e per il padre disabile.

Premesse le ragioni sul suo diritto alla titolarità dei diritti riconosciuti dall'art. 33 co. 5 e 7 l. 104/92 ribadiva la sussistenza del suo diritto a fruire della relativa precedenza nelle operazioni di mobilità in occasione della domanda di trasferimento interprovinciale n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.9113642 del 13.03.2023, con la quale ha chiesto il trasferimento nelle sedi della provincia di Messina dettagliatamente indicate in ricorso, precisando di aver diritto a concorrere alle anzidette operazioni di mobilità, in ragione della titolarità della precedenza in ragione dell'assistenza al padre disabile, come previsto dall'art. 13 d.lgs. n. 59/2017, come modificato dalla l. n. 145/18.

Lamentava che, in data 4.04.2023, l'UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE di Milano, ha convalidato la domanda di trasferimento senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante, stante l'applicazione illegittima della contrattazione in questione.

Sosteneva l'illegittimità di tale provvedimento, deducendo che il contratto collettivo integrativo e l'anzidetta ordinanza ministeriale, nella parte in cui consentono di far valere il diritto di precedenza per l'assistenza ad un genitore disabile grave soltanto nella fase dei trasferimenti provinciali,

mentre riconoscono il medesimo diritto in tutte le fasi (e, dunque, anche nella fase dei trasferimenti interprovinciali) ai genitori anche adottivi del disabile in condizione di gravità, rappresenta una ingiustificata lesione del diritto riconosciuto e tutelato dall'art.33 comma 5 l. 104/92, secondo cui "Il lavoratore di cui al comma 32, 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" ed avente natura di norma imperativa, posta a tutela di diritti fondamentali.

Inoltre, l'art 13 comma 1 punto IV del CCNL del 27.1.22, sarebbero affette da illogicità, irragionevolezza e sarebbero fonte di disparità di trattamento.

Sosteneva, altresì, che le anzidette disposizioni contrattuali sarebbero contrarie al principio di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'amministrazione posto dall'art. 97 Cost..

Rivendicava, inoltre, il diritto a far valere tale precedenza in ogni fase di mobilità e senza alcuna limitazione, tenuto conto del fatto 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.

Quanto alla sussistenza del periculum in mora ha rilevato che dalla richiamata applicazione delle disposizioni contrattuali e provvedimenti amministrativi deriverebbe un danno grave e irreparabile consistente nella impossibilità di regolare partecipazione alla mobilità territoriale al fine di ottenere il trasferimento interprovinciale che gli consenta di prestare la propria attività lavorativa, presso una sede più vicino possibile alla residenza della persona da assistere.

Dunque, l'impossibilità per la ricorrente di partecipare alle operazioni di mobilità interprovinciale pregiudicherebbe concretamente il diritto del padre disabile ad ottenere in maniera efficace l'assistenza necessaria da parte della figlia convivente.

Precisava, infine, a fronte della convalida della domanda senza il riconoscimento del diritto di precedenza, l'O.M. 36/2023 dispone che, per il personale docente di tutti i gradi di istruzione, l'invio delle domande al SIDI l'elaborazione dell'algoritmo avvenga il 2.5.23 e la pubblicazione dei movimenti sia fatta il 24 maggio 2023, per cui chiedeva di essere ammesso alle procedure di cui è causa entro tale data, anche con provvedimento inaudita altera parte, al fine di poter concorrere alle operazioni di trasferimento per l'a. s. 2023/24, con il riconoscimento del diritto di precedenza in questione 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... Con ordinanza resa inaudita altera parte in data 11.4., stante la sussistenza di un concreto ed attuale periculum in mora, veniva concesso il provvedimento richiesto, con accertamento del diritto del ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità dell'a.s. 2023/24, 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 padre disabile, in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità, con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022.

Indi, instauratosi il contraddittorio, il MI si costituiva in giudizio con memoria del 9.5.2023, con la quale rilevava di aver operato conformemente alla normativa contrattuale e, segnatamente, all'art. 13 CCNI del 27.01.2022 valido per il triennio 2022/25 ed in base alle specifiche disposizioni stabilite dall'O.M. n. 45/2022, che non riconoscono alcuna precedenza al figlio di genitore disabile in sede di mobilità, ma soltanto in sede di assegnazioni provvisorie.

Rilevava che tali disposizioni sarebbero in linea con la corretta applicazione del diritto riconosciuto dall'art. 33 co. V l. 104/92, che deve essere riconosciuto compatibilmente con le esigenze organizzative dell'amministrazione.

Infine, all'udienza del 17.5.2023, parte ricorrente concludeva come da verbale in atti... Tanto premesso, va rilevato che, ad esito dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti non sono emersi elementi

tali da riconsiderare il contenuto del provvedimento già reso inaudita altera parte in data 11.4.2023.

Ed infatti, a fronte delle considerazioni svolte in quella sede, va rilevato che il Ministero resistente, costituendosi in giudizio, ha sostenuto la compatibilità di tale norma contrattuale con il quadro normativo e costituzionale e, segnatamente, con i diritti riconosciuti dall'art. 33 co. 5 e 7 l. 104/92.

A tal proposito, ha richiamato un orientamento giurisprudenziale anche di recente elaborato in alcune pronunce di merito e di legittimità, secondo cui, partendo dalla premessa che il diritto all'assistenza nei confronti del congiunto disabile (nella specie il genitore) non è normativamente strutturato alla stregua di un diritto assoluto, ma quale posizione giuridica condizionata dal contemperamento con le esigenze organizzative del datore di lavoro, le disposizioni contrattuali che prevedono una graduazione delle precedenza nell'espletamento delle operazioni di mobilità non sarebbero altro che un ragionato contemperamento dei diversi interessi in gioco (diversa valutazione delle condizioni di gravità delle esigenze di assistenza, esigenze organizzative della p.a., diritto dei concorrenti alla mobilità di essere valutati secondo punteggio e titoli) e, pertanto, non sarebbero in contrasto con il quadro normativo e costituzionale.

Tanto premesso, ritiene questo giudicante che tale prospettiva non sia condivisibile e che il provvedimento reso inaudita altera parte debba essere integralmente confermato.

In primo luogo, vanno confermate le ragioni a sostegno dell'ammissibilità della domanda e della sussistenza del periculum in mora.

Sotto tale aspetto, va rilevata la fondatezza dell'istanza cautelare con riferimento ai motivi spiegati in riferimento alla impossibilità di partecipare alle operazioni di mobilità a causa del mancato riconoscimento del diritto a fruire della precedenza per l'assistenza al padre in condizioni di disabilità grave.

Ed infatti il ricorrente lamenta, anzitutto che, in ragione delle citate disposizioni contrattuali, trasfusa nell'ordinanza ministeriale riguardanti le operazioni di mobilità, deriverebbe a suo carico un pregiudizio ritenuto illegittimo per le ragioni esposte a sostegno del ricorso.

Dunque, il ricorrente ha agito chiedendo l'accertamento sia del diritto a partecipare alle operazioni di mobilità, tenuto conto del suo diritto a far valere il beneficio di cui all'art. 33 commi 5 e 7 l. 104/92, sia del diritto a far valere in tali operazioni l'anzidetta precedenza in tutte le fasi (I – comunale, II provinciale e III interprovinciale), senza le limitazioni previste dall'articolo 13 del CCNI del 27. 1. 22, che restringe la possibilità di far valere incondizionatamente la precedenza in oggetto soltanto nelle operazioni di mobilità provinciale, mentre la riconosce procedure interprovinciali, “solo per la assistenza al coniuge e al figlio portatore di handicap”.

Si tratta, in altri termini, di un'azione di accertamento finalizzata alla verifica dell'illegittimità delle disposizioni contrattuali che limitano il riconoscimento del diritto di precedenza e non consentono al ricorrente di partecipare alle operazioni di mobilità con il diritto di precedenza in questione.

Appare evidente, pertanto, sia l'interesse ad agire sia l'ammissibilità in termini generali della domanda di accertamento, in linea con il condivisibile e prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità.

Quanto al periculum in mora, va osservato che l'applicazione delle norme contrattuali di cui si contesta la legittimità - e la prospettata erronea applicazione delle ulteriori disposizioni vigenti - impedisce al ricorrente di godere del diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità e di partecipare alla mobilità interprovinciale.

Ed infatti, il mancato riconoscimento di tale precedenza, derivante dall'applicazione delle richiamate disposizioni contrattuali ritenute illegittime, si riflette in maniera negativa sia sulla perdurante efficacia del blocco quinquennale alla possibilità di prendere parte alle operazioni di

mobilità, sia sulla possibilità di ottenere una sede vicina al luogo di residenza del familiare da assistere.

Ciò determinerebbe per il ricorrente un'inammissibile compressione del proprio diritto a prestare l'assistenza necessaria al padre in stato di disabilità grave, con il correlativo pregiudizio per il diritto del padre a godere in maniera piena ed efficace dell'assistenza della figlia, referente unico ai fini dell'applicazioni delle disposizioni di cui alla l. 104/92.

Ciò rappresenta un danno non ristorabile, grave ed irreparabile, al già richiamato diritto inviolabile della madre della ricorrente a godere in maniera efficace dell'assistenza del figlio, come pure un danno al diritto della madre della ricorrente a sviluppare la propria personalità nel proprio ambito familiare e residenziale.

Passando alla sussistenza del fumus boni iuris, va riconosciuto alla ricorrente il diritto a far valere il diritto di precedenza connesso all'esigenza di assistenza al genitore disabile.

A tal proposito, va rilevato che l'art. 13, comma 1, punto IV, del CCNI 2022/25, che non riconosce il diritto di precedenza per assistenza ai genitori con disabilità grave (art.3 comma 3 L.104/92) ai docenti che si sottopongono a mobilità interprovinciale, risulta contrario a norme imperative e determina delle disparità non giustificate.

L'art. 13, infatti, attribuisce un generale diritto di precedenza, in ogni fase dei trasferimenti, ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità o ai fratelli e sorelle, in caso di impossibilità dei genitori, mentre per i figli che devono prestare assistenza al genitore disabile, riconosce il medesimo diritto soltanto ai docenti concorrenti nella I e II fase (comunale - provinciale) delle medesime procedure, così lasciando fuori i docenti partecipanti alla mobilità interprovinciale (III fase).

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, pur in mancanza di altri congiunti idonei a prestare tale assistenza.

E ciò, a fronte del diritto della 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.

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

A fronte di ciò, non è condivisibile la prospettazione del ministero resistente secondo cui l’istituto previsto dall’art. 33 co.5 l. 104/92 non sarebbe afferente a diritti fondamentali e, conseguentemente, le posizioni giuridiche potrebbero essere regolamentate e comprese di fronte ad altri concorrenti ed altrettanto rilevanti diritti ed interessi normativamente protetti.

A tal proposito, va premesso che la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali.

Tuttavia, è altresì pacifico che l’istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l’unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della “persona handicappata”, com’è indubbia la circostanza che la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola non possa ritenersi illimitata.

Infatti, 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), mentre 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).

Coerentemente con tale quadro normativo e con le posizioni espresse dalla Corte Costituzionale, anche la Corte di Cassazione 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).

Tutto ciò premesso, va sottolineato che l'unica forma di contemperamento riguarda le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, la cui sussistenza va valutata specificamente con riferimento all'attuabilità o meno del diritto nel caso concreto.

Non si può certo desumere dalla locuzione "ove possibile" una arbitraria distinzione tra diverse categorie di aventi diritto in relazione al rapporto di parentela con il lavoratore o, addirittura, in base all'età del soggetto portatore di handicap.

In particolare, è innegabile che tali disposizioni di tutela, pur temperate con altri valori di rilevanza costituzionale (la libertà di iniziativa economica e, nel caso in esame, il buon andamento, l'imparzialità e la razionalità dell'azione amministrativa), abbiano il valore di norme di natura imperativa che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatore di handicap grave, che siano referenti unici per

l'assistenza, senza che nel dato normativo possa cogliersi alcun riferimento alla possibilità di 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, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s 2022/25, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale il diritto di precedenza dei figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, comprime 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.

A fronte di ciò, non appaiono condivisibili i rilievi dell'amministrazione secondo cui il diritto in questione sarebbe sufficientemente tutelato, essendo riconosciuta la precedenza in sede di operazioni di assegnazione provvisoria, mentre il mancato riconoscimento in sede di mobilità si giustificerebbe con l'esigenza di graduare la tipologia di aventi diritto in relazione alla parentela, in modo da poter gestire razionalmente l'enorme numero di richieste provenienti dagli aventi diritto.

Come si è già notato, il contemperamento del diritto va valutato nel caso specifico in riferimento alle esigenze dell'amministrazione che impedirebbero il movimento richiesto e, pur essendo ammissibile teoricamente l'individuazione di criteri generali utili ad agevolare l'organizzazione della mobilità a fronte delle numerose istanze dei congiunti di portatori di handicap, non possono certamente ritenersi conformi alla natura dei diritti in questione ed al principio costituzionale di uguaglianza e non discriminazione criteri fondati sulla diversa

valutazione delle categorie dei disabili o il grado di parentela o, peggio ancora, sul criterio della presumibile inferiore aspettativa di vita del congiunto disabile, da cui deriverebbe la legittimità della scelta di limitare la precedenza alla sola fase delle assegnazioni provvisorie.

Come si è già detto, il diritto all'assistenza al disabile può subire limitazioni soltanto in ragione di concrete esigenze organizzative ed aziendali ed ogni graduazione, specie se giustificata in base a inammissibili e non dimostrate previsioni sull'aspettativa di vita del soggetto da tutelare, non trova giustificazione alcuna.

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).

Sulla scorta di tali premesse, va pure rilevato che l'anzidetta disposizione, nella parte in cui limita il diritto di assistenza al familiare disabile all'esecuzione in sequenza di tutte le operazioni di ognuna delle tre fasi di mobilità, risulta in contrasto con i principi di cui alla legge n. 104/92, quale lex specialis a tutela del disabile e non derogabile dalla normativa pattizia sulla mobilità del personale docente.

Invero, quest'ultima normativa, nel prevedere che il diritto di precedenza per l'assistenza al parente disabile grave venga soddisfatto dopo l'espletamento delle operazioni di mobilità gestite nella I e II fase – che riguardano invece la richiesta di trasferimento dei docenti senza diritto di precedenza –, di fatto limita e restringe l'ambito di tutela del soggetto disabile, con la conseguenza che, ai fini della mobilità interprovinciale, risulta arbitrariamente ristretto il novero dei soggetti che hanno diritto ai benefici ivi previsti (a prescindere dalla sussistenza di sedi disponibili), per di più con riguardo ai casi – quali quelli rientranti nella mobilità interprovinciale – in cui l'esigenza di riavvicinamento è quantomai irrobustita nell'ottica della cura dei bisogni del disabile.

Ne deriva che era fondato il diritto del ricorrente ad avere riconosciuto il diritto a far valere tale precedenza e ad inserirla nella relativa domanda di mobilità per l'a.s. 2023/24, senza la limitazione derivante

dall'attuazione sequenziale delle tre fasi di mobilità previste dalle disposizioni del Ministero convenuto.

Le anzidette disposizioni contrattuali dell'art. 13 CCNI cit. per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2022/2025 appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, con il riconoscimento del diritto del ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità 2022/23 facendo valere la precedenza assoluta per l'assistenza al padre disabile ed a inserirla nella relativa domanda, nel rispetto del diritto di cui all'art. 33 co. 5 l. n. 104/92 e del punteggio conseguito.

Tanto premesso, deve prendersi atto del fatto che le operazioni di mobilità sono state eseguite senza che sia stata data attuazione al provvedimento di urgenza reso inaudita altera parte, per cui non può che rilevarsi la persistenza dell'anzidetto diritto di precedenza ed il dovere dell'amministrazione di darvi esecuzione provvedendo ad assegnare la ricorrente nel posto che le sarebbe spettato in ragione del punteggio ottenuto e della precedenza come sopra accertata.

Consequentemente, deve essere integralmente confermato il provvedimento reso inaudita altera parte."

Il Tribunale, quindi, sulla base di quanto sopra, ha accolto la domanda svolta dal docente in via d'urgenza ed il Ministero, in esecuzione della predetta pronunzia vi ha dato esecuzione con nota prot.11308 del 22.08.2024, che si allega e richiama (all.6)

A tal uopo il deducente rileva che l'Amministrazione scolastica incaricata – USP – AT di Messina, con il decreto prot.11308 del 22.08.2024, ha così provveduto “Vista l'Ordinanza cautelare del 27/03/2024 - RG n. 1130/2023 del Tribunale di Patti- Sezione Lavoro- che conferma integralmente il provvedimento del 11/04/2023; Vista la domanda di mobilità del docente Botta Alessio relativa alla procedura di mobilità per l'a.s. 2023/24, con particolare riferimento alle preferenze espresse; Visto il decreto di questo ufficio, prot.n. 11783 del 24/05/2023, con il quale sono stati pubblicati i trasferimenti ed i passaggi del personale docente di ruolo della scuola primaria per l'anno scolastico 2023/24 e successive modifiche

*o integrazioni; ... **Accertato che il docente Botta Alessio beneficiando della precedenza prevista da CCNI riconosciuta dal suindicato provvedimento giurisdizionale avrebbe ottenuto il trasferimento nella provincia di Messina nell'a.s. 2023/24 ... DECRETA Per quanto in premessa, in esecuzione dell'Ordinanza citata nella parte motiva, il docente Botta Alessio n. il 01/03/1978 – titolare di scuola primaria presso MIEE8BR01N – PRIMARIA ITALO CALVINO, posto comune, è assegnato in via provvisoria per l'a.s. 2024/25 presso l'IC di Capo d'Orlando, scuola primaria, posto comune.***

Tale provvedimento ha natura confessoria in ordine all'accertamento del diritto al trasferimento del docente in provincia di Messina, così come richiesto in domanda di mobilità e nel giudizio cautelare, con ogni conseguenza di legge ed in ordine al quale viene svolta in questa sede domanda riconvenzionale rivolta all'ottenimento del trasferimento richiesto, anche sulla base della natura confessoria della dichiarazione dell'amministrazione scolastica.

§ § §

Parimenti infondati sono gli ulteriori motivi di diritto di cui al ricorso avversario.

Per stessa ammissione di controparte, in relazione alla mancanza dei requisiti per il riconoscimento del diritto di precedenza, è la medesima piattaforma che non consente di inserire tale tipo di precedenza ed in ragione di ciò il deducente ha istaurato il procedimento n.1130/23 RG, allegando tutta la relativa documentazione, al fine di potere concorrere alle procedure di mobilità per l'a.s. 2022/23 con il diritto di precedenza, diritto accertato e riconosciuto dal Tribunale in sede di urgenza, con provvedimento inaudita altera parte, stante la pendenza delle operazioni di mobilità.

§ § §

Sulle domande e difese svolte dal docente Botta nel procedimento ex art. 700 cpc RG n.1130/23 del Tribunale di Patti sez. lavoro.

Il deducente, tenuto conto che l'Ordinanza di conferma sopra trascritta, che ha deciso il procedimento n. 1130/23 RG, riporta esaustivamente tutti gli elementi salienti del relativo procedimento, al fine di non appesantire il presente atto, richiama espressamente anche in questa sede il contenuto del ricorso ex art. 700 cpc, allegato al presente atto e da intendersi integralmente riportato e trascritto per brevità, riproponendo gli elementi salienti anche ai fini dell'accoglimento della domanda riconvenzionale svolta.

§ § §

B. 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 del docente ad ottenere il trasferimento nella Provincia di Messina ed in particolare ad essere trasferito in una sede vicina al luogo di residenza del genitore disabile in situazione di gravità.

Domanda riconvenzionale

Il deducente ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale (all. n.8 ricorso ex art. 700 cpc), assunta al n. prot. MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.9113642 del 13.03.2023 e ha concorso alle procedure di mobilità tra province diverse in quanto è titolare in provincia di Milano e nell'istanza ha richiesto il trasferimento nelle seguenti sedi della provincia di Messina, così inserite in ordine di preferenza:

- 1 Comune E674 ME LONGI
- 2 Scuola MEEE830034 ME CONO MICALE ALBERTI
- 3 Scuola MEEE83402A ME CAPO D'ORLANDO - CENTRO
- 4 Scuola MEEE89101D ME TORTORICI PLESSO G .FARANDA
- 5 Comune M211 ME ACQUEDOLCI
- 6 Scuola MEEE87901V ME CAPUANA S.AGATA DI MILITELLO
- 7 Scuola MEEE885049 ME FRAZ. PIANA
- 8 Scuola MEEE877017 ME TORRENOVA
- 9 Scuola MEEE83901C ME BROLO
- 10 Scuola MEEE844021 ME PRIMARIA GIOIOSA M. CENTRO
- 11 Scuola MEEE856016 ME LOMBARDO RADICE
- 12 Scuola MEEE848028 ME G.MILICI
- 13 Scuola MEEE849013 ME PATTI-PIAZZA 25 APRILE-
- 14 Scuola MEEE83801L ME CASTELL'UMBERTO
- 15 Comune F158 ME MESSINA

Si precisa che la prima sede indicata corrisponde al comune più vicino rispetto a quello di residenza del disabile grave nel quale sono presenti scuole primarie presso le quali il docente può insegnare.

Il docente, inoltre, ha diritto a concorrere alle operazioni di mobilità dell'anno scolastico 2023/24 in quanto non è sottoposto 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"*.

In data 04.04.2023 (all.n.33 ricorso 700 cpc), l'Ufficio Scolastico Provinciale di Milano, ha convalidato la domanda di trasferimento senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante, stante l'applicazione illegittima della contrattazione in questione (all.n.40 ricorso 700 cpc) che

impedisce ai docenti che chiedono il trasferimento tra province diverse di indicare il diritto alla precedenza di legge.

Il punto 34 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 docente ha diritto a concorrere alle procedure di trasferimento oggetto di causa con precedenza, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92, in tutte le fasi (I – comunale, II provinciale e III interprovinciale), senza limitazione alcuna, come si chiarirà in seguito.

L'articolo 13 del CCNI del 27 gennaio 2022, comma 1, punto IV, concede la possibilità dei docenti di beneficiare del diritto di precedenza ex L. 104/92 per l'assenza ai genitori con handicap grave nelle operazioni di mobilità provinciali, mentre la limita nelle procedure interprovinciali, riconoscendola *“solo per la assistenza al coniuge e al figlio portatore di handicap”*, con la conseguenza che tale precedenza di legge è illegittimamente negata al figlio che assiste il genitore e che chiede il trasferimento tra province diverse.

Il predetto CCNI 2022/2025 e l'O. M. n. 36/2023, 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 non possono segnare nel modulo di domanda telematica la precedenza di cui sono beneficiari per assistenza al genitore con handicap grave.

Nel caso in esame, il docente BOTTA, al fine di attestare il diritto alla partecipazione alle procedure di mobilità in contestazione con priorità ha, infatti, allegato la documentazione comprovante di essere beneficiario di precedenza di legge ai sensi dell'art.33 commi 5 e 7 della L.104/92, non

potendo in altro modo attestarlo nella domanda, che ha inoltrato telematicamente entro la data di scadenza. (all.44 ricorso 700 cpc)

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. 36/2023 e il docente ha effettuato l'allegazione documentale sebbene il Ministero avesse già accertato e riconosciuto il diritto dello stesso a fruire dei benefici della precedenza di legge ex L.104/92 (all. n.7).

La materiale “IMPOSSIBILITA” di procedere alla integrazione e/o modifica della domanda è sancita dalla ordinanza Ministeriale (all. n.12 ricorso 700 cpc) 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”*.

La limitazione – esclusione del diritto di precedenza per l'assistenza ad un genitore disabile grave (riconosciuto solo nella mobilità provinciale) rappresenta un'ingiustificata ed illegittima lesione del diritto riconosciuto e tutelato dall'art. 33 comma 5 e 7 della L. 104/92, ivi compresa la norma costituzionale e comunitaria, come da giurisprudenza richiamata nel presente atto.

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. 45/2022, 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 genitori 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 2023/24, 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, figlio individuato referente unico, che presta assistenza al genitore 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.

Sul punto si richiama la sentenza del Giudice del Lavoro del **Tribunale di Messina** n.1097/2018 del 19.09.2018 (all. n.27 ricorso 700 cpc), resa nel procedimento n. 4245 / 2016 R.G..

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 al caso in esame, riprese nella ordinanza, relative alle procedure di mobilità degli anni precedenti, con la sentenza di accoglimento n.1092/2018 (all. n.28 ricorso 700 cpc) pubblicata il 23.07.2018, resa nel procedimento n.4538/2017 R.G. che si richiama.

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 / 92 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 L.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 del docente 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.”(all. n.41 e n.34 ricorso 700 cpc)

Sul punto si richiama, altresì, l'Ordinanza del Tribunale di Alessandria, in composizione collegiale, del 23.02.2018, Cron. 475/2018 – RG 1431/2017 (all. n.29 ricorso 700 cpc).

Quanto sopra rende evidente anche la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto il docente, titolare del diritto di precedenza ex art.33 commi 5 e 7 della L. 104/92, differentemente 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 (allegati 15, 31, 32, 41 e 34 ricorso 700 cpc) che si richiamano.

§ § §

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 (all.30). 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 (all. n.16), 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 al docente di partecipare alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico in questione con il riconoscimento della precedenza di legge di cui è stato riconosciuto beneficiario.

§ § §

C. Sul diritto del docente BOTTA a concorrere alle procedure di mobilità per l'a. s. 2023/24 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 del docente ad essere trasferito anche in sovrannumero nel luogo più vicino al familiare da assistere.

Domanda riconvenzionale

“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. su istanza della scrivente difesa, all. n. 19 ricorso 700 cpc)

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 (all. n.41 ricorso 700 cpc) e n. 4103/2020 RG (all. n.34 ricorso 700 cpc) e nelle ordinanze emesse nei procedimenti n. 1069/2022 (all. n.10 e n.22 ricorso 700 cpc), n. 1422/2020 R.G. (all. n. 18 ricorso 700 cpc), n. 1386/2020 R.G. (all. n.17 ricorso 700 cpc), n.1768/2021 (all. n. 38 e n.39 ricorso 700 cpc), 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. (all. n.21 ricorso 700 cpc), ed ancora il Tribunale di Patti in altra ordinanza resa nel procedimento n.1202/2020 R.G. (all. n.14 ricorso 700 cpc), 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; ..*” (Ord. Trib Catania – proc. n. 3198/2020 R.G.)

La L. 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 nel nostro caso) con una inaccettabile disparità a fronte della situazione analoga.

Vi è, quindi, il diritto del docente oggi resistente, ricorrente in via riconvenzionale, 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 (allegato n.20 ricorso 700), 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 contemperamento 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 docente alla mobilità territoriale per l'a.s. 2023/24, 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"*.

§ § §

D. 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 al docente 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 genitore 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 padre.

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."

§ § §

Sulle recenti pronunzie di merito successive alle sentenze della Corte di Cassazione

Il **Tribunale di Vibo Valentia**, Giudice del Lavoro dott. Ilario NASSO, con la **Sentenza n. 602 del 14.09.2023** (all. 4) si è pronunciato sulle medesime questioni, affermando "È, *invero, dirimente constatare l'irrazionalità del disposto contrattual-collettivo applicabile alla fattispecie, giacché – limitando la spendibilità delle prerogative ex l. 104/1992 agli spostamenti infra-provinciali, e alle assegnazioni provvisorie (con estensione, in questo caso, del beneficio agognato anche ai tramutamenti fra province differenti)– esso priva di concreta utilità i diritti conferiti dalla legge ai referenti delle persone da accudire, nella misura in cui preclude l'opponibilità – al datore di lavoro pubblico – della situazione di disabilità certificata proprio laddove essa andrebbe peculiarmente valorizzata: vale adire in sede di gestione dei trasferimenti*

(definitivi) fra province diverse, come tali associati a distanze – riscontrabili fra l'invalido e il suo accompagnatore – maggiori rispetto a quelle misurabili all'interno della medesima provincia (per la quale ipotesi, paradossalmente, i precetti della l.104/1992 trovano da tempo pedissequa attuazione: v. – in proposito e fra le altre – Trib. Roma, ord. 14 marzo 2018). 5.2. Va, nondimeno, condivisa l'opzione ermeneutica secondo la quale il diritto al trasferimento, invocato odiernamente, non potrebbe ritenersi ascrivito ai suoi titolari in termini assoluti e indiscriminati, dovendosi comunque coordinare con le necessità sottese all'efficace organizzazione dei servizi scolastici, a garanzia della pienezza dell'offerta formativa e dell'ottimale funzionalità del sistema d'istruzione. Allo stesso tempo, però, mentre la controparte non ha adottato né specifiche né insuperabili ragioni materiali – ulteriori rispetto alla puntuale applicazione della negoziazione settoriale – conducenti alla reiezione dell'istanza di mobilità preferenziale, l'art. 24, I c., lett. b), l. 183/2010 – nel novellare l' art. 33, V c., l. 104 /1992 – ha stabilito come «Il lavoratore di cui al comma 3 [abbia] 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». 5.3. L'inciso «ove possibile», allora, implica l'attribuzione all'aspirante del vantaggio reclamato, ogniquale volta non siano rinvenibili – nella data vicenda in considerazione, e caso per caso – elementi concretamente ostativi alla sua concessione, da individuarsi e motivarsi congruamente a cura della pubblica amministrazione procedente, e sempreché – all'esito del relativo scrutinio giudiziale – gli argomenti negatori, eventualmente addotti dall'Ente convenuto, non si dimostrino pretestuosi o apparenti. 5.4. Me. conto rammentare – d'altra parte – come lo stesso Dipartimento della Funzione pubblica, con circolare n. 13/2010, abbia consentito il rifiuto datoriale del trasferimento, domandato dal referente del disabile, solo «in presenza di circostanze oggettive impeditive, come ad esempio la mancanza di posto corrispondente nella dotazione organica di sede, mentre non può essere

subordinato a valutazioni discrezionali o di opportunità dell'amministrazione.»

Dello stesso tenore la **Sentenza del 16.01.2024 resa dal Tribunale di Cosenza** nel procedimento 3410.2023 RG.

§ § §

Sul recentissimo arresto della Corte di Appello di Firenze e sui principi di diritto ivi affermati

Con sentenza n. 227/24 del 16.04.2024, la **Corte di Appello di Firenze** ha disatteso le pronunzie di segno contrario della Cassazione citate *ex adverso* fornendo una diversa interpretazione delle questioni in esame e accogliendo il ricorso proposto dalla lavoratrice.

In particolare la Corte di Appello di Firenze ha effettuato un ampio ragionamento facendo propri gli orientamenti di diritto internazionale ed Europeo sulla tutela della disabilità e sul bilanciamento di interessi affermando *“Nel merito, è fondato il diritto alla precedenza in fase di mobilità fatto valere dalla docente appellante (in linea con la giurisprudenza di questa Corte, iniziata con la sentenza n. 412/19 del 16.5.2019. Canturi c/ MIUR, Pres. Liscio Est. Tarquini, e seguita da numerose conformi n. 483/2021, n. 401/2021, n. 531/2021, n. .375/2022. n. 237/2023).*

In fatto, le circostanze dedotte dalla appellante sono pacifiche tra le parti e comunque anche documentate (si vedano i docc. N.ni 4 e 9 sullo stato di handicap grave del genitore nonché sul fatto che la docente usufruisce dei permessi ex art. 33 L. 104/1992, come da relativa attestazione; non essendo contestata la situazione di referente unico).

In primo grado, la docente aveva poi affermato che alcune docenti che nella sua classe di consono nell'ambito della procedura di mobilità per l'anno scolastico 2022/2023 erano state trasferite nelle sedi poste nella provincia di Napoli - indicate come sua prioritaria preferenza - erano prive di diritto di precedenza ex art. 33 L. 104/1992 e aveva depositato a riprova i relativi bollettini (il Ministero nulla aveva replicato sul punto).

In diritto, l'art. 13 CCNI 2022/2025 non riconosce il diritto di precedenza nella mobilità territoriale interprovinciale a) docente referente unico del genitore disabile in condizioni di gravità, ma solo in fase di assegnazione provvisoria.

Il Ministero dell'Istruzione, escludendo il diritto di precedenza dell'appellante nell'ambito della procedura di mobilità oggetto del giudizio, ha dato applicazione a tali norme della contrattazione Collettiva, delle quali la docente afferma la nullità per contrasto con gli art. 33 L. 104/1992 e 601 D. Lgs. 297/1994.

Secondo l'art 33 comma 3, i lavoratori dipendenti, pubblici o privati, che assistano "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" hanno "diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere", e non possono essere trasferiti "senza il loro consenso ad altra sede".

