

MINISTRI
RICERCA
6/10/19
L.



Avvocatura dello Stato

Via Testoni n. 6 - Bologna
tel 051 222802 fax 051 232297

PEC:

ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

C.F. ads80068910373

Ct. 2786/18 LP/rl

CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA

Sezione Lavoro

RICORSO IN APPELLO

Per il **MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** (C.F. 80185250588), e per quanto possa occorrere per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA ROMAGNA** (C.F. 80062970373), per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA** (C.F. 80018500829), e per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA - Ambito Territoriale per la Provincia di Palermo** (C.F. 80012100824), in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, con la difesa e rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 – PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it), con domicilio legale presso gli uffici di questa ultima in Bologna, alla via Alfredo Testoni nr. 6,

- *Appellanti* -

contro



LANZA Francesca Paola (C.F. LNZFNC64P63D009X), rappresentata e difesa
degli avv.ti Marco Lo Giudice e Luigi Serini

- Appellata -

e nei confronti dei

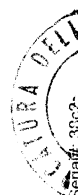
Docenti contro interessati

* * *

per la riforma della sentenza n. 183/2019 del 19.07.2019 del Tribunale di Reggio
Emilia.

FATTO

Con ricorso al Tribunale di Reggio Emilia, la prof.ssa Lanza chiedeva
l'accertamento della illegittimità degli artt. 13 e 14 del CCNI dell'11 aprile 2017 e
l'allegato I dello stesso contratto disciplinante le fasi delle operazioni della mobilità
per l'anno scolastico 2016/17 per violazione dell'art. 33, comma 5, della L n.
104/1992 nonché dell'art. 601 del D.Lgs. n. 297/1994 nella parte in cui non
prevedono la precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità a prescindere dal
comune di provenienza e dalla provincia di titolarità, in favore dei docenti che
prestano assistenza al genitore con handicap in stato di gravità. Chiedeva pertanto
che il Tribunale accertasse il suo diritto al riconoscimento della precedenza assoluta
per l'assistenza al genitore in condizioni di disabilità gravi in qualità di referente



unico e che conseguentemente dichiarasse il suo diritto ad essere assegnata ad una delle scuole indicate con ordine di preferenza da 1 a 5 nella propria istanza di mobilità e ritenesse nulli i bollettini afferenti ai trasferimenti nella provincia di Palermo e Reggio Emilia nella parte in cui non includevano il nominativo della ricorrente in uscita da Reggio Emilia ed in entrata a Palermo.

Si costituiva l'amministrazione convenuta contestando la pretesa avversaria.

Con la sentenza in epigrafe indicata, il Tribunale adito accoglieva la domanda.

* * *

La sentenza impugnata è errata e se ne domanda, pertanto, l'integrale riforma per i seguenti

MOTIVI

Si trascrive integralmente il testo della sentenza nella parte dedicata alla motivazione, motivazione che si assume totalmente illegittima sia nel complessivo argomentare sia singolarmente, sia nel testo che nelle note e ne dispositivo, chiedendosi così l'annullamento della stessa ed il rigetto delle domande avversarie.

“In corso di causa veniva disposta l'integrazione del contraddittorio.

I controinteressati, nonostante la regolarità della notifica, rimanevano contumaci. La causa istruita con la produzione di documenti veniva discussa e decisa all'odierna udienza.

Il ricorso è fondato e va accolto.



Dalla documentazione prodotta da parte ricorrente risulta che la madre della ricorrente è in condizione di handicap grave e che risiede a Corleone (PA), che la ricorrente si occupa della stessa in via esclusiva e che vi erano posti in organico in cui la ricorrente poteva essere trasferita.

Risulta, altresì, che la ricorrente ha rappresentato detta situazione nella domanda di mobilità 2017/2018.

Occorre, quindi, valutare se la ricorrente ha diritto ad ottenere il trasferimento nella provincia di Palermo per assistere la madre in base al disposto dell'art. 33 della legge n. 104/1992 o se a ciò ostino le disposizioni di natura pattizia del CCNI che prevedono che la precedenza di cui alla legge n. 104/1992 valga solo nell'ambito dei trasferimenti provinciali e per quanto attiene ai trasferimenti interprovinciale ai fini dell'assegnazione provvisoria e non del trasferimento.

Si deve, pertanto, innanzitutto richiamare la disciplina normativa.

L'articolo 33 commi 3-5 della legge 104/1992 prevede che: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa



persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti...5. 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”

L'art. 601 del D.Lgs. n.297/1994 prevede che: “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.”



