

N.R.G. 2840/2020



REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano
Il TRIBUNALE DI MESSINA
SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica, nella persona del magistrato ordinario Dott.ssa Aurora La Face, in funzione di Giudice del Lavoro, in esito all'udienza a trattazione scritta del 13.10.2020, ha emesso la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 2840/2020 R.G., avente ad oggetto: "mobilità docenti";

PROMOSSO DA

, rappresentato e difeso, giusta procura in atti, dall'avv. La Cava Vincenzo;

- RICORRENTE -

contro

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA –
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA – UFFICIO
SCOLASTICO PROVINCIALE DI MESSINA**, in persona dei rispettivi rappresentanti
legali pro tempore, rappresentanti e difesi ex art. 417-bis c.p.c., dal funzionario delegato
dott.ssa ;

- RESISTENTI -

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI PAVIA, in persona del legale
rappresentante pro tempore;



- RESISTENTE CONTUMACE -

E nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2020/2021, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2020/2021, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/021;

CONTROINTERESSATI CONTUMACI

MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 6.7.2020 [] proponeva ricorso ex art. 414 c.p.c. e contestuale istanza cautelare contro il provvedimento mediante il quale il Ministero dell'istruzione, non riconoscendo allo stesso il diritto di precedenza previsto dall'art. 33 comma 5 legge 104/1992 in favore del lavoratore che presta assistenza al familiare in condizione di handicap grave, rigettava la sua richiesta di trasferimento interprovinciale verso il comune di Messina, Spadafora, Taormina, Distretti 035,036, Milazzo, Barcellona P.G., Patti, Capo d'Orlando, Sant'Agata di Militello, o comunque verso una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato, che gli avrebbero consentito comunque di prestare assistenza continua al padre gravemente disabile.

Il ricorrente, docente di scuola secondaria di secondo grado titolare nel comune di Pavia, attualmente in servizio in assegnazione provvisoria presso l'I.C. [], in sede di domanda di mobilità interprovinciale per l'anno scolastico 2020-2021, al fine di ottenere il riconoscimento del predetto diritto, aveva inoltrato all'amministrazione resistente apposita istanza (doc. 3 e 3a) e allegato alla stessa documentazione attestante la condizione di handicap in situazione di gravità di cui all'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 in cui versa il padre, []

Chiedeva quindi il riconoscimento, nell'ambito della procedura di mobilità, della precedenza prevista dagli artt. 33 commi 3 e 5 della l.104/1992.

A fronte della predetta istanza, in sede di evasione delle domande di mobilità, il MIUR non riconosceva allo [] la precedenza richiesta, dando applicazione all'Ordinanza Ministeriale n.183/2020, attuativa a sua volta dell'art. 13 CCNI del 31/12/2018 (valevole per la mobilità 2019-2022), il quale non riconosceva la precedenza di cui all'art. 33 comma



5 legge 104/1992 al figlio unico referente del genitore disabile in situazione di gravità nell'ambito delle procedure di mobilità interprovinciale dei docenti.

Il ricorrente chiedeva quindi, previa disapplicazione dell'art. 13 punto IV del CCNI mobilità poiché in contrasto con quanto previsto dalla legge a tutela dei disabili, l'adozione dei provvedimenti consequenziali ed urgenti idonei a tutelare la posizione giuridica soggettiva dello stesso.

In data 4.8.2020 si è costituito il Miur – Ufficio Scolastico regionale per la Sicilia – Ufficio VIII- Ambito territoriale di Messina, chiedendo il rigetto del ricorso, perché infondato in fatto e in diritto.

L'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza del 7.8.2020.

Celebrata in data odierna udienza ex art. 83 comma 7 lett. h) d.l. n.18/2020, convertito in legge n. 27/2020, come modificato dall'art. 221 comma 4 d.l. 19 maggio 2020, convertito in legge n. 77/2020, in esito al deposito telematico di note scritte, la causa viene decisa.

Preliminarmente va dichiarata la contumacia dell'Ufficio Scolastico provinciale di Pavia, che nonostante regolare notificazione del ricorso introduttivo e del decreto di fissazione dell'udienza non ha curato di costituirsi.

Va altresì dichiarata la contumacia dei docenti controinteressati, non costituiti in giudizio nonostante il ricorso sia stato regolarmente notificato ex art. 151 c.p.c.

Ancora in via preliminare, non essendo emersi nel merito elementi tali da determinare il discostamento dalla decisione assunta in fase cautelare, il ricorso va accolto.

Si richiamano le motivazioni già espresse nell'ordinanza emessa in fase cautelare, che qui si riportano: “Il ricorso è fondato...l'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 riconosce al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste il familiare affetto da handicap in situazione di gravità, il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e dispone che lo stesso non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

La norma *de qua* è pacificamente applicabile alle procedure di mobilità del personale docente.

L'art. 601 del d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297 (T.U. sulla scuola) infatti fa un esplicito richiamo a questa norma stabilendo 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. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità*”.



Inoltre anche l'art. 1 c. 79 della legge 107/2015 prevede che *“A decorrere dall'anno scolastico 2016/2017, per la copertura dei posti dell'istituzione scolastica, il dirigente scolastico propone gli incarichi ai docenti di ruolo assegnati all'ambito territoriale di riferimento, prioritariamente sui posti comuni e di sostegno, vacanti e disponibili, al fine di garantire il regolare avvio delle lezioni, anche tenendo conto delle candidature presentate dai docenti medesimi e della precedenza nell'assegnazione della sede ai sensi degli articoli 21 e 33, comma 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104”*.

L'art. 13 del CCNI per la mobilità del personale docente 2019-2022, regola il sistema delle precedenzae nell'ambito dello svolgimento delle procedure di mobilità, stabilendo per ogni tipo di precedenza l'ambito di applicazione.

Va rilevato che dall'art. 13, punto IV, del CCNI 31 dicembre 2018 emerge che la preferenza ex art. 33, commi 5 e 7, della L. 104/92, viene riconosciuta al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità solo limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, alla presenza di determinate condizioni.

Tuttavia, l'art. 13 del CCNI, nella parte indicata, appare in contrasto con l'art. 33 della L. 104/1992, e va pertanto disapplicato, in quanto la disposizione di legge citata prevede il diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere in favore di ogni dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, con il solo limite derivante dall'inciso *“ove possibile”*.

La norma costituisce *lex specialis* a tutela del disabile e non può essere derogata da una normativa pattizia deputata a regolare una specifica procedura di mobilità quale quella del personale docente.

È quanto ampiamente sostenuto dalla giurisprudenza di merito, che in casi analoghi ha ritenuto fondate le censure mosse all'art. 13 del CCNI e dichiarato l'illegittimità delle stesse per contrasto con l'art.33 comma 5 della legge 104/1992 e con le disposizioni dell'ordinamento scolastico che fanno ad esse richiamo (cfr., ex multis, Trib. Messina, ord. n. 14819/2017; id., ord. 62/2017; id., ord. n. 24/2017; Trib. Lodi, ord. 1883/2017; Trib. Cagliari ord. n. 12060/2017; Trib. Brindisi, ord. n. 16314/2017).

In particolare si è affermato che:” *A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatore di handicap grave, che*



siano referenti unici per l'assistenza, non vi sono motivi per differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela. [...]Conseguentemente, l'art. 13 punto INT del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/17, nonché l'analoga disposizione prevista nel CCNI per la mobilità 2017/2018, nella parte in cui limitano ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, limitano in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione. Peraltro, tale limitazione risulta palesemente priva di razionale giustificazione, se si considera che il diritto di precedenza è invece pienamente riconosciuto ai genitori di figli disabili. Dunque, la disposizione contrattuale è altresì fonte di ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe (i genitori che devono assistere i figli disabili). Le disposizioni contrattuali per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2016/2017 appena richiamate appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate.” (Trib. Patti n.941/2018).

Si condivide altresì l'orientamento del Tribunale di Monza, che nella recente sentenza n. 209/2019 ha affermato: *“E' palese che l'art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall'art.33, co.3, L.104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all'esercente la tutela legale e “successivamente” al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all'interno della medesima provincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli, in quanto escludere la precedenza nella mobilità interprovinciale comporta un sacrificio delle esigenze di assistenza del disabile sicuramente più gravoso rispetto a quello che viene alleviato con il riconoscimento della precedenza nella mobilità provinciale; in questo modo, infatti, l'esercizio del diritto di precedenza nella scelta della sede più vicina al domicilio del disabile risulta frustrato proprio quando tale esigenza è particolarmente pressante in ragione della lontananza della sede di servizio del dipendente dal luogo in cui si realizza l'assistenza alla persona handicappata. Tale esigenza non risulta appagata, in ugual misura, dalla precedenza riconosciuta nelle operazioni di assegnazione provvisoria interprovinciale, attesa la temporaneità dell'istituto, in alcun modo assimilabile al trasferimento definitivo”.*



Dall'esame della documentazione prodotta da parte ricorrente risulta la disponibilità di posti nell'ambito territoriale di residenza dello [redacted], né d'altronde, l'amministrazione resistente ha contestato in maniera specifica tale documentazione, limitandosi ad affermare nella memoria di costituzione che l'unica docente che ha ottenuto il trasferimento interprovinciale per la scuola secondaria di secondo grado nella classe di concorso a021 è la docente [redacted] con punti [redacted].

Tuttavia dal bollettino allegato dalla stessa resistente si evince che l'unica docente ad avere ottenuto il trasferimento interprovinciale per la classe di concorso del ricorrente è la docente [redacted] la quale non è titolare di alcun diritto di precedenza, a differenza di quanto invece deve riconoscersi al ricorrente.

Come evidenziato dalle Sezioni Unite della Cassazione, sentenza n.7945/2008, *“il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettiva, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto”*.

Il ricorrente al fine di provare il proprio diritto ha prodotto certificato di stato di famiglia e di residenza dal quale risulta essere convivente con il padre gravemente disabile nel Comune di Messina e documentazione comprovante la circostanza per cui è l'unico referente dello stesso, atteso che la madre [redacted] risulta deceduta, il di lui fratello [redacted] risulta invalido, e l'altra sorella [redacted] vive a lavora ad [redacted].

Accertata quindi l'illegittimità della norma che esclude il diritto di precedenza del ricorrente nell'ambito delle procedure di mobilità del personale docente, accertato che tale diritto spettava allo stesso in relazione alla documentata qualità di figlio referente unico del padre gravemente disabile e accertato che sussistevano posti disponibili nell'ambito territoriale da esso richiesto, il ricorso va accolto.

Le spese di entrambe le fasi del giudizio vanno poste a carico delle Amministrazioni resistenti in solido tra loro e distratte in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.



definitivamente pronunciando in ordine alle domande proposte, con ricorso depositato il 6/7/2020, da contro Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico regionale per la Sicilia, Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e Ufficio scolastico provinciale di Pavia, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore;

disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa;

- ordina alle Amministrazioni scolastiche resistenti di riassegnare il ricorrente in altro ambito territoriale secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda, nel rispetto del diritto di precedenza di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/1992;

- condanna le Amministrazioni scolastiche resistenti, in solido tra loro, a rifondere al ricorrente le spese di entrambe le fasi del giudizio, che liquida nella complessiva somma di € 5.336,00 per compensi (di cui € 1.823,00 per la fase cautelare ed € 3.513,00 per la presente fase), oltre Iva, cpa e spese forfettarie al 15%, che distrae in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Manda alla cancelleria per quanto di sua competenza.

Così deciso in Messina, il 13.10.2020

Il Giudice del Lavoro
dott.ssa Aurora La Face

