

**TRIBUNALE DEL LAVORO DI SAVONA**

**IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE**

Reclamo ex art. 669 – terdecies cpc (con richiesta di autorizzazione della notifica ai controinteressati ai sensi dell'art. 151 cpc)

della sig.ra SANTAGADA avv. Maria Vittoria, nata a Massafra (TA) il 15.6.1971 (C.F.: SNT MVT 71H55 F027H), residente a Milazzo (ME), Via Tommaso De Gregorio, s.n., domiciliata, ai fini delle comunicazioni e delle notificazioni, presso l'avv. Giovanni Marchese (fax 090/679645 - pec: [marchese.giov@pec.giuffre.it](mailto:marchese.giov@pec.giuffre.it)), che la rappresenta e difende per procura posta in calce al presente atto, con domicilio anche presso lo studio dell'avv. Daniela Rosano (fax 019827996 – pec: [daniela.rosano@ordineavvocatisv.it](mailto:daniela.rosano@ordineavvocatisv.it)), in Savona, Via Verzellino, 6/1, reclamante,

contro

il MIUR, in persona del Ministro pro tempore; l'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina, in persona del legale rappresentante; l'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, in persona del legale rappresentante; tutti domiciliati per legge presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova,

per la riforma

dell'ordinanza del 7.8.2020 (resa nel ricorso cautelare “ante causam” n. 367/2020 RG) con cui il Tribunale del Lavoro di Savona, in composizione monocratica, ha rigettato il ricorso ex art. 700 cpc “ante causam”; e, quindi,

per l'accoglimento

della domanda cautelare “ante causam”.

**FATTO**

Con ricorso ex art. 700 cpc, la prof.ssa Maria Vittoria Santagada, docente di posto comune, per la classe di concorso A046 (scienze giuridico – economiche), in servizio, con sede di titolarità presso l'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, ed assegnata all'Istituto Superiore “Mazzini - Da Vinci” di Savona, ha contestato le operazioni di mobilità relative al nuovo anno scolastico 2020/2021 per essere stato leso - non essendo stata accolta la sua domanda di trasferimento - il suo diritto soggettivo di precedenza



previsto dall'art. 21 della legge n. 5.2.1992 n.194, in combinato disposto con l'art.601 del D.Lgs n. 297/1994 (**in quanto portatrice di handicap in stato di gravità, per invalidità oltre i due terzi**), essendovi disponibili posti vacanti assegnati, in suo pregiudizio, a docenti privi di precedenza, tra cui, in particolare, un posto a Milazzo, dove risiede, dove risiede pure la sua famiglia, e dove, in particolare, è in cura, per la grave patologia inabilitante (di cui alle certificazioni attestanti il grado di invalidità superiore a due terzi, prodotte agli atti), da cui è affetta, per l'esattezza, *“pleuropericardite cronica recidivante ed insuff. cardiaca classe II/III nyha in soggetto con pregressa polmonite interstiziale e pregresso k-mammella sx”*, come attestato dal certificato medico del 30.6.2020, prodotto agli atti.

\* \* \*

Si richiama, qui di seguito, il ricorso introduttivo:

“...

premesso

che la prof.ssa Maria Vittoria Santagada è docente di posto comune, per la classe di concorso A046 (scienze giuridico – economiche), in servizio, con sede di titolarità presso l'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, ed assegnata all'Istituto Superiore “Mazzini - Da Vinci” di Savona;

che la ricorrente è portatrice di handicap (come riconosciuto dal verbale di visita medica presso l'Inps di Messina del 26.3.2018) e titolare del beneficio della precedenza assoluta “ex lege” 5.2.1992 n. 104 (art. 21, commi 1 e 2: *“1. La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi ... , assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. 2. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda.”*), come statuito dal decreto di omologa ex art. 445 bis, comma 5, cpc, del Giudice del Lavoro del Tribunale di Barcellona P.G. del 12.4.2019 con cui è le stata riconosciuta una invalidità superiore ai due terzi (82%) a far data dal mese di dicembre 2016;

che la deducente ha partecipato alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2020/2021, presentando presso la sede scolastica di titolarità la domanda di trasferimento interprovinciale, per la quale le sono stati riconosciuti punti 34 (+ 6 = 40, per il comune di ricongiungimento di Milazzo dove risiede), nella quale ha rappresentato (allegando la relativa documentazione) di essere titolare di precedenza assoluta “ex lege” n. 104/1992, e dove ha indicato, come sede di preferenza, nell'ordine, il Comune di Milazzo (e quindi tutte le scuole esistenti all'interno di esso), il Comune di Barcellona P.G. (e quindi tutte le scuole esistenti all'interno di esso), il Comune di Messina (e quindi tutte le scuole esistenti all'interno di esso), il Comune di Capo D'Orlando (e quindi tutte le



scuole esistenti all'interno di esso), la provincia di Messina (e quindi tutte le scuole esistenti all'interno di esse); ed altre sedi vicine;

che, nonostante il possesso di tale precedenza assoluta, con email del 29.6.2020, il MIUR ha comunicato alla prof.ssa Santagada che il movimento richiesto non era stato accolto, con la conseguenza che la stessa è rimasta nella sede di titolarità a Savona presso l'I.I.S.S. Mazzini – Da Vinci;

che la ricorrente ha presentato reclamo in data 9.7.2020, rappresentando l'erroneità del mancato accoglimento del trasferimento, nonostante fosse titolare di precedenza assoluta;

che il mancato accoglimento della domanda di trasferimento è, assolutamente, illegittimo dal momento che, per le operazioni di mobilità 2020/2021, vi erano posti disponibili, addirittura, nella sua città di residenza, a Milazzo, nella limitrofa Barcellona P.G., oltre che a Messina e a Capo D'Orlando, che sono stati assegnati a colleghi privi di tale precedenza assoluta, con la conseguenza che la ricorrente è rimasta titolare di una sede di lavoro situata ad una distanza di circa 1.200 km rispetto alla propria residenza, con gravissimo pregiudizio ed in violazione della normativa sopra richiamata;

che, infatti, come si evince dall'elenco dell'organico di diritto dell'USP di Messina, approvato con decreto del dirigente n. 9060 del 18.6.2020, risultavano disponibili per le operazioni di mobilità, per l'anno scolastico 2020/2021, posti A046 Scienze Giuridico Economiche, anche sul potenziamento a Messina e nella provincia;

che, in particolare, per quanto si evince dal bollettino dei trasferimenti dell'USP di Messina del 29.6.2019 (di cui si allega anche uno stralcio, relativo alla classe di concorso A 046), approvato con il decreto del dirigente n. 9641 del 29.6.2020, i posti indicati per la classe di concorso A046 – Scienze Giuridico Economiche, benchè richiesti con la domanda di trasferimento, risultano assegnati a docenti non titolari della precedenza assoluta "ex lege" n. 104/1992, in pregiudizio dei diritti della ricorrente;

che, in ordine alle operazioni di mobilità in oggetto relative all'a.s. 2020/2021, appare evidente la lesione del diritto soggettivo della ricorrente, perché il beneficio della precedenza della legge 104/1992 (art. 21) è assoluto e si applica a tutti i lavoratori portatori di handicap con grado di invalidità superiore a due terzi; per quanto anche, espressamente, confermato per i lavoratori della scuola (art. 601 D.Lgs n. 297/1994, commi 1 e 2: *"1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità."*) per i quali si parla, non a caso, di precedenza assoluta; ed, ovviamente, anche secondo i principi generali delle fonti, non può trovare limitazioni alcune né regolamentazione meno che mai da norme di natura contrattuale, come il CCNI sulla mobilità del 6.3.2019 (applicato dal MIUR nel caso di specie, con validità per gli anni 2019, 2020 e 2021), che, sul punto (art. 13), deve essere disapplicato; ma anche perché non può essere riconosciuto tale beneficio solo ai trasferimenti provinciali e non anche a quelli interprovinciali e/o, comunque, subordinando i secondi ai primi, perché in tal modo verrebbero violati, oltre alla legge 104/1992 ed al D.Lgs 297/1994 che la richiama,



anche i principi costituzionali di uguaglianza e di parità di trattamento, di diritto al lavoro, e diritto alla salute, oltre che in particolare l'art. 38 della Costituzione di cui la legge 104/1992 è diretta ed immediata applicazione;

che, quindi, il beneficio di cui si tratta costituisce una precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità (e **quindi sui posti dichiarati disponibili per tali operazioni**) non limitabile, nemmeno in parte, dalla contrattazione collettiva;

che, pertanto, alla luce dei fatti di causa e tenuto conto delle superiori considerazioni di diritto, deve ritenersi palese la lesione del diritto soggettivo della ricorrente e, quindi, l'illegittimità "in parte qua" del CCNI sulla mobilità del 6.3.2019 (tra cui l'art. 13 sul sistema delle precedenze), avente validità per gli anni 2019, 2020, 2021, come anche dell'O.M. n. 182 del 23.3.2020 (tra cui l'art. 9, comma 12, che richiama, sul punto, il citato CCNI sulla mobilità), che vanno disapplicati; applicandosi direttamente quanto previsto dall'art. 21, comma 1 e comma 2, della legge 104/1992, richiamata dall'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994;

che, a tal riguardo, sulla natura precettiva di tali norme e sulla natura assoluta del diritto di precedenza, si è pacificamente espressa la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., SS.UU., 27.3.2008 n. 7945) e quella di merito (per analogia, possono citarsi: la sentenza n. 1001 del 21.7.2020 del Tribunale di Messina; la sentenza n. 592/2019 del Tribunale di Messina; la sentenza n. 841 del 4.7.2018, del Tribunale di Patti; l'ordinanza ex art. 700 cpc del 2.9.2019 del Tribunale di Patti; l'ordinanza ex art. 700 cpc dell'1.8.2018 del Tribunale di Messina);

che, ad esempio, si può citare la sentenza del Tribunale del Lavoro di Messina n. 592/2019, applicabile anche al caso di specie (applicandosi la precedenza assoluta per entrambe le ipotesi previste dall'art. 21 e dall'art. 33 della legge n. 104/1992) dove si legge quanto segue: "... A riguardo le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. N. 7945 del 27.3.2008) hanno quindi affermato: "La posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma quinto del citato art. 33, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l'handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all'ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevole finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorché corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui



speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr. ordinanza Corte Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto anche modo di ricordare come esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992 ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ha anche aggiunto che essa incide sul settore sanitario ed assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a far superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992)". Deve quindi considerarsi che il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.p.c.. Ora, tenuto conto che l'art 33 c. 5 della legge 104/1992, accorda al " lavoratore di cui al comma 3 [il] 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", è possibile apprezzare la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell'articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009. Se è vero, poi, che l'art. 601 rinvia all'art. 33 e, quindi, anche alla locuzione "ove possibile", locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell'Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, è altresì vero che l'art. 601 nel secondo comma specifica che "le predette norme [cioè gli articoli 21 e 33] comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità". Il che indica cosa diversa dalla scelta, ove possibile, della sede di lavoro, perché l'art. 601 non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, circostanza del tutto neutra per la P.A. In altri termini, la "precedenza" nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost. Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni oggetto di censura non può non rilevarsi la nullità dell'art. 13 del CCNI nella parte in cui nega la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale al genitore che assiste un figlio affetto da handicap grave (accordandola invece alla persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile, criterio che appare estraneo a qualunque esigenza organizzativa della PA).";

che, peraltro, sotto il profilo processuale, appare opportuna l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i docenti della medesima classe di concorso della ricorrente A046 che hanno partecipato alle operazioni di mobilità 2020/2021 ed ottenuto il trasferimento, in particolare di quelli sprovvisti della precedenza assoluta "ex lege" 104/1992;



che, infatti, si osserva che, dal bollettino delle operazioni di mobilità dell'USP di Messina approvato con decreto dirigenziale n. 9641 del 29.6.2020, prodotto agli atti, risulta l'esistenza di posti relativi alla classe di concorso A046, disponibili ed utilizzati nelle operazioni di mobilità in questione, assegnati a docenti sprovvisti della precedenza assoluta "ex lege" 104/1992; in particolare, nel caso di specie, si tratta dei seguenti docenti: Di Blasi Tiziana (assegnata nel comune di Milazzo presso l'I.I. Leonardo Da Vinci, con punti 193,00); D'Arrigo Gabriella (assegnata nel comune di Barcellona P.G. presso l'ITT Copernico, con punti 68); Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all'Istituto Antonello, con punti 36,00); Ialacqua Daniele (assegnato nel comune di Messina, all'Istituto Caio Duilio, con punti 157,00); Anastasi Giovanna (assegnata nel comune di Capo D'Orlando, al Liceo Lucio Piccolo, con punti 32,00), in pregiudizio al diritto di scelta e di precedenza assoluta della sede in capo alla ricorrente;

che, ai fini della notifica ai controinteressati, si osserva che, anche per celerità ed economia processuale, mancando nel bollettino l'indicazione di residenza e gli altri dati identificativi, sussistono i presupposti per autorizzare la notifica ex art. 151 cpc (derogando dalle onerose formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Savona;

che sussistono i presupposti di cui all'art. 700 cpc;

che, infatti, oltre al "fumus boni iuris" del ricorso, per le ragioni di fatto e di diritto, sopra esposte, appare evidente il pregiudizio grave ed irreparabile;

che, invero, la ricorrente, pur avendo diritto alla mobilità, si vedrà costretta a svolgere la sua attività presso la sede di titolarità all'"I.I.S.S. Mazzini -Da Vinci" di Savona, a distanza di oltre 1.200 km dalla propria residenza, quando, invece, avrebbe dovuto essere trasferita in una delle sedi richieste disponibili a decorrere dall'inizio dell'anno scolastico 2020/2021;

che, addirittura, stante la disponibilità del posto a Milazzo, oltre che a Barcellona P.G. e poi a Messina, la ricorrente, nelle more, verrebbe privata del suo diritto di scelta ex lege 104/1992 della sede più vicina alla sua residenza a Milazzo (dove peraltro, per la sua patologia, è in cura presso l'Ospedale civile), oltre che nelle altre sedi limitrofe disponibili, sopra anche indicate;

ciò premesso, la prof.ssa Maria Vittoria Santagada, come sopra rappresentata e difesa, chiede che l'On. Tribunale del Lavoro di Savona, in via di urgenza, voglia accogliere le seguenti

#### DOMANDE

1) Preliminarmente, in quanto da considerare, quelli qui di seguito indicati, come controinteressati, sprovvisti di diritto di precedenza "ex lege" 104/1992 - Di Blasi Tiziana (assegnata nel comune di Milazzo presso l'I.I. Leonardo Da Vinci, con punti 193,00); D'Arrigo Gabriella (assegnata nel comune di Barcellona P.G. presso l'ITT Copernico, con punti 68); Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all'Istituto Antonello, con punti 36,00); Ialacqua Daniele (assegnato nel comune di Messina, all'Istituto Caio Duilio, con punti 157,00); Anastasi Giovanna (assegnata nel comune di Capo D'Orlando, al Liceo Lucio Piccolo, con punti 32,00) - non risultando



nel bollettino della mobilità alcuna indicazione di residenza né di estremi per evincerla, autorizzare la notifica ex art. 151 cpc, (derogando dalle formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR e/o anche dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e/o anche quello di Savona;

2) Nel merito, in via d'urgenza, sussistendo i presupposti previsti dall'art. 700 cpc, per ottenere una decisione in via anticipata rispetto ai tempi occorrenti per ottenere una decisione con sentenza, dal momento che "nelle more" verrebbe pregiudicato anche il suo diritto di scelta della sede, ritenere e dichiarare - anche previa disapplicazione "in parte qua" del CCNI del 6.3.2019 (art. 13) e dell'O.M. n. 182 del 23.3.2020, in quanto illegittimi - il diritto della prof.ssa Maria Vittoria Santagada, in relazione alla precedenza assoluta "ex lege" 104/1992 (in combinato disposto con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994) ed alla disponibilità dei posti per le operazioni di mobilità, così come anche richiesto nella domanda di trasferimento per l'a.s. 2020/2021, con decorrenza giuridica 1.9.2020, all'assegnazione della sede di titolarità, innanzitutto, nelle scuole ivi indicate, e, quindi, innanzitutto, a Milazzo (ME), nonché a Barcellona P.G. (ME), a Messina, a Capo D'Orlando (ME), e/o, comunque, anche in soprannumero, nelle sedi prescelte, nell'ordine di preferenza indicato nella domanda di trasferimento;

3) In ogni caso, conseguentemente, adottare i provvedimenti più idonei ed opportuni a tutela della posizione della ricorrente e del suo diritto soggettivo, ordinando, immediatamente, all'USP di Messina e/o all'USP di Savona e/o al MIUR, per quanto di competenza, di provvedere all'assegnazione della sede di titolarità spettante di diritto, in esito alle operazioni di mobilità dell'anno scolastico 2020/2021;

4) Condannare il MIUR e/o, comunque, gli uffici periferici dello stesso, quali l'USP di Savona e/o l'USP di Messina, al pagamento delle spese e dei compensi di giudizio.

Con ogni più ampia riserva di ogni diritto e ragione, anche in ordine al risarcimento danni. ... ”.

\* \* \*

Il Tribunale del Lavoro di Savona, in composizione monocratica, con decreto del 22.7.2020, ha fissato l'udienza di comparizione delle parti per la data del 6.8.2020, autorizzando anche la notifica ai controinteressati, ai sensi dell'art. 151 cpc, mediante pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione udienza sui siti istituzionali del Miur, dell'USP di Messina e dell'USP di Savona.

In data 5.8.2020 si è costituito il Miur con una memoria del funzionario dell'USP di Savona il quale, a sua difesa, ha richiamato la normativa contrattuale sulla mobilità e, quindi, la distinzioni in tre fasi delle operazioni, comunale, provinciale ed interprovinciale, e quella sulle precedenze, senza nulla rilevare altrimenti ed ulteriormente.



La ricorrente ha, quindi, contestato il contenuto della memoria di controparte – rivendicando il diritto assoluto alla precedenza sulla scelta nelle operazioni di mobilità in questione e rilevando l’illegittimità della contrattazione collettiva da disapplicare “in parte qua” - ed insistito nella richiesta di accoglimento del ricorso avendo la necessità ed urgenza ad un tempestivo provvedimento, essendo suo interesse quello che le venisse assegnato, prima dell’1.9.2020, il posto libero a Milazzo, e/o, in subordine, a Barcellona P.G. e/o a Messina, essendo n. 4 i posti disponibili nell’ambito dell’USP di Messina, che, diversamente, sarebbero definitivamente assegnati ai controinteressati assegnatari di quei posti privi di alcuna precedenza.

Senonchè, sorprendentemente, con ordinanza del 7.8.2020, il Giudice monocratico del Tribunale del Lavoro di Savona ha rigettato il ricorso asserendo sia l’insussistenza del “*fumus boni iuris*” che del “*periculum in mora*” per asserita insufficienza probatoria, a tal ultimo, riguardo.

L’ordinanza è errata e deve essere dichiarata invalida, e quindi nulla e/o, comunque, annullata, e riformata con l’accoglimento del presente reclamo e, pertanto, con l’accoglimento integrale della domanda cautelare per le seguenti considerazioni di

## DIRITTO

1- Innanzitutto, si richiama, qui di seguito, il contenuto del provvedimento reclamato, che va, integralmente, riformato.

“... A scioglimento della riserva assunta all’udienza, si osserva quanto segue.

L’adozione della tutela cautelare anticipatoria degli effetti di una eventuale sentenza di merito postula la sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Quest’ultimo elemento deve consistere in un pregiudizio imminente ed irreparabile che possa comportare una lesione irreversibile del diritto azionato in via ordinaria. La situazione potenzialmente pregiudizievole del diritto deve essere certa ed attuale e la prova di tale situazione grava interamente sul ricorrente. Il *fumus*, poi, consiste nella verosimile fondatezza della pretesa azionata.

Nel caso in esame emerge dalla documentazione versata in atti che la ricorrente sia stata dichiarata portatrice di handicap ai sensi dell’art. 3 comma 1 L. n. 104/92 (handicap non in situazione di gravità).





Con decreto del 12.4.2019, poi, il Tribunale di Barcellona P.G. all'esito di un procedimento ex art. 445 bis c.p.c. promosso dalla ricorrente, ha omologato l'accertamento del requisito sanitario dell'invalidità superiore ai due terzi (82%) fin dalla data della domanda amministrativa (dicembre 2016) ai sensi dell'art. 21 legge n. 104/1992.

A norma del citato art. 21 *"la persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda"*.

Il MIUR ha affermato di aver riconosciuto alla ricorrente la precedenza invocata, ma di non aver poi potuto disporre il movimento richiesto per indisponibilità di posti all'interno della fase di mobilità (interprovinciale) alla quale la medesima ha partecipato.

L'art. 21 L. 104/92 riconosce il diritto di precedenza nell'ambito delle sedi disponibili nella specifica procedura di trasferimento, ma non anche il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio (diritto previsto dall'art. 33 comma 6 solo ai soggetti riconosciuti portatori di handicap in situazioni di gravità ex art. 3 comma 3 della medesima legge).

Sulla base delle allegazioni attoree non si ravvisa un'illegittimità della contrattazione collettiva integrativa, posto che l'art. 13 punto III CCNI riconosce (e non nega) la precedenza ai disabili di cui all'art. 21 della L. 104/92 in ciascuna delle tre fasi della mobilità (quindi anche nella terza fase della mobilità territoriale interprovinciale alla quale ha partecipato la ricorrente).

Diversamente, il punto IV del medesimo CCNI (oggetto di una rilevante elaborazione giurisprudenziale) limita il diritto di precedenza in favore dei docenti familiari di disabili in situazione di gravità ai soli trasferimenti all'interno della stessa provincia.

Non appare, quindi, rilevante la giurisprudenza prodotta, tutta relativa al diverso caso di soggetti titolari di diritti di precedenza ex art. 33 L. 104/92 che deducevano l'illegittimità del punto IV (e non III) del CCNI che, come detto, nega la precedenza nelle operazioni di trasferimento interprovinciale.

Non è specificamente dedotta e adeguatamente argomentata una eventuale illegittimità della suddivisione in fasi della procedura di mobilità.



Può comunque sin d'ora rilevarsi che la legge 104/92 differenzia nettamente le posizioni individuate e disciplinate dall'art. 21 comma 2 e dall'art. 33 comma 6: mentre l'articolo 21 si riferisce alla persona portatrice di handicap, specificando che devono ricorrere un grado di invalidità superiore ai due terzi o minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla L.n. 648/50, l'articolo 33 comma 6 si indirizza ad una categoria ancora più circoscritta di portatori di handicap, e cioè a quanti versino nella situazione di gravità indicata dall'articolo 3 comma 3. Come ha, pertanto, affermato la giustizia amministrativa, ad una differenziazione sostanziale di situazioni giuridiche tutelate consegue necessariamente una distinzione nella tipologia di tutela ad esse accordate: in particolare, quanto alla scelta della sede di servizio o di prestazione dell'attività lavorativa, il beneficio di cui al comma 6 dell'articolo 33, la ratio della disposizione *"è quella di consentire all'interessato, in qualunque momento, anche all'atto dell'insorgenza della patologia invalidante e del suo riconoscimento formale eventualmente successivo al momento dell'assunzione, di richiedere il trasferimento presso la sede prescelta - che deve essere funzionale esclusivamente all'avvicinamento al luogo del domicilio - indipendentemente dall'essere stato predisposto l'interpello apposito indirizzato alla generalità dei dipendenti appartenenti alla medesima amministrazione ai fini dei trasferimenti delle sedi dalla stessa previamente individuate alla luce delle proprie esigenze organizzative e sulla base di una valutazione delle predette esigenze effettuata in concreto e di volta in volta"* (TAR Lazio n. 12082/14); nella fattispecie di cui all'articolo 21, invece, *"la scelta può essere operata da parte del diretto interessato esclusivamente su disponibilità predeterminate, sulle quali - nella comparazione con altri interessati - il destinatario dei benefici in questione ha un assoluto diritto di precedenza"* (Cons. Stato n. 394/98).

Le "sedi disponibili" sono, pertanto, esclusivamente quegli uffici nei quali, in relazione alle proprie esigenze di servizio, ogni amministrazione intende inviare il personale da assegnare nella specifica procedura (per una scelta organizzativa e non per uno stato di fatto, quale potrebbe essere la vacanza del posto).

In assenza di ulteriori specifiche allegazioni di parte sulla questione deve, pertanto, ritenersi che l'art. 21 L. 104/92 riconosca al pubblico dipendente una priorità operante soltanto nei confronti di altri soggetti interessati alla medesima fase della procedura di mobilità come regolamentata (per scelta organizzativa) dall'amministrazione.



Tale precedenza sui posti dichiarati "disponibili" per i trasferimenti interprovinciali risulta essere stata accordata alla ricorrente, anche se da ciò non è derivato il trasferimento sperato.

Sulla base delle deduzioni contenute in ricorso non pare, quindi, sussistere il *fumus*.

A ciò deve aggiungersi comunque – e ciò sarebbe da solo sufficiente per il rigetto del ricorso d'urgenza – che nulla di specifico la ricorrente ha allegato circa l'esistenza del pericolo di un danno grave non riparabile per equivalente: la ricorrente si è limitata ad affermare che, nelle more, verrebbe privata del suo diritto di scelta della sede più vicina alla sua residenza a Milazzo oltre che nelle altre sedi limitrofe disponibili, senza nulla precisare circa la sussistenza di possibili danni irreparabili (apparendo a tal fine palesemente insufficiente l'ellittico richiamo all'ospedale civile di Milazzo).

Alcuna prova utile, infatti, è stata offerta dalla ricorrente di pregiudizi imminenti ed irreparabili (nella sfera personale o patrimoniale) tali da giustificare il ricorso al rimedio cautelare d'urgenza domandato: deve, infatti, ritenersi sempre possibile il ristoro di pregiudizi a situazioni giuridiche soggettive sotto forma di risarcimento per equivalente ed ammissibile la loro liquidazione giudiziale se analiticamente allegati e provati.

Pertanto, il *periculum* genericamente dedotto non costituisce affatto un pregiudizio irreparabile: deve, quindi, ritenersi insussistente il requisito per l'emissione di un provvedimento d'urgenza per omessa allegazione e prova di danni (o pericoli di danni) irreparabili ed imminenti ad interessi e beni della vita tali da non tollerare il normale corso del rito ordinario. Alcuna tangibile ed irreversibile compromissione anche solo potenziale di situazioni giuridiche soggettive è stata rappresentata e provata dalla parte ricorrente (la quale, dalla documentazione in atti, risulta prestare servizio nell'USP di Savona da tre anni). Diversamente ragionando il giudizio cautelare e d'urgenza verrebbe snaturato per essere trasformato in un ordinario rito per tutte le controversie riconducibili ai rapporti lavorativi.

Il ricorso d'urgenza deve, in definitiva, essere respinto.”.

2- Ha errato il Giudice monocratico nel ritenere sussistente una diversità di applicazione, per le precedenze nelle operazioni di mobilità del personale docente di scuola previste dalla legge 5.2.1992 n. 194, della disciplina prevista per l'art. 21, commi 1 e 2, rispetto a quella prevista dall'art. 33, commi 3 e 5; e, comunque, nel non riconoscere la natura assoluta della precedenza ex art. 21 della legge n. 104/1992, in combinato disposto con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, e



l'illegittimità, con conseguente disapplicazione, della normativa contrattuale collettiva sulla mobilità, nella suddetta materia, in contrasto con quella legislativa di rango superiore.

2.1) L'handicap da cui è affetta la ricorrente (67% nel verbale della Commissione medica dell'Inps del 26.3.2018; e, addirittura, 82% nel provvedimento del Tribunale del Lavoro di Barcellona P.G., con effetti "ex tunc"), comprovato dalla documentazione allegata alla domanda di mobilità per l'anno scolastico 2020/2021 è "handicap in situazione di gravità", e determina i medesimi effetti, sotto il profilo della disciplina del beneficio, nelle operazioni di mobilità, dell'"handicap per situazione di gravità" del congiunto assistito dal lavoratore che chiede il beneficio.

In altre parole, gli art. 21 (commi 1 e 2) e 33 (comma 1 e 3) della legge n. 104/1992, tanto più alla luce dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 (T.U. sulla scuola) attribuiscono al docente di scuola una precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità, nella scelta della sede lavorativa, sia che si tratti del docente portatore dell'handicap in situazione di gravità (con oltre i due terzi di invalidità) che del docente che assiste un congiunto portatore di handicap in situazione di gravità.

Diversamente da quanto asserito dal Giudice monocratico, quindi, non solo la legge, ma anche la giurisprudenza, non pongono alcuna differenziazione, negli effetti, tra la circostanza della residenza del congiunto portatore di handicap in situazione di gravità da assistere rispetto a quella del docente invalido che chiede di essere assegnato nel luogo di sua residenza. La finalità precettiva e pubblicistica della legge e la tutela per cui questa normativa è stata emanata, che è la tutela della salute ex art. 38 della Costituzione, è la medesima.

Sul punto, il Giudice è caduto in errore.

A tal proposito, si osserva che, nel ricorso introduttivo, era stata anche citata la sentenza del Tribunale del Lavoro di Messina n. 592/2019 (prodotta anche agli atti) che ha richiamato la sentenza della S.C. a sezioni unite n. 7495 del 27.3.2008, e che ha sancito i criteri sopra esposti, prevedendo anche la natura assoluta della precedenza prevista dalla legge n.104/1992, nelle operazioni di mobilità, in particolare per il



personale della scuola, alla luce di quanto previsto dall'art.601 del D.Lgs n.297/1994.

Nella predetta sentenza del Tribunale di Messina, si legge, infatti, quanto segue:  
“... A riguardo le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. N. 7945 del 27.3.2008) hanno quindi affermato: “La posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma quinto del citato art. 33, sollevata in riferimento all’art. 3 della Costituzione nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l’handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all’ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevole finalizzata alla valorizzazione dell’assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr. ordinanza Corte Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto anche modo di ricordare come esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992 ne abbia già sottolineato l’ampia sfera di”



applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ha anche aggiunto che essa incide sul settore sanitario ed assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a far superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992)". **Deve quindi considerarsi che il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.p.c..** Ora, tenuto conto che l'art 33 c. 5 della legge 104/1992, accorda al “ lavoratore di cui al comma 3 [il] 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”, è possibile apprezzare la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell'articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009. **Se è vero, poi, che l'art. 601 rinvia all'art. 33 e, quindi, anche alla locuzione “ove possibile”, locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell'Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, è altresì vero che l'art. 601 nel secondo comma specifica che “le predette norme [cioè gli articoli 21 e 33] comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.** Il che indica cosa diversa dalla scelta, ove possibile, della sede di lavoro, perché l'art. 601 non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, circostanza del tutto neutra per la P.A. **In altri termini, la “precedenza” nella scelta**



*non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost. Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni oggetto di censura non può non rilevarsi la nullità dell'art. 13 del CCNI nella parte in cui nega la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale al genitore che assiste un figlio affetto da handicap grave (accordandola invece alla persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile, criterio che appare estraneo a qualunque esigenza organizzativa della PA)."*

Alla luce di tale sentenza di merito, e di quella di legittimità ivi richiamata, si desume, quindi, innanzitutto, che non può farsi alcuna distinzione, in termini di effetti, tra l'art. 21 (commi 1 e 2) e l'art. 33 (commi 3 e 5) della legge n. 104/1992.

Anzi, semmai, vale il contrario, dovendosi ritenere che l'art. 21 abbia previsto una precedenza assoluta che non prevede deroghe alcune, diversamente dall'art. 33.

Infatti, se si esaminano ermeneuticamente le due norme, sia con riferimento alla rubrica che con riferimento al loro contenuto, si rileva, innanzitutto, che solo nel primo (art. 21) in rubrica si parla di “*precedenza*”, mentre nel secondo (art. 33) di “*agevolazioni*”; ed ancora, nel secondo (art. 33), al comma 5, si parla del diritto di scegliere la sede più vicina al domicilio della persona da assistere “*ove possibile*”, mentre nel primo (art. 21) tale limite non esiste affatto e si parla di “diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili”.

Per cui, anche sotto tale profilo il Giudice monocratico è caduto in errore.

2.2) Ma vi è di più che il Giudice monocratico non ha considerato, vale adire l'art. 601 del D.Lgs 16.4.1994 n. 297, costituente il T.U. delle disposizioni legislative in materia scolastica.

Nella citata sentenza, viene richiamato l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, il quale, per il personale della scuola, non si limita a richiamare i citati artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992, ma, in particolare, al comma 2, aggiunge che “*Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non*



*di ruolo e in sede di mobilità.”; il che sta a significare che la sola sussistenza del requisito comporta la precedenza in sede di mobilità in modo assoluto.*

Per cui, **per il caso di specie, non si deve parlare di scelta, “ove possibile”, della sede di lavoro, trattandosi di precedenza nella scelta; con la conseguenza che la precedenza nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost.**

Da ciò ne discende che stante la natura imperativa dell’art. 21 della legge 104/1992, in combinato disposto con l’art. 601, comma 2, del D.Lgs n. 297/1994, deve ritenersi nullo il CCNI nella parte in cui richiama la mobilità per varie fasi (artt. 6 e 3), pregiudicando il diritto alla precedenza.

Infatti, se si asserisce, come assunto dal Miur con la contestata memoria di costituzione del 5.8.2020, che la precedenza “ex lege” 104/1992 opera limitatamente ad ogni fase è chiaro che la fase dei trasferimenti interprovinciali (che è l'ultima fase) sarà pregiudicata per i titolari del benefici e che i posti saranno tutti assegnati. Diversamente, l'oggetto del ricorso e del contendere è proprio quello della illegittimità della contrattazione collettiva perchè in contrasto con la legge n. 104/1992 che prevede, nelle operazioni di mobilità, una precedenza assoluta nella scelta, che, proprio in quanto tale (per l'appunto, assoluta), non può soffrire limitazioni nè deroghe alcune, trattandosi di una normativa precettiva diretta applicazione dell'art. 38 della Costituzione sulla tutela della salute.

Sul punto, in linea con la citata sentenza del Tribunale del Lavoro di Messina, si pone quella del Tribunale del Lavoro di Genova ai sensi della quale, proprio per la mobilità dei docenti di scuola, “... *in tema di trasferimento, nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla l. n. 104/1992, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 d.lg. n. 297/1994, che accorda maggiore tutela al portatore di handicap e non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, quale circostanza del tutto neutra per la PA: tale precedenza non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost.*” (cfr. Tribunale Genova, sez. V, 30.11.2016).





Sempre il Tribunale di Genova, commentando la precedenza di cui all'art. 33, comma 5, della legge 104/1992, ha concluso per la natura assoluta della precedenza, sia di quella prevista dall'art. 21 che di quella prevista dall'art. 33, proprio alla luce della suddetta norma specifica in materia scolastica, l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994. Infatti, con ordinanza del 20.9.2016, ha avuto modo di ritenere che: *“La norma di legge riconosce un diritto non incondizionato a scegliere la sede di lavoro più vicina al familiare gravemente disabile; la locuzione “ove possibile” è stata letta come portatrice dell’esigenza pubblica ad un assetto dell’Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione [Cass., sez. lav., 27 marzo 2008, n. 7945, e 25 gennaio 2006, n. 1396]. L’onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all’esercizio del diritto grava sul datore di lavoro [Cass., sez. lav., 18 febbraio 2009, n. 3896]. Su questa premessa la Corte di Cassazione ha già riconosciuto compatibile con la norma di legge la clausola del contratto collettivo decentrato del 31.5.2002 che, graduando le precedenze nelle operazioni di trasferimento, ha assegnato le priorità a seconda delle categorie di menomazione: riservando quella assoluta soltanto ai soggetti portatori essi stessi di handicap ed inserendo i genitori dei disabili tra i titolari di precedenza limitata dal punto di vista territoriale, la disciplina collettiva “soddisfa una esigenza basilare dell’amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell’ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la legge privilegia” [Cass., sez. lav., 15 gennaio 2016, n. 585]. La decisione della Suprema Corte, ad oggi isolata a quanto consta, è intervenuta su una fattispecie regolata dalla contrattazione collettiva in modo analogo a quella in esame. **Essa tuttavia non valuta l’esistenza nel settore scolastico d’una disciplina speciale, contenuta nell’art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico). Vi si stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 “si applicano al personale di cui al presente testo unico” (primo comma) e che tali norme “comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (secondo comma). Diversamente da***



quella generale, la disposizione del capoverso dell'art.601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.). Va rammentato che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconosce il diritto delle persone con "disabilità" a beneficiare di "misure idonee" dirette a garantirne, tra l'altro, l'autonomia e l'inserimento sociale (art. 26). Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono ritenersi acquisiti al diritto dell'Unione la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l'indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap. Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l'assistenza informale (2.1.2). E' conforme a questo quadro normativo l'esclusione di liti all'esercizio del diritto all'assistenza all'interno della famiglia per le persone affette da handicap grave. Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall'art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto senza riserve. La stessa locuzione "ove possibile" dell'art. 33, quinto comma, l. 104/92, del resto, è indicativa della ristrettezza dello spazio entro cui il relativo diritto può essere compreso. La precedenza per la persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile opera una graduazione di tutele che va ben al di là della mera "possibilità" di protezione del diritto di quest'ultimo; introduce inoltre un criterio che, nella sua generalità, nulla ha a che fare con le esigenze organizzative dell'Amministrazione".

Pertanto, le norme del CCNI (mobilità scuola) del triennio 2019 – 2021, devono ritenersi nulle nella parte in cui - in violazione dell'art.21 della legge 104/1992 - non danno precedenza assoluta, nei trasferimenti a domanda, ai portatori di handicap con invalidità superiore ai 2/3. Il rilievo anche costituzionale dei diritti che l'art.21 L. 104/92 è diretto a tutelare rende, pertanto, evidente che la norma in questione



costituisce una norma imperativa la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime ai sensi dell'art.1418, 1° comma c.p.c.

Pertanto, la normativa contrattuale va disapplicata e va applicata la normativa superiore legislativa sopra richiamata.

3- Ha errato, altresì, il Giudice monocratico nel ritenere sufficiente quanto assunto dal MIUR nella memoria di costituzione per giustificare l'impossibilità del movimento richiesto per indisponibilità di posti.

Senza recesso dalle superiori considerazioni, si rileva, altresì, che il Miur, su cui incombeva l'onere, non ha provato che il chiesto movimento, tanto più stante l'esistenza di posti disponibili (n. 4 nell'ambito di Messina), sarebbe stato di nocumento all'organizzazione scolastica.

Infatti, per quanto anche osservato al punto precedente, se si esamina la giurisprudenza prevista per l'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, in ordine al significato dell' "ove possibile" (*"Il lavoratore di cui al comma 3, [con lui convivente,] 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."*) – **che, peraltro, come si è detto, non è previsto dall'art. 21 della legge 104/1992; e che, peraltro, è superato anche per l'art. 33, alla luce del contenuto dell'art. 601 del D.Lgs n.297/1994, nella particolare materia scolastica** - si rileva come la S.C. abbia richiesto un particolare onere della prova in capo al datore di lavoro.

Nella sentenza del Tribunale di Messina n. 1001/2020 del 21.7.2020 (già prodotta in atti), proprio a proposito dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, è statuito che *"... La giurisprudenza di legittimità formatasi con riferimento a tale norma, attraverso una lettera sistematica e teleologica della suddetta disciplina, ha chiarito che il diritto di scelta in questione sussiste sia al momento dell'assunzione che in costanza di rapporto, sempreché il posto risulti esistente e vacante (v. Cass. n. 6150/2019, n. 7693/2018, n.16298/2015, n. 3896/2009). Tuttavia, anche per la presenza dell'inciso "ove possibile", la Corte di Cassazione ha escluso che la legge*



abbia attribuito al titolare un diritto assoluto e incondizionato, quanto piuttosto una priorità nei confronti di altri soggetti interessati nell'ambito della disciplina dei trasferimenti intracomunali, intraprovinciali o interprovinciali. Pertanto, questo diritto 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 l'onere della prova di siffatte circostanze, non solo ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte (v. Cass. n. 6150/2019 cit., 23857/2017; S.U. n. 7945/2008; Cons. Stato, Sez. VI, n. 195/2000; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 12802/2014).”.

Ciò posto, si osserva e rileva, innanzitutto, che il Miur con la memoria del 5.8.2020 non ha fornito la suddetta prova, né una benchè minima prova nei termini sanciti e richiesti dalla S.C., limitandosi soltanto a richiamare la normativa contrattuale che era proprio quella contestata dalla ricorrente, che ha rivendicato la natura assoluta della precedenza ex lege 104/1992 prevalente sulla contrattazione collettiva e, quindi, anche sulla distinzione in fasi della mobilità non opponibile al titolare del benefico.

Senonchè, il Giudice monocratico è caduto in errore ritenendo sufficiente il richiamo della contrattazione collettiva sulle fasi dei trasferimenti (art.6) e sulle precedenze (art. 13) per ritenere giustificata l'indisponibilità di posti per la fase interprovinciale, opponibile al titolare della precedenza, senza tenere conto che nessuna prova il Miur ha fornito sulle esigenze economiche organizzative e produttive che lo spostamento avrebbe determinato e che tali queste esigenze non avrebbero potuto essere soddisfatte diversamente; e che solo in presenza di tali prove sarebbe stato possibile compromettere la precedenza.

In mancanza di tali due profili di prova, ritenuti necessari dalla giurisprudenza (cfr. Cass. civ. n. 6150/2019; n. 23857/2017; S.U. n. 7945/2008; Cons. Stato, sez. VI, n.



195/2000; Tar Lazio Roma, Sez. II, n. 12802/2014), il Giudice monocratico avrebbe dovuto ritenere la prevalenza del titolo della precedenza in capo alla dipendente, prof.ssa Santagada, rispetto alle esigenze, non comprovate, del datore di lavoro MIUR.

E' palese, quindi, l'errore in cui è caduto il Giudice monocratico, anche sotto tale profilo, dal momento che, già solo per la mancanza di prove concrete sui due profili sopra evidenziati in materia di organizzazione aziendale e pregiudizi di natura economica, avrebbe dovuto accogliere la domanda e ritenere la precedenza assoluta e prevalente sulle norme contrattuali da disapplicare.

4- Ha errato, ancora, il Giudice monocratico nell'asserire non adeguatamente argomentata l'illegittimità della suddivisione in fasi della procedura di mobilità prevista dalla contrattazione collettiva.

Tale vizio è strettamente collegato a quello censurato nei punti precedenti, ed in particolare, al punto 2.

Nella decisione reclamata, infatti, appare evidente la violazione dell'art. 21 della legge n. 104/1992, in combinato disposto con l'art. 601, comma 2, del D.Lgs n. 297/1994, a proposito della natura assoluta della precedenza per il docente portatore di handicap in situazione di gravità (invalidità di oltre 2/3).

Con il ricorso introduttivo, infatti, la prof.ssa Santagada ha contestato, proprio, l'illegittimità della contrattazione collettiva nella parte in cui si pone in contrasto con la suddetta normativa sia generale che scolastica che, prevedendo un diritto di precedenza assoluto per il docente portatore di handicap in situazione di gravità, in quanto tale, non poteva essere sottoposto ad alcuna deroga meno che mai da fonti di rango inferiore alla legge, quali la contrattazione collettiva.

Proprio per tale motivo, la ricorrente ha rivendicato la natura assoluta della precedenza, a prescindere dalle fasi comunale, provinciale ed interprovinciale previste dal CCNI sulla mobilità e dai criteri delle precedenze, e quindi chiedendo l'assegnazione dei posti vacanti nelle sedi interprovinciali richieste, innanzitutto, a Milazzo, dove risiede, essendo il suo un diritto di precedenza assoluta alla scelta.



Peraltro, il richiamo della normativa contrattuale, a giustificazione del suo operato, è stato effettuato dal Miur con la memoria del 5.8.2020, depositata in via cartacea (e non telematica), e contestata all'udienza del 6.7.2020, dove il difensore della ricorrente, per l'appunto, nella circostanza, ha contestato gli assunti avversari, chiedendo, stante l'urgenza per il prossimo avvio dell'a.s. per l'1.9.2020, che la causa fosse posta in riserva.

Ed allora, alla luce delle superiori considerazioni, appare evidente che la giurisprudenza richiamata alle pagine 3, ultimo periodo, e 4, dell'ordinanza reclamata non è, assolutamente, attinente al caso di specie, dovendosi anche considerare che qui si tratta di mobilità su scuola dove, per il personale scolastico trova applicazione l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, che il Giudice monocratico non ha del tutto considerato.

Ed anzi, la citata decisione del Cons. Stato n. 394/98, lungi dal confermare l'assunto del Giudice monocratico, lo contrasta prevedendo per l'ipotesi di cui all'art. 21 una precedenza assoluta che non ammette deroghe sui posti disponibili (al di sopra delle asserite tre fasi, comunale, provinciale ed interprovinciali).

Vi è, pertanto, l'errore in cui è caduto il Giudice monocratico, sia in ordine alla natura assoluta della precedenza prevista dall'art. 21 della legge 104/1992, e/o, comunque, alla luce dell'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994 (a prescindere dalla differenza tra l'art. 21 e l'art. 33), che, in ogni caso, in merito all'onere della prova incombente sul datore di lavoro per giustificare la compromissione della precedenza, che non può limitarsi ad un mero apodittico richiamo alla normativa contrattuale collettiva ma che deve consistere in una concreta prova della sussistenza di ragioni impeditive al diritto alla scelta, che deve consistere sia nella prova della sussistenza di esigenze economiche organizzative e produttive che lo spostamento potrebbe pregiudicare che nella prova che tali esigenze non potrebbero essere soddisfatte diversamente.

5- Ha errato il Giudice monocratico anche in ordine alla sussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile.

L'attuale sede di titolarità della prof.ssa Santagada è a Savona.



Dai verbali della Commissione medica dell'Inps del 26.3.2018 è attestata la patologia di cui soffre la ricorrente e la menomazione riconosciuta nella percentuale del 67%, poi accertata in sede giudiziaria, come sancito dal Tribunale di Barcellona P.G., pari all'82%. In particolare, la deducente risulta affetta da *“pleuropericardite cronica recidivante ed insuff. cardiaca classe II/III nyha in soggetto con pregressa polmonite interstiziale e pregresso k-mammella sx”* (come attestato dal certificato medico del 30.6.2020, prodotto agli atti).

Proprio per tale grave patologia, **che rientra tra quelle a serio rischio di morte in caso di contagio da Covid-19**, la ricorrente ha chiesto il trasferimento nella provincia di Messina, per l'inizio dell'a.s. 2020/2021 dell'1.9.2020, confidando nei posti vacanti disponibili, tra cui, in particolare, un posto a Milazzo, dove risiede, dove risiede pure la sua famiglia, e dove, in particolare, è in cura, per tale grave patologia inabilitante.

Ciò posto, appare evidente che il danno grave ed irreparabile sta proprio nel fatto che, nelle more della decisione di merito, i posti disponibili rivendicati dalla prof.ssa Santagada saranno definitivamente coperti dal personale già assegnato, pregiudicandosi definitivamente la rivendicata assegnazione.

Si tratta, chiaramente, di un risarcimento in forma specifica non diversamente risarcibile, dal momento che il bene della vita è la tutela della salute su cui si fonda la finalità della legge 104/1992 che non può essere, assolutamente, risarcito per equivalente e che può essere assicurata solo con l'assegnazione del posto libero richiesto.

A tal proposito il Tribunale di Brindisi, con ordinanza n. 16314/2017 del 20.9.2017, ha statuito che *“il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario potrebbe frustare le aspettative della ricorrente a ottenere una tutela effettiva all'esito del giudizio, **in quanto, nelle more dello stesso, l'amministrazione potrebbe destinare altri dipendenti al posto in astratto spettantegli, qual ad esempio i posti vacanti nell'ambito territoriale del comune di residenza, frustandone così il diritto a essere preferito**, o in caso a essere posta in*



*comparazione, nella destinazione presso tali sedi” ed ancora “potendo imporre un facere alla pubblica amministrazione, il provvedimento può contenere, allo stato, l’ordine della procedura da seguire per l’adozione del provvedimento di destinazione, fermo restando l’individuazione della sede specifica da parte dell’amministrazione”.*

D'altronde, i tempi fisiologicamente lunghi di un giudizio ordinario, non solo determinerebbero il permanere di una situazione antigiuridica, ma rischierebbero di pregiudicare definitivamente il diritto della ricorrente che non potrebbe trovare ristoro in sede di merito con un eventuale risarcimento di natura patrimoniale, fermo restando la finalità della norma, che tende a tutelare una persona portatrice di handicap alla quale l'ordinamento giuridico ha assegnato una posizione particolarmente protetta.

E' evidente, quindi, l'errore in cui è caduto, anche sotto tale profilo, il Giudice monocratico.

6. Sussistono, pertanto, per quanto sopraesposto sia il “fumus boni iuris” che il danno grave ed irreparabile.

Alla luce dei motivi di reclamo, esposti nei precedenti punti 2, 3 e 4, appare palese la sussistenza del “fumus boni iuris” del ricorso introduttivo del giudizio.

Nel contempo, appare evidente il danno grave ed irreparabile, alla luce di quanto argomentato al precedente punto 5.

Basti qui ribadire che la richiesta di mobilità interprovinciale, fondata su esigenze di salute, come si è detto non è diversamente risarcibile se non con l'assegnazione della titolarità di cattedra a Milazzo e/o, a Barcellona P.G., e/o a Messina dove vi sono posti disponibili che avrebbero dovuto essere assegnati, come precedenza assoluta, alla prof.ssa Santagada.

^^^

Ciò premesso, la prof.ssa Maria Vittoria Santagada, come sopra rappresentata e difesa, chiesto l'accoglimento delle

CONCLUSIONI





Voglia questo Ecc.mo Collegio adito, in riforma integrale del provvedimento reclamato, accogliere il reclamo con qualsiasi statuizione e per l'effetto accogliere le domande svolte nel ricorso cautelare "ante causam" e, quindi, voglia:

1) Preliminarmente, in quanto da considerare, quelli qui di seguito indicati, come controinteressati, sprovvisti di diritto di precedenza "ex lege" 104/1992 - Di Blasi Tiziana (assegnata nel comune di Milazzo presso l'I.I. Leonardo Da Vinci, con punti 193,00); D'Arrigo Gabriella (assegnata nel comune di Barcellona P.G. presso l'ITT Copernico, con punti 68); Visco Antonella (assegnata nel comune di Messina all'Istituto Antonello, con punti 36,00); Ialacqua Daniele (assegnato nel comune di Messina, all'Istituto Caio Duilio, con punti 157,00) - non risultando nel bollettino della mobilità alcuna indicazione di residenza né di estremi per evincerla, autorizzare la notifica ex art. 151 cpc, (derogando dalle formalità previste dall'art. 150 cpc), mediante pubblicazione del reclamo e del decreto di fissazione udienza nel sito internet del MIUR ed dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e quello di Savona (come già autorizzato in primo grado con decreto del 22.7.2020);

2) Nel merito, in via d'urgenza, sussistendo i presupposti previsti dall'art. 700 cpc, per ottenere una decisione in via anticipata rispetto ai tempi occorrenti per ottenere una decisione con sentenza, dal momento che "nelle more" verrebbe pregiudicato anche il suo diritto di scelta della sede, ritenere e dichiarare - anche previa disapplicazione "in parte qua" del CCNI del 6.3.2019 e dell'O.M. n. 182 del 23.3.2020, in quanto illegittimi - il diritto della prof.ssa Maria Vittoria Santagada, in relazione alla precedenza assoluta "ex lege" 104/1992, in combinato disposto con l'art. 601 del D.Lgs n. 297/1994, ed alla disponibilità dei posti per le operazioni di mobilità, così come anche richiesto nella domanda di trasferimento per l'a.s. 2020/2021, con decorrenza giuridica 1.9.2020, all'assegnazione della sede di titolarità, innanzitutto, nelle scuole ivi indicate, e, quindi, innanzitutto, a Milazzo (ME), nonché a Barcellona P.G. (ME), a Messina, a Capo D'Orlando (ME), e/o, comunque, anche in soprannumero, nelle sedi prescelte, nell'ordine di preferenza indicato nella domanda di trasferimento;



3) In ogni caso, conseguentemente, adottare i provvedimenti più idonei ed opportuni a tutela della posizione della ricorrente e del suo diritto soggettivo, ordinando, immediatamente, all'USP di Messina e/o all'USP di Savona e/o al MIUR, per quanto di competenza, di provvedere all'assegnazione della sede di titolarità spettante di diritto, in esito alle operazioni di mobilità dell'anno scolastico 2020/2021;

4) Condannare il MIUR e/o, comunque, gli uffici periferici dello stesso, quali l'USP di Savona e/o l'USP di Messina, al pagamento delle spese e dei compensi delle due fasi di giudizio.

Con ogni più ampia riserva di ogni diritto e ragione, anche in ordine al risarcimento danni.

Si dichiara che la controversia ha valore indeterminabile, che ricade in materia di lavoro, e che il contributo dovuto è di euro 98,00.

Si produce documentazione come da indice.

Messina, 11.8.2020

avv. Giovanni Marchese