Orbene, come opinato da larga parte della giurisprudenza, la norma di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992 stante il suo tenore letterale e la sua ratio è norma imperativa, derogabile, quindi, solo da altra norma di pari rango.

Ne consegue, quindi, che detta norma a rigore non può essere derogata dalle disposizioni del CCNI.

Si evidenzia, peraltro, che non si tratta di un diritto assoluto, ma che deve essere temperato con le esigenze del datore di lavoro.

Come opinato dalla giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. lav. n. 18223/2011), infatti, "L'art. 33, comma 5, legge n. 104 del 1992, stabilendo che il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, attribuisce un diritto che, in virtù dell'inciso secondo il quale esso può essere esercitato "ove possibile", ed in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora il suo esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda ed implica che l'handicap sia grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa; inoltre, poiché le agevolazioni previste dalla succitata norma costituiscono forme di intervento assistenziale riconosciute ai portatori di handicap 'sub specie di agevolazioni concesse a favore di coloro che si occupano dei predetti, la sussistenza dell'handicap deve essere accertata dalle unità



sanitarie locali, mediante le commissioni mediche di cui all'art. 4, legge n. 104 del 1992, non essendo consentita la sua dimostrazione mediante documentazione medica di diversa provenienza, ferma restando l'ammissibilità della contestazione nelle sedi competenti, delle conclusioni rese da dette commissioni".

Tuttavia nel caso di specie in mancanza di specifiche precisazioni sul punto da parte del MIUR non si può ritenere che il CCNI abbia così stabilito per esigenze organizzative e che, quindi, il diritto della ricorrente debba essere limitato alla stregua della normativa di rango primario che, comunque, prevede che il trasferimento può essere disposto ove possibile.

Il MIUR, infatti, non ha né allegato né tantomeno provato un'esigenza datoriale, portatrice dell'esigenza pubblica ad un assetto dell'amministrazione rispondente a ragioni di economia e di migliore organizzazione ad organizzare la copertura dei posti dei docenti che non consenta di garantire il diritto per cui è causa.

Né nel caso di specie ha spiegato dette esigenze in concreto come sarebbe stato suo onere.

Da quanto sopra esposto deriva che deve essere dichiarato il diritto della parte ricorrente ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/1992 ad essere assegnata in uno tra gli ambiti della provincia di Palermo da lei richiesti nella domanda di mobilità ed indicati nel ricorso introduttivo e parte resistente deve essere condannata a trasferirla in uno di questi ambiti.

Stante il contrasto giurisprudenziale devono essere integralmente compensate le spese giudiziali tra le parti



P.Q.M.

Il Tribunale di Reggio Emilia, in composizione monocratica, in funzione di giudice del lavoro, ogni contraria domanda, istanza ed eccezione respinta, definitivamente pronunciando sulla causa n.402/2018 R.G., così provvede:

1) *Dichiara il diritto di Lanza Francesca Paola ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/1992 ad essere assegnata in uno tra gli ambiti della provincia di Palermo da lei richiesti nella domanda di mobilità e per l'effetto condanna il MIUR in persona del ministro pro tempore a disporre il trasferimento della stessa in uno degli ambiti o scuole dalla stessa indicate che si trovano nella provincia di Palermo e cioè SICILIA AMBITO 0021, I.C. PRIZZI-A. E G. COMPARETTO, SICILIA AMBITO 0020, SICILIA AMBITO 0017, SICILIA AMBITO 0019.*

2) *Compensa le spese giudiziali tra le parti."*

* * *

I - VIOLAZIONE DELL'ART. 102 C.P.C. - NULLITÀ DELLA SENTENZA APPELLATA PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO

Si eccepisce la nullità della sentenza in quanto *inutiliter data* per non avere il Tribunale dichiarato l'inammissibilità della domanda per la mancata evocazione in



giudizio di tutti i soggetti che, in ragione della domanda costitutiva formulata da parte ricorrente, potrebbero subire pregiudizio dal suo accoglimento.

La non necessità di integrazione del contraddittorio non può fondarsi sul fatto che la domanda è volta ad ottenere genericamente il trasferimento senza indicazione di una specifica sede non potendo ciò avvenire in soprannumero e senza riflessi sugli altri partecipanti.

Parte ricorrente nell'epigrafe del ricorso indica che lo stesso è rivolto "nei confronti di tutti i docenti assegnati alle sedi indicate dalla ricorrente nella domanda di trasferimento", ma poi non vi è traccia dell'integrazione del contraddittorio con rituale notifica.

L'organico rappresenta una quantità "finita" e il soprannumero rappresenta sempre un esborso non programmato.

La controversia in esame rappresenta infatti una ipotesi di litisconsorzio necessario fra più soggetti, senza che tuttavia sia stata consentita la partecipazione al giudizio di tutte le parti necessariamente coinvolte.

Non è stata infatti consentita la partecipazione al giudizio degli altri aspiranti che si trovano sopravanzati dal ricorrente nella graduatoria si ambito di cui si tratta essendo, quindi, tutte autonomamente parti necessariamente coinvolte dagli effetti del provvedimento giurisdizionale richiesto.



Si osserva infatti che dall'inserimento in graduatoria consegue l'individuazione della sede di servizio nella quale può essere un solo docente donde, sul piano processuale, l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti contro interessati.

Non vi può essere infatti dubbio sulla ricorrenza dell'ipotesi di litisconsorzio necessario nel caso in questione, nel quale si controverte della collocazione in graduatoria ai fini dell'individuazione della sede di servizio secondo un meccanismo finalizzato a ricoprire un numero limitato di posti: all'eventuale modificazione della posizione di parte ricorrente non può che conseguire lo sconvolgimento della graduatoria formulata all'esito della procedura selettiva con effetti necessari sulla situazione giuridica soggettiva di coloro che si sono collocati in posizione utile.

Non si può dubitare allora che nel caso ricorrano i presupposti di cui all'art. 102 c.p.c.: è pacifico infatti che poiché sussista il litisconsorzio necessario deve ricorrere un rapporto giuridico plurisoggettivo, al cui interno i reciproci legami tra i diversi soggetti e l'oggetto comune costituiscono un dato unitario, sì che l'accertamento, la modificazione o l'estinzione di esso non possa operare se non nei confronti di tutti (*ex multis* Cass. 24.9.1994 n. 7861; Cass. 15.3.1991 n. 2788; Cass. 20.6.1990 n. 6184).



In particolare, relativamente ai rapporti di lavoro ed alla fattispecie del trasferimento del dipendente (ricorrente nel caso) si è ritenuto che allorché il dipendente deduca il proprio diritto ad un posto di lavoro assegnato ad altro dipendente illegittimamente preferito non sussista la necessità di integrare il contraddittorio con quest'ultimo ai sensi dell'art. 102 c.p.c. solo allorché il diritto di questi non risulti leso in caso di accoglimento della domanda. Tale situazione di influenza si è ritenuta sussistere, in dipendenza della formulazione della domanda operata dal ricorrente, allorché il dipendente che assuma di essere stato illegittimamente pretermesso si sia limitato a formulare domanda di mero accertamento del diritto ovvero a richiedere il risarcimento del danno conseguente alla determinazione illegittima.

Non così invece allorché la formulazione della domanda attorea coinvolga necessariamente la posizione di coloro che hanno ottenuto il posto o che lo otterrebbero in luogo del ricorrente, cosicché all'accoglimento della domanda consegua la sostituzione di un dipendente all'altro (Cass. sez. lav. 24.7.1991 n. 8290, in Giust. Civ. 1992, I, 1320; ed ancora, Cass. n. 3183/90; Cass. n. 6184/90; Cass. n. 466/92; Cass. n. 11943/92; Cass. n. 5315/96; Cass. 12128/98).



La stessa Corte di Appello di Bologna, in fattispecie di trasferimento, ha confermato tali principi (fra le tante, Corte di Appello di Bologna, sez. lavoro, n. 169 del 7.3.2002).

E non v'è dubbio che i soggetti partecipanti alle procedure concorsuali abbiano posizioni reciprocamente interconnesse e siano parte di un unico rapporto giuridico.

Il presente giudizio non (poteva né) può pertanto svolgersi senza che sia data la facoltà di contraddire a tutti i docenti che subirebbero gli effetti dell'accoglimento della domanda della ricorrente, pena la violazione dell'art 102 c.p.c. e dell'art. 24 Cost.

E l'accertamento del diritto a tale assunzione in capo ad uno dei contendenti non può non avere efficacia escludente sul diritto dell'altro, in quanto in definitiva entrambi aspiranti al conseguimento del medesimo e specifico bene della vita: l'ottenimento dell'unico posto disponibile per l'assunzione nell'anno scolastico considerato.

Non appare superfluo a tal proposito ricordare, infatti, che le assunzioni nella pubblica amministrazione possono avvenire unicamente nei limiti fissati dalla legge (anche finanziaria) e dai successivi atti di macro-organizzazione ex art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 (dotazione delle piante organiche, programmazione di



fabbisogno del personale e della relativa spesa), con conseguente possibilità di immettere in ruolo a decorrere dal 1°09.2010 nella graduatoria provinciale dell'odierna ricorrente soltanto il numero di docenti all'epoca individuato sulla base del fabbisogno territoriale e dei cogenti vincoli di spesa imposti dalla legge (vincoli peraltro assolutamente non contestati nel presente giudizio e comunque come noto insindacabili dal Giudice ordinario unitamente agli atti organizzativi che ne costituiscono l'espressione).

* * *

Non può ritenersi valida ad integrare ritualmente il contraddittorio, la notifica richiesta ed autorizzata dal Giudice nelle forme e con le modalità di cui all'art. 151 c.p.c. poiché risulta esplicitamente che tale disposizione abbia natura residuale e di "chiusura" circa le modalità di notifica degli atti processuali.

Tale disposizione non può infatti trovare applicazione laddove risultino integrati i presupposti previsti dalle altre norme individuanti pozziori forme di notificazione.

Come è noto, la forma ordinaria di notificazione è quella prevista dall'art. 139 c.p.c., essendo già eccezionale il ricorso alla notificazione per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c. e ulteriormente derogatoria e come detto di "chiusura" la notificazione nelle forme indicate dal giudice ex art. 151 c.p.c.



Nel caso specifico sarebbe stato doveroso provvedere all'integrazione del contraddittorio attraverso la notifica per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c.

E' pacifico infatti che l'applicazione di tale disposizione non è ostacolata dalla numerosità dei soggetti cui la notifica deve essere rivolta ch  anzi questo   proprio il presupposto per l'applicabilit  della norma.

Dispone come   noto l'art. 150 c.p.c.: *"Quando la notificazione nei modi ordinari   sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficolt  di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede pu  autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici proclami"*.

D'altro canto, pur essendo le graduatorie per cui   causa pubbliche, la numerosit  di quelle coinvolte e l'assenza di un luogo di pubblicazione unitario rende difficile la precisa indicazione di tutti i destinatari.

Mentre, non ricorrevano nel caso i presupposti cui l'art. 151 c.p.c. condiziona il ricorso a tale derogatoria (si tratta di deroga della deroga) forma di notificazione.

Dispone tale norma: *"Il giudice pu  prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, e anche per mezzo di telegramma collazionato con avviso di ricevimento quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerit , di riservatezza o di tutela della dignit "*.



Ebbene nel caso, non è dato immaginare quali (peraltro non indicate) circostanze particolare diverse da quelle indicate nell'art. 150 c.p.c. quale presupposto di applicazione di quella norma e forma di notificazione sussisterebbero per giustificare il ricorso a tale atipica forma di notificazione.

Né emergono situazioni di particolare celerità, posto che il ricorrente ha scelto di agire nelle forme del rito ordinario. La norma è stata ritenuta applicabile ad es. al contenzioso elettorale (CASS. SS.UU. sent. n. 9151/2018) o alla fase sommaria del ricorso ex art. 28 St. Lav. (Cass. lav. sent. N. 20078/2008): tutti procedimenti caratterizzati *ex se* da celerità.

D'altro canto, le modalità prescelte devono essere pur sempre tali da non compromettere il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24 come "inviolabile" in ogni stato e grado del processo (Cass. I civ. sent. n. 13868/2002). E seri dubbi possono porsi circa l'idoneità della mera pubblicazione sul sito MIUR a raggiungere il risultato di conoscenza della pendenza della lite in capo ai destinatari.

Tale violazione si riverbera sulla rituale integrazione del contraddittorio che, nel caso, dunque si assume mancata.

La mancanza dei presupposti di fatto, in presenza dei quali viene autorizzata la notificazione, del resto, può essere denunciata in sede di gravame (Cons. Stato Sez. IV, 16/08/2018, n. 4948).



II - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 33, COMMA 5, L. N. 104/1992 E 601 D.Lgs. N. 297/1994 – LEGITTIMITA' DEGLI ARTT. 13 E 14 DEL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE INTEGRATIVO SULLA MOBILITA' PER L'ANNO SCOLASTICO 2017/2018.

Il Tribunale ha errato nell'interpretazione dell'art. 33, quinto comma, L. n. 104/1992 con riferimento agli artt. 13 e 14 del CCNI sulla mobilità conseguentemente annullandoli.

Ed invero deve invece essere affermata la legittimità delle norme pattizie indicate alla luce delle seguenti argomentazioni