Il D. Lgs. 697/1994 ("Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado") all'art. 601 dispone che "gli artt. 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. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità". La giurisprudenza di legittimità ha anche ribadito che l'art. 33 "non consente di limitare il diritto alla mobilità solo alle fattispecie in cui in cui la situazione di handicap del soggetto assistito fosse esistente solo al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro. L'espressione "ha diritto di scegliere", infatti, non può essere riferita solo al momento iniziale del rapporto di impiego pubblico, in cui è disposta l'assegnazione della sede di lavoro, ma deve essere fatta con riferimento alla ratio generale della L.

104, di approntare strumenti di tutela della persona handicappata. che esaltino la naturale spinta solidaristica nascente dal vincolo familiare e che si aggiungano alle tutele offerte dai pubblici servirsì di assistenza. La centralità di tale concetto di tutela è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza proprio in relazione al momento in cui il diritto della persona handicappata deve essere rapportato al diritto alla mobilità del pubblico dipendente. tanto nel caso che il vincolo di assistenza venga invocato per evitare il trasferimento (Cass. 9.07. 12 n. 9201), tanto che venga invocato per ottenere il trasferimento (Cass. n. 16298/ 2015, ove il dato interpretativo letterale viene rafforzato con la comparazione con il successivo comma 6, che regola la fattispecie della persona in situazione di handicap che chiede lo spostamento di sede, alla quale non viene posta alcuna preclusione e si consente il trasferimento, senza distinguere se la situazione soggettiva sia intervenuta prima dell'instaurazione o in costanza del rapporto di lavoro) ” (Cass. n. 585/2016).

Comunque si intenda la procedura di mobilità straordinaria cui ha preso parte anche l'appellante (nell'alternativa fra parte integrante delle formalità del reclutamento nei termini previsti dall'art. 1 commi 96 e seguenti della L. 107/2015, o trasferimento dalla sede originariamente e provvisoriamente assegnata all'atto dell'assunzione. avvenuta appunto nel corso del piano di assunzioni straordinario previsto dai commi appena citati dell'art. 1 L. 107/2015), è indubbio che nella specie si applichi l'art. 33.

Ed, a maggior ragione, si impone una simile conclusione quanto all'art 601 del D. Lgs. 297/1994, che alla stessa disciplina legale della mobilità fa espresso riferimento.

La presente motivazione parte dall'affermazione che nella materia in esame è decisiva la Direttiva 78/2000, che “stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro” (pacificamente applicabile al rapporto di impiego pubblico, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 3), il cui art. 5 si occupa anche

della disabilità, essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno.

E' certo, infatti, che le garanzie del diritto dell'Unione per il lavoratore disabile si applichino anche ai casi di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie l'handicap), ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziato in ragione della sua relazione con il portatore del fattore (come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accedere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile, che è ciò che qui specificamente interessa).

E tale condizione rientra sicuramente nell'ambito di applicazione delle tutele antidiscriminatorie, come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE, 17 luglio 2008, C-303/06 Coleman secondo cui << il divieto di discriminazione diretta [...] non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è

Causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta >>.

Ciò detto. la direttiva delinea una nozione di handicap (disabilità) propria del diritto dell'Unione, ricostruibile cioè solo dalla fonte sovranazionale (nella sua complessità e quindi dalla direttiva e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia) e non dal diritto interno, come ha affermato la stessa Corte di Giustizia a partire dalla sentenza 11 luglio 2006, nella causa C 13/05, Chacon Navas — che contiene una prima enunciazione della nozione di “handicap” ai fini dell'applicazione della direttiva.

Una definizione ulteriormente argomentata dalla Corte dopo la ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCPRD) del

2006, il cui art. 1, comma 2 definisce disabili coloro che “hanno minorazioni fisiche, mentali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri”.

In esito alla ratifica della Convenzione e richiamandone il contenuto, infatti la Corte di Giustizia, nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011, ha affermato che la nozione di «handicap» debba essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori. Inoltre, dall’art. 1, secondo comma, della Convenzione dell’ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali debbano essere <<durature>>”.

E ancora, secondo il Giudice dell’Unione la stessa nozione “dev’essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un’impossibilità di esercitare un’attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività” (così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C- 354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata), e senza che rilevi l’origine dell’handicap, così che “se una malattia curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di <<handicap>> ai sensi della direttiva 2000/78 (così Corte di Giustizia, 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C337/11).

Quanto al carattere “duraturo” di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l’importanza accordata dal legislatore dell’Unione alle misure destinare ad adattare il posto di lavoro in funzione dell’handicap dimostra che esso ha inteso disciplinare ipotesi in cui la partecipazione alla

vita professionale è ostacolata per lungo periodo (sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1° dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punto 54).

Così definita la nozione di disabilità, l'art. 5 della direttiva dispone poi che “per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato...”.

E ancora il ventesimo considerando della direttiva impone ai datori di lavoro l'introduzione di “misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento”, mentre il ventunesimo considerando chiarisce che “per determinare le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”.

L'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e su ricorso della Commissione Europea, la Corte di Giustizia ha accertato la relativa violazione con la sentenza 4 luglio 2013, Commissione/ Repubblica Italiana.

Quindi, con il D.L. n. 76 / 2013, convertito nella L. n. 99 / 2013, il legislatore nazionale ha inserito nell'art.3 D. Lgvo n. 216/2003 il comma 3 bis, secondo il quale “Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con

disabilità, ratificata ai sensi della L. 3 marzo 2009, n.18, nei luoghi di lavoro. per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente”.

In conclusione, si impone di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte super-primaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adattare, nei limiti di “sforzo non sproporzionato”, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile, nonché a chi lo assista. di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.

Il principio è stato ribadito nella recente sentenza Cass. Sez. Lav. n. 6497/2021, la quale (in materia di licenziamento intimato a) lavoratore disabile) ha ripercorso il medesimo quadro normativo composto dal decreto legislativo n. 216 del 2003 che, adottato in attuazione della direttiva 78 del 2000, ha introdotto il principio di parità di trattamento senza distinzione handicap in favore dei lavoratori con disabilità (parità che per i motivi già detti. si estende altresì ai lavoratori che prestano assistenza a familiari con disabilità), e dal decreto legge n. 76 del 2013, convertito in legge n. 99 del 2013, che ha aggiunto l'obbligo dei datori di adottare accomodamenti ragionevoli per garantire la piena uguaglianza dei lavoratori anche in condizioni di disabilità (uguaglianza che, per gli stessi motivi si estende altresì ai lavoratori che prestano assistenza a familiari con disabilità).

In conclusione, secondo Cass. n. 6497/2021, così ricostruito il quadro, era decisivo affermare che, per garantire la parità di trattamento dei lavoratori in tema di disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati devono adottare adattamenti organizzativi ragionevoli secondo un'interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 78 del 2000 (Cass. n. 6798/2018, n. 13649/2019), evitando oneri organizzativi

eccessivi da valutarsi in relazione alle peculiarità l'organizzazione ed alle relative risorse finanziarie, nell'ambito della generale esigenza di mantenimento degli equilibri finanziari (Cass. n. 27243/2018, n. 6678/2019, n. 18556/2019). I diritti del disabile e del care giver devono essere garantiti senza pregiudicare oltre il limite di ragionevolezza posizioni di diritto soggettivo ed interessi di terzi.

Infine, secondo l'art 2 della Convenzione di New York del 2006, si considera accomodamento ragionevole la modifica e l'adattamento necessario ed appropriato, che non imponga un carico sproporzionato ed eccessivo, profili questi ultimi da valutare sia rispetto alla complessiva organizzazione datoriale sia rispetto agli altri lavoratori (Cass. 34132/2019).

Ora, secondo il Collegio, dalla possibilità concreta di assistere il proprio familiare disabile dipende l'effettiva possibilità per il lavoratore care giver di continuare a svolgere la propria prestazione in condizioni di parità, senza essere posto di fronte all'alternativa tra rinunciare al rapporto di lavoro (svolto con modalità incompatibili con l'assistenza) o all'assistenza al proprio familiare (inconciliabile con condizioni di tempo e luogo della prestazione lavorativa).

Ne deriva che, poiché l'art. 33 della L. 104/1992 disciplina una condizione decisiva per la compatibilità effettiva tra lavoro e assistenza (luogo di esecuzione della prestazione lavorativa), l'inciso normativo "ove possibile", a proposito della possibilità per il lavoratore che assista il familiare disabile di scegliere la sede di lavoro - anche in via di interpretazione conforme - deve necessariamente leggersi come coincidente con la nozione di "onere sproporzionato" di cui alla direttiva. Quindi, il limite al diritto del lavoratore che presta assistenza di scegliere la sede di lavoro più idonea a consentirgli lo svolgimento dell'attività di assistenza non potrà identificarsi con un qualunque, confliggente interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico o privato, ma con un interesse particolarmente qualificato, tale che al pretermetterlo segua appunto uno sforzo sproporzionato.

Applicati tali principi al caso in esame, è pacifico che vi sia una situazione di handicap del padre dell'appellante e che essa svolga assistente come referente unico (elemento non in contestazione).

Quindi, il caso in esame rientra sicuramente nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, con ogni conseguenza quanto all'obbligo di interpretazione conforme da parte di questa Corte.

Ciò detto, deve allora valutarsi se la norma collettiva sia o meno compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dall'art 33, a sua volta inteso in termini di "onere sproporzionato" per l'amministrazione, laddove vincola l'amministrazione ad assicurare ai lavoratori che assistano genitori disabili nella scelta della sede di lavoro nell'ambito di una procedura di mobilità, non un diritto di precedenza rispetto ad altri candidati che tale assistenza non svolgano, ma solo un punteggio aggiuntivo.

Va ribadito che nel caso in esame si discute di trasferimenti a domanda, destinati alla copertura di posti già ritenuti dall'amministrazione vacanti e disponibili, e che quindi si tratta solo di individuare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro.

Secondo il Collegio, per l'amministrazione non sarebbe "onere sproporzionato" assegnare tali posti (già destinati a essere coperti), con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili, senza distinzione quanto alla relazione familiare con l'assistito, rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione- Al contrario, proprio l'assegnazione dei lavoratori care givers a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza finirebbe per limitare l'utilizzo da parte degli stessi lavoratori di altri istituti contrattuali (ad esempio il congedo parentale ex art. 45 del D. Lgvo n.151/2001) non privi di conseguenze, sul piano organizzativo, per l'amministrazione scolastica.

Peraltro il Ministero, sul punto, non ha fornito alcuna allegazione e prova in ordine all'esistenza di tale "onere sproporzionato".

Quanto poi alla posizione degli altri docenti interessati al trasferimento, deve certo ammettersi un potere-dovere dell'amministrazione di stabilire,

o meglio di convenire in sede collettiva, criteri di precedenza tra più candidati tutti portatori del fattore di protezione (così ad esempio ritenendo prioritaria la posizione dei lavoratori disabili rispetto a chi presta assistenza a familiari, o stabilendo priorità tra questi ultimi, per esempio privilegiando i genitori di minori disabili rispetto ai figli di genitori disabili).

Ora, quanto ai lavoratori non portatori del fattore di protezione, che sarebbero obiettivamente svantaggiati dal diritto di precedenza attribuito a tutti i colleghi che assistono familiari disabili, in quanto tale precedenza varrebbe a superare eventuali punteggi più elevati, ritiene il Collegio che già astrattamente il riconoscimento di una simile precedenza non potrebbe porre alcun problema di disparità di trattamento.

Anzi, proprio il diritto di precedenza varrebbe a superare la disparità di fatto costituita certamente dalla titolarità, per via di associazione, in capo ai care givers, del fattore di protezione disabilità.

Del resto, nell'ambito delle procedure di mobilità qui in esame, né la legge né la contrattazione collettiva attribuiscono al punteggio un rilievo esclusivo e determinante, costruendo piuttosto la procedura anche intorno alle preferenze espresse dai docenti per le varie sedi.

In conclusione, riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare coperture dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità, l'attribuzione di un diritto di precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 104/1992 non determinerebbe alcun "onere sproporzionato".

Il pregiudizio che tale precedenza potrebbe provocare alle posizioni di colleghi che non svolgano tale assistenza, non potrebbe ritenersi antigiusuridico, sia perché nell'ordinamento scolastico come disegnato dalla disciplina legale e convenzionale il punteggio non rappresenta in sé un fattore preferenziale esclusivo nell'attribuzione delle sedi di servizio, sia perché la precedenza rappresenta appunto lo strumento per assicurare

l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori care givers senza comportare un onere sproporzionato.

Giurisprudenza di legittimità

Il Collegio è consapevole del contrasto fra la presente decisione e Cass. Sez. Lav. m 585/2016 (peraltro riferita a norme collettive diverse da quelle qui in esame) nonché Cass. Lav. n. 4677/2021 e da ultimo Lav. n. 35105/2022 (riferite invece alle stesse norme collettive, riguardando analoghi casi di docenti del Ministero dell'Istruzione che, in contrasto con la disciplina collettiva, rivendicano la precedenza ex art. 33 in quanto persone che assistono ascendenti in condizione di handicap grave).

Pur a fronte di tali recenti contrarie affermazioni di legittimità, il motivo per cui il Collegio qui ribadisce la propria decisione consiste, fondamentalmente, nel fatto che nessuna delle pronunce ora richiamate abbia in alcun modo affrontato la questione dell'interpretazione conforme dell'art. 33 L. 104/1992 alla luce del diritto dell'Unione Europea, limitandosi piuttosto ad argomentare la legittimità della disciplina collettiva rispetto a quella legale nazionale, con particolare riferimento al fatto che il riconoscimento selettivo della precedenza (in favore di chi assiste figli e coniuge, piuttosto che favore di chi assiste i genitori) soddisferebbe l'esigenza basilare della pubblica amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e nel contempo rappresenterebbe un corretto bilanciamento degli interessi tra la stessa pubblica amministrazione e il dipendente care giver.

In altri termini, secondo il Collegio, i precedenti di legittimità non forniscono ancora una risposta adeguata alla fondamentale questione relativa alla (dis)parità di trattamento del docente che assiste un ascendente condizione di handicap grave rispetto al docente che non sia care giver di alcun

familiare. Profilo che, con riferimento ai principi sovranazionali, impone di ritenere la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art. 3, delle disposizioni del CCNI mobilità di interesse, che attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che assistano ascendenti disabili solo un punteggio aggiuntivo e non diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.

§ § §

Sulla mancanza di esigenze organizzative, produttive, economiche e/o di tutela degli interessi collettivi connessi alla buona amministrazione e precedenti rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali posti alla base della L. 104/92 – sulla violazione dell'onere della prova.

In ordine a tali aspetti si richiama quanto dedotto dal Tribunale nella fase cautelare nonché quanto dedotto in atti e alle ulteriori sentenze allegate, ivi compresa la sentenza della Corte di Appello di Firenze che ha ritenuto lesiva per l'amministrazione il dover esitare annualmente le istanze di assegnazione provvisoria o di congedo parentale piuttosto che disporre il trasferimento dei docenti *care givers* di genitori disabili.

§ § §

Sulle altre pronunzie recenti in ordine alla illegittimità della contrattazione di mobilità

Il Consiglio di Stato sez. VII - 16/11/2022, n. 10066 che ha risolto il contrasto giurisprudenziale effettuando una valutazione esegetico – interpretativa delle questioni in esame e norme di riferimento *“Con l'unico motivo di appello, l'appellante (MIUR) deduce il "Travisamento dei fatti; violazione e/o falsa applicazione dell'O.M. n. 207/2018; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33 della L. n. 104/1992; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 del CCNI per la mobilità per la mobilità del personale scolastico dell'11 aprile 2017”.*

L'appellante sostiene che non verrebbe in rilievo la lesione del diritto paventato dalla ricorrente ad opera dell'O.M. n. 2017/2018.

Essa, piuttosto, dovrebbe essere ricondotta all'art. 13 commi 5 e 7 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo (d'ora in avanti anche solo "CCNI") per la mobilità del personale docente, stipulato in data 11 aprile 2017, di cui l'O.M. si limita recepire il contenuto e a disciplinare le modalità di applicazione ... È incontestato che il provvedimento impugnato in primo grado sia un atto di macroorganizzazione che disciplina le modalità di applicazione della disciplina recata dal Contratto Collettivo Nazionale Integrativo per la mobilità del personale docente, stipulato in data 11 aprile 2017.

Ciò posto, si tratta di stabilire se la posizione deteriore riconosciuta al discendente (rispetto all'ascendente) di soggetto portatore di disabilità sia o meno conforme al parametro normativo rappresentato dal citato art. 33 della legge n. 104 del 1992.

In punto di fatto, ciò che caratterizza la fattispecie in esame è il dato, dedotto in primo grado dall'odierna appellata, per cui essa è "l'unico parente in grado di assistere continuativamente ed esclusivamente la madre signora Lombardi, portatrice di grave handicap ex art. 3, l. n. 104/92, che necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. Peraltro, la genitrice non è ricoverata a tempo pieno presso istituti specializzati ed è convivente con l'odierna ricorrente" (così la sentenza gravata).

Si versa pertanto nella condizione indicata dai commi 3 e 5 del citato art. 33 della legge n. 104 del 1992 (nel testo vigente ratione temporis all'atto dell'adozione del provvedimento impugnato in primo grado): che non opera una graduazione fra parenti ed affini, purché nell'ambito delle tipologie indicate ("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").

Correttamente, pertanto, il T.A.R. ha individuato la ratio delle citate disposizioni nella "tutela del soggetto portatore di grave handicap, il quale merita di essere protetto e garantito nell'ausilio e nel supporto assistenziali promananti dalla cerchia familiare, tanto laddove ad essere in grado ed in condizioni di prestare siffatte forme di protezione ed ausilio è un ascendente, tanto laddove l'unico componente della famiglia sia un discendente in linea retta".

Il diritto sancito dalla norma in questione è infatti conformato dai relativi provvedimenti applicativi (di natura organizzativa): la legittimità dei quali passa per una verifica di conformità di essi rispetto al parametro normativo il cui connotato funzionale è quello appena indicato.

6. Non può pertanto ritenersi, con l'appellante, che la disciplina recata dal provvedimento impugnato in primo grado sia, nel caso di specie, conforme alla (ed assicuri le tutele previste dalla) disposizione primaria in esame.

Sul piano del contemperamento con le esigenze del datore di lavoro, che rilevano nel senso di accordare la preferenza "ove possibile", va anzitutto osservato che l'ordinanza della Corte costituzionale n. 325/1996 non ha riguardato tale aspetto, ma il diverso profilo della "distinzione irrazionale fra il caso in cui il disabile riceva già assistenza e quello – che sarebbe altrettanto meritevole di considerazione - in cui il bisogno si palesi nella sua entità quando il lavoratore non sia di fatto convivente e voglia pertanto essere trasferito per adempiere quanto ritiene doveroso, e indispensabile".

In secondo luogo, deve osservarsi che in relazione a tale giudizio il provvedimento impugnato in primo grado pone una generale ed astratta statuizione di "impossibilità" per via categoriale, riferita ai discendenti: tale previsione non realizza un effettivo contemperamento fra l'interesse del disabile all'assistenza e l'interesse dell'amministrazione al buon andamento dei suoi uffici, ma rende sempre e comunque recessivo il primo tutte le volte che esso si manifesti attraverso la presenza del figlio (o dei figli).

Una simile previsione non appare conforme al più volte richiamato parametro normativo, perché lungi dall'operare un ragionevole bilanciamento sacrifica a priori posizioni d'interesse tutelate dalla norma senza un reale ed effettivo vaglio delle stesse, ma anche senza un'altrettanto reale ed effettiva cura dell'interesse all'organizzazione degli uffici.

Trattandosi di garantire l'effettività del diritto del disabile, siffatta interpretazione dell'amministrazione, in via generale, si pone quanto meno al di fuori da una prospettiva adeguatrice, perché - a tacer d'altro - equipara situazioni diseguali.

Al contrario, l'esegesi della norma primaria posta a fondamento della sentenza gravata offre l'unica, possibile interpretazione, in una fattispecie quale quella dedotta nel presente giudizio, che non si ponga in contrasto con il parametro costituzionale.

Va infatti osservato che, come ricordato dalla sentenza di questo Consiglio di Stato n. 2828/2022, "Sul piano teleologico, sia il trasferimento presso la sede di lavoro più vicina, sia il divieto di ulteriore trasferimento senza il consenso, sono istituti volti alla tutela esclusiva del disabile, in quanto funzionali a garantirne la continuità assistenziale, e non del lavoratore allo svolgimento di determinate mansioni o alla prestazione del servizio presso una sede piuttosto che un'altra".

Ne consegue che il bilanciamento indicato dalla norma va operato fra esigenze del disabile (e non del dipendente che lo assiste), ed esigenze dell'ufficio.

L'esclusione, in sede di applicazione della norma, di una intera categoria di soggetti priva i disabili che da costoro sono assistiti del diritto riconosciuto dalla norma: senza peraltro che tale sacrificio corrisponda ad una effettiva cura dell'interesse pubblico antagonista."

§ § §

E. Sul diritto del docente ad ottenere il trasferimento nella Provincia di Messina - Domanda riconvenzionale

Come sopra dedotto, il Giudice del lavoro, sulla base del ragionamento logico – giuridico effettuato nella ordinanza di conferma del 27.03.2024, ha accolto la domanda svolta dal docente in via d’urgenza ed il Ministero, in esecuzione della predetta pronunzia vi ha dato esecuzione con nota prot.11308 del 22.08.2024, che si allega e richiama (all.6)

L’Amministrazione scolastica incaricata – USP – AT di Messina, con il decreto prot.11308 del 22.08.2024, ha così provveduto “*Vista l’Ordinanza cautelare del 27/03/2024 - RG n. 1130/2023 del Tribunale di Patti- Sezione Lavoro- che conferma integralmente il provvedimento del 11/04/2023; Vista la domanda di mobilità del docente Botta Alessio relativa alla procedura di mobilità per l’a.s. 2023/24, con particolare riferimento alle preferenze espresse; Visto il decreto di questo ufficio, prot.n. 11783 del 24/05/2023, con il quale sono stati pubblicati i trasferimenti ed i passaggi del personale docente di ruolo della scuola primaria per l’anno scolastico 2023/24 e successive modifiche o integrazioni; ... **Accertato che il docente Botta Alessio beneficiando della precedenza prevista da CCNI riconosciuta dal suindicato provvedimento giurisdizionale avrebbe ottenuto il trasferimento nella provincia di Messina nell’a.s. 2023/24 ... DECRETA Per quanto in premessa, in esecuzione dell’Ordinanza citata nella parte motiva, il docente Botta Alessio n. il 01/03/1978 – titolare di scuola primaria presso MIEE8BR01N – PRIMARIA ITALO CALVINO, posto comune, è assegnato in via provvisoria per l’a.s. 2024/25 presso l’IC di Capo d’Orlando, scuola primaria, posto comune.***

Tale provvedimento ha **natura confessoria** in ordine all’accertamento del diritto al trasferimento del docente in provincia di Messina, così come richiesto in domanda di mobilità e nel giudizio cautelare, con ogni conseguenza di legge ed in ordine al quale viene svolta in questa sede domanda riconvenzionale rivolta all’ottenimento del trasferimento richiesto, anche sulla base della natura confessoria della dichiarazione dell’amministrazione scolastica.

§ § §

F. Domanda riconvenzionale ed eccezione di inamovibilità del docente BOTTA sulla base della Circolare Ministeriale n. 220 del 2000 e Decreto Legge n. 240 del 28 agosto 2000 e dell'articolo 445 comma 12 del Decreto Legislativo 297 del 1994.

Il D.M. n. 220/2000, in relazione al Decreto Legge n. 240 del 28 agosto 2000, ha richiamato l'attenzione sul divieto posto della normativa vigente allo spostamento del personale docente dopo il 20° giorno dall'inizio dell'attività didattica.

Il divieto di spostamento è previsto anche per il personale docente destinatario delle procedure di assunzione a tempo indeterminato quando esso si trovi già in servizio sia con contratto a tempo indeterminato e per lo stesso tipo di posto o altro tipo di posto nella stessa provincia, sia con contratto di durata annuale o sino al termine dell'attività didattiche quando il trattamento economico è intero.

Detta normativa disciplina e tutela la cosiddetta "continuità didattica" e prevede che una volta che il Dirigente abbia assegnato i docenti alle classi (fatti salvi casi eccezionali di supplenze brevi o di supplenza che possono essere interrotte per la nuova nomina dell'avente diritto) per quel docente che svolge la sua attività nelle classi per almeno 20 giorni, vi è l'obbligo di restare nel posto di assegnazione.

In buona sostanza dopo il 20° giorno i docenti di ruolo, quelli utilizzati o in assegnazione provvisoria, quelli in assegnazione provvisoria, quelli con supplenza annuale fino al 31 agosto, o fino al 30 giugno, non potranno essere spostati in altra sede o in altre classi.

Si tratta di una norma volta tutelare la continuità didattica per gli studenti. Tale norma è stata inserita nel Decreto Legislativo 297 del 1994 all'articolo 455 comma 12, in cui è scritto: *"è fatto divieto di spostare personale titolare nella dotazione organica aggiunto, dopo il 20° giorno dell'inizio delle lezioni, dalla sede in cui è stato assegnato"*.

La circolare 220 del 2000 ha specificato nel dettaglio come applicare le norme sulla cosiddetta tutela della continuità didattica.

Il docente è in servizio presso la scuola I.C. di Capo d'Orlando ove attualmente insegna dall'1.09.2024, senza soluzione di continuità.

A decorrere dal 20° giorno dal primo settembre 2024 il docente BOTTA ha maturato la continuità dei 20 giorni dall'assunzione in servizio.

§ § §

Sulla richiesta di condanna alle spese di lite

Il Ministero, in accoglimento delle domande svolte in ricorso, ha chiesto la condanna del docente alle spese di lite della fase cautelare e di merito.

In relazione alla fase cautelare il deducente rileva che trattandosi di ricorso ex art. 700 cpc *ante causam* le spese sono state correttamente liquidate secondo i parametri vigenti e del consolidato orientamento del Tribunale.

Avverso tale statuizione controparte avrebbe dovuto proporre reclamo ex art. 669 *terdecies* cpc ed in mancanza di tale impugnazione tale statuizione è divenuta definitiva, come per legge, in quanto giudizio autonomo *ante causam*.

Parimenti infondata è la richiesta di condanna alle spese del presente giudizio che devono essere liquidate nei confronti del docente, con distrazione nei confronti del procuratore antistatario, attesa la fondatezza delle relative domande, anche in via riconvenzionale.

In ogni caso, il deducente, nella denegata ipotesi di accoglimento delle avversarie domande chiede la compensazione delle spese atteso il contrasto giurisprudenziale e le pronunzie cautelari di accoglimento.

§ § §

Tutto quanto sopra premesso e ritenuto, il docente Alessio BOTTA, ut *supra* rappresentato, domiciliato e difeso, chiede, alla luce della domanda riconvenzionale svolta, ai sensi dell'art. 418 cpc, la fissazione della udienza di discussione in data successiva a quella stabilita nel decreto steso in calce al ricorso introduttivo e quindi fissare la nuova udienza nel rispetto dei termini stabiliti dall'art. 418, commi 2, 3 e 4 cpc, affinché l'Ecc.mo Tribunale adito – Giudice del Lavoro, *contrariis reiectis*, Voglia accogliere, anche in via d'eccezione e riconvenzionale, le seguenti domande e

Conclusioni

1. Rigettare integralmente il ricorso avversario perché inammissibile, improcedibile, infondato in fatto ed in diritto per tutti i motivi di cui al presente atto e per l'effetto confermare l'ordinanza di accoglimento totale del 27.03.2024, del Tribunale di Patti, sez. lavoro, emessa nel procedimento RG 1130/23 R.G., nonché per ogni ulteriore motivo sarà ritenuto di giustizia, in fatto ed in diritto ai fini del chiesto rigetto;
2. **In ogni caso e in via riconvenzionale**, Accertare, ritenere e dichiarare il diritto del docente BOTTA a partecipare alle operazioni di mobilità per i posti comuni della scuola primaria per l'a. s. 2023/24, 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 genitore disabile grave (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 nel presente atto;
3. **In via subordinata, in via riconvenzionale ed in ogni caso**, senza recesso dalle superiori domande, disporre il trasferimento definitivo del docente BOTTA nel posto comune dalla scuola primaria, 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 genitore con handicap grave (art.3 co.3 L.104/92) da assistere, ovvero più vicino possibile al Comune di Mirto (Me), ordinando al Ministero 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, dei titoli e della specializzazione - abilitazione 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 L.104/92 e con la disapplicazione di ogni altro vincolo o limitazione, così come per legge;
4. **In via riconvenzionale**, accertare, ritenere e dichiarare il diritto del deducente a mantenere la sede attuale presso la scuola l'IC di Capo d'Orlando, scuola primaria, anche in sovrannumero, disponendo quanto altro per legge.

5. **Sempre in via d'eccezione e riconvenzionale**, accertare, ritenere e dichiarare la "inamovibilità" del docente sulla base della Circolare 220/2000 e del D.L. 240/2000 e dell'art.445 c.12 del D.L. 297/94 e che lo stesso ha diritto al mantenimento della attuale sede per continuità didattica, adottando ogni provvedimento di legge;

6. Condannare controparte al pagamento delle spese, compensi, 15% spese generali, IVA, CPA ed accessori di legge del doppio grado di giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario con la maggiorazione del 30% ex DM 55/2014 per l'uso di tecnologie informatiche – collegamenti ipertestuali nella redazione del presente atto e nella denegata ipotesi di rigetto, atteso il contrasto giurisprudenziale, disporne la compensazione, così come dedotto nel presente atto.

§ § §

L'Avv. Massimiliano FABIO dichiara che il valore della controversia è indeterminabile, di avere svolto domanda riconvenzionale, che il proprio C.F. è FBA MSM 70D28 F158V e di eleggere domicilio digitale alla PEC massimilianofabio@pec.giuffre.it

L'Avv. Massimiliano FABIO deposita i seguenti atti e documenti:

- 1) Procura alle liti;
- 2) ordinanza del 27.03.2024 proc. 1130/23 RG
- 3) Sentenza Corte di Appello di Firenze
- 4) Sentenza Tribunale di Vibo Valentia;
- 5) Sentenza Consiglio di Stato;
- 6) Decreto esecuzione ordinanza.
- 7) Fascicolo proc. 1130/23 RG

Sant'Agata di Militello, 21.11.2024

Avv. Massimiliano FABIO

**ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DI
NOTIFICA EX ART. 151 C.P.C.**

PREMESSO

La comparsa di costituzione e risposta con domanda riconvenzionale che precede;

RITENUTO

- 1) Che, nel procedimento possono ritenersi contro interessati gli ulteriori docenti indicati nelle graduatorie – elenchi adottati dal MIUR (oggi M.I.M.) e dai relativi uffici;
- 2) Che, la notifica ai controinteressati può essere effettuata esclusivamente ai sensi dell'art.151 c.p.c., come già evidenziato nell'istanza in calce al Ricorso ex art. 700 cpc in atti di cui il presente procedimento rappresenta la fase di merito azionata dal M.I.M.;
- 3) Che, nella fase cautelare il Tribunale ha disposto la notifica ex art. 151 cpc mediante pubblicazione sul sito del ministero;
- 4) Che, il Tribunale di Roma così come altri Tribunali, in ordine alla pubblicazione per pubblici proclami di Ricorsi ordinari al Giudice del Lavoro, aventi medesimo oggetto ed un notevole numero di contro interessati, ha respinto la richiesta di pubblicazione per pubblici proclami in quanto "l'eventuale scorrimento di una sola posizione in graduatoria potrebbe non risultare pregiudizievole in concreto", come da decreti allegati;
- 5) Che, la suddetta notifica – notizia, in caso di autorizzazione, può essere garantita mediante pubblicazione integrale nel sito del MIUR, oggi MI e/o di ogni altro sito istituzionale se indicato nel provvedimento autorizzativo, di tutti gli atti di legge;

CHIEDO

di essere autorizzato alla notifica degli atti di legge ritenuti ed individuati, nei relativi termini e modi indicati, adottando all'uopo ogni eventuale ulteriore provvedimento, come per legge, e con espressa indicazione del Sito Istituzionale del MIUR (oggi M.I.) e/o di ogni altro sito istituzionale, se

indicato nel provvedimento autorizzativo, ai quali richiedere la pubblicazione degli atti.

Sant'Agata di Militello, 21.11.2024

Avv. Massimiliano FABIO