

n. 1768/2021 R.G.



**TRIBUNALE DI PATTI**  
*Sezione Lavoro*

**Avv. Massimiliano Fabio**

*Patrocinante in Cassazione*

Via Sardegna, 1 – Complesso Agorà

Sant'Agata di Militello (ME)

Tel - Fax 0941701160

Cell. 3930701160

*massimilianofabio@pec.giuffre.it*

Il Tribunale di Patti, in persona del Giudice del Lavoro, dott. Fabio Licata,  
Nel procedimento iscritto al n. 1768/2021 R.G.;

Sulla domanda cautelare proposta ante causam, ex art. 700 c.p.c., da **OMISSIS**

**OMISSIS** 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](mailto:massimilianofabio@pec.giuffre.it), dal quale è rappresentato e difeso in virtù di delega allegata in atti,

Ricorrente

**co n t r o**

**Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca** (di seguito MIUR), in persona del Ministro pro tempore, CF 80185250588, con sede in Largo Trastevere n. 76/A – 00153 – ROMA, in persona del legale rappresentante pro tempore

Resistente

**ORDINANZA**

**OMISSIS,**

dopo aver premesso di essere, docente titolare nel posto normale della classe di concorso AC56 - STRUMENTO MUSICALE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO (CLARINETTO) presso **OMISSIS** presso il quale è stato assunto nell'a. s. 2019/20, attualmente in assegnazione provvisoria sino al 31.08.2021 **OMISSIS** ha esposto quanto segue:

**OMISSIS**

**OMISSIS**

**OMISSIS**

**OMISSIS**

**OMISSIS**

**OMISSIS**

**OMISSIS**

-----  
Tanto premesso, tenuto conto della peculiarità dell'oggetto della domanda, tendente a verificare la sussistenza del diritto a partecipare alle operazioni per la mobilità interprovinciale per l'a.s.

2021/2022, in ragione della precedenza per l'assistenza al **OMISSIS** disabile, nonché tenuto conto della richiesta di provvedimento inaudita altera parte, in considerazione dell'imminente chiusura delle operazioni, appare utile verificare preliminarmente l'ammissibilità della domanda e la 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 alla **OMISSIS** in condizioni di disabilità grave.

Ed infatti il ricorrente lamenta, anzitutto che, in ragione delle citate disposizioni contrattuali, trasfuse nell'ordinanza ministeriale riguardanti le operazioni di mobilità, deriverebbe a suo carico un pregiudizio – quello della permanenza del vincolo quinquennale connesso alla pregressa partecipazione ad operazioni di mobilità – ritenuto illegittimo per le ragioni esposte a sostegno del ricorso.

Dunque, il ricorrente agisce 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 comma 5 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 6 marzo 2019, 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 da un lato alla verifica dell'erronea applicazione del menzionato vincolo quinquennale e, dall'altro, alla verifica dell'illegittimità delle disposizioni contrattuali che limitano il riconoscimento del diritto di precedenza e, indirettamente, non consentono al ricorrente di partecipare alle operazioni di mobilità. 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 **OMISSIS** in stato di disabilità grave, con il correlativo pregiudizio

per il diritto del **OMISSIS** 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 **OMISSIS** a godere in maniera efficace dell'assistenza

del figlio, come pure un danno al diritto della **OMISSIS** a sviluppare la propria personalità nel proprio ambito familiare e residenziale.

Passando alla sussistenza del fumus boni iuris, va anzitutto premesso il quadro normativo da cui ha fonte il blocco contrattuale di cinque anni che l'amministrazione ritiene operativo anche nei confronti del ricorrente. Anzitutto, va rammentato che il **OMISSIS** è stato assunto nell'a. s. 2019/20, da

graduatorie di merito del concorso di cui al D.D.G. n. 85/2018, ai sensi dell'art.25 del CCNL del 29.11.2007 e dell'art.17 comma 2 lettera b) del D.Lgs 59/2017.

Premesso che il predetto docente ha superato l'anno di formazione e prova per l'insegnamento, come previsto dall'art.13 del D. Lgs. 59/2017, va rammentato che il terzo comma della medesima disposizione (nel testo modificato dalla l. 145/18) prevede che *"In caso di valutazione finale positiva, il docente è cancellato da ogni altra graduatoria, di merito, di istituto o a esaurimento, nella quale sia iscritto ed è confermato in ruolo presso l'istituzione scolastica ove ha svolto il periodo di prova. Il docente è tenuto a rimanere nella predetta istituzione scolastica, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni, salvo che in caso di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso."*

La mobilità 2021/22 è poi specificamente disciplinata dall'O.M. n. 106/21, che all'art. 1 co. 4 e 5 richiama i medesimi principi, prevedendo che:

*"4. Il personale docente di cui all'articolo 13, comma 3, del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59, immesso in ruolo antecedentemente all'anno scolastico 2020/21, è tenuto a rimanere presso l'istituzione scolastica di immissione in ruolo, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni dopo il percorso annuale di formazione iniziale e prova, salvo in caso di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso."*

*5. Ai sensi dell'articolo 1, comma 795, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, ai soggetti di cui all'articolo 17, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59, avviati al percorso triennale di formazione iniziale, tirocinio e inserimento nella funzione docente (FIT) nell'anno scolastico 2018/2019, continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 17, commi 5 e 6, del predetto decreto legislativo n. 59 del 2017, nel testo in vigore alla data del 31 dicembre Ministero dell'istruzione 5 2018, salva la possibilità di reiterare per una sola volta il percorso annuale ivi disciplinato e, in tal caso, si applica la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 2 del CCNI 2019."*

Dunque, risulta evidente la volontà del legislatore di garantire le posizioni di coloro che siano nelle condizioni previste dalla citata norma imperativa di garanzia che assicura al dipendente disabile o che assista un congiunto disabile il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio o a quello del congiunto da assistere.

In altri termini, il legislatore ha effettuato a monte il bilanciamento tra l'interesse dell'amministrazione ad una razionale gestione del personale ed alla continuità didattica e i diritti fondamentali tutelati dall'art. 33 l. 104/92, escludendo espressamente l'applicazione del vincolo quadriennale nei confronti di coloro a cui si applichino le norme di garanzia ivi previste, quantomeno limitatamente a fatti sopravvenuti al termine di presentazione delle domande per il concorso.

A prescindere da ogni considerazione sulla ragionevolezza di tale limitazione e sulla sua eventuale conformità ai principi costituzionali di uguaglianza e di tutela del diritto alla salute del disabile, occorre rilevare che la posizione soggettiva del ricorrente rientra certamente nell'ambito di operatività dell'esclusione.

Ed infatti, il contratto con cui il **OMISSIS** è stato immesso in ruolo è del 5.9.2019, mentre il suo genitore è stato riconosciuto in condizioni di disabilità grave con come da verbale dell'INPS del **OMISSIS**, non soggetto a revisione.

Di conseguenza, è certo che al momento della presentazione della domanda per il concorso di cui al DDG n. 85/2018 non fosse applicabile nei suoi confronti la disciplina di cui all'art. 33 l. 104/92.

Sul punto, peraltro, vale la pena di precisare che - secondo il tenore letterale della disposizione legislativa, pedissequamente ripresa dall'ordinanza ministeriale - l'esclusione dal vincolo di permanenza quadriennale è connesso soltanto al mero fatto dell'applicabilità nei confronti del docente del meccanismo di garanzia di cui all'art. 33 l. 104/92 e non del sistema delle precedenzae previsto dalle norme contrattuali che disciplinano la mobilità, recepite nella citata ordinanza ministeriale.

Ciò in quanto, il decreto legislativo si limita a richiamare espressamente soltanto il sistema generale di favore scaturente dall'applicabilità dell'art. 33 commi 5 e 6 l. 104/92, che garantisce il diritto del dipendente che deve assistere un disabile grave o di del dipendente in condizioni di disabilità grave ad essere assegnato, ove possibile, ad una sede più vicina al proprio domicilio o a quello del congiunto da assistere.

Si tratta, secondo la condivisibile interpretazione della giurisprudenza di merito e di legittimità, di una disposizione direttamente applicabile e fonte di un diritto soggettivo pieno, la cui concreta attuazione deve essere temperata con le esigenze organizzative del datore di lavoro.

E, come si è visto, nel caso specifico dell'applicabilità del vincolo di permanenza, tale valutazione è stata condotta a monte dallo stesso legislatore che ha garantito a tali soggetti la possibilità di partecipare alla mobilità ordinaria.

Cosa diversa è, invece, il sistema delle precedenzae che regola la procedura di mobilità e le modalità di attuazione del diritto garantito dalla legge, individuando limiti e modalità della possibilità di far valere tale diritto rispetto agli altri partecipanti alla procedura.

In definitiva, a prescindere dalla possibilità concreta o meno del ricorrente di far valere nelle procedura di mobilità una precedenza secondo le previsioni specifiche dell'articolo 13 del CCNI 2019/2022, applicabile nel caso in esame, il **OMISSIS** aveva comunque il diritto a partecipare alla procedura di mobilità per l'a.s. 2020/21.

In ogni caso, tale diritto alla partecipazione andava riconosciuto in ogni caso, atteso che va comunque riconosciuto al 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 2019/22, 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 o 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 **OMISSIS** “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).

L'interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l'istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della “persona handicappata”, né la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso “ove possibile” (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002).

Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso “ove possibile” richiede un

adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico -potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatore di handicap grave, che siano referenti unici per l'assistenza, non vi sono motivi per differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela.

E, a maggior ragione, nel caso in cui la parentela sia nel medesimo grado, come nel caso di specie. Conseguentemente, l'art. 13, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s 2019/22, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, limita 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).

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 quanto mai irrobustita nell'ottica della cura dei bisogni del disabile.

Ne deriva che la ricorrente avrebbe dovuto avere riconosciuto il diritto a far valere tale precedenza e ad inserirla nella relativa domanda di mobilità per l'a.s. 2019/20, senza la limitazione derivante dall'attuazione sequenziale delle tre fasi di mobilità previste dalle disposizioni del Ministero convenuto.

Peraltro, nel caso di specie, l'amministrazione ha concesso al ricorrente la preferenza relativa all'assistenza come referente unico di familiare disabile ai fini della concessione dell'assegnazione provvisoria, così implicitamente ammettendo tale sua qualità, che la legittima alla fruizione dei permessi ex legge n. 104/92.

Le anzidette disposizioni contrattuali dell'art. 13 CCNI cit. per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2019/2020 appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, con il riconoscimento del diritto del ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità ed a far valere la precedenza assoluta per l'assistenza al **OMISSIS** disabile, anche per le operazioni di mobilità interprovinciale ed a inserirla nella relativa domanda di mobilità per l'a.s. 2021/2022, nel rispetto del diritto di cui all'art. 33 co. 5 l. n. 104/92 e del punteggio conseguito.

Conseguentemente, così ritenuta la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora, va altresì accertata la sussistenza dei presupposti per l'emissione di un provvedimento inaudita altera parte, atteso che l'osservanza dei tempi tecnici per l'instaurazione del contraddittorio non consentirebbe alla ricorrente di partecipare alla mobilità in tempo utile prima della chiusura delle relative operazioni.

**p.q.m.**

Il Giudice del Lavoro, sul ricorso come sopra proposto da **OMISSIS** nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, così provvede:

- Accerta e dichiara il diritto del ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità della c.d.c. AC56 (Clarinetto) della scuola secondaria di I grado per l'a. s. 2021/22, 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 **OMISSIS** disabile, in tutte le fasi (I, II e III) di mobilità e annulla il provvedimento di esclusione del predetto dalle procedure di trasferimento, emesso dall'Ufficio XI

- A.T. di Trapani (**OMISSIS**);
- Ordina al MIUR 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 **OMISSIS**, onerando parte ricorrente di notificare copia del

ricorso introduttivo e del presente decreto alle controparti entro il **OMISSIS**.

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

Manda alla cancelleria per le comunicazioni di rito.

Patti, 27.5.2021.

Il G.L.

(Dott. Fabio Licata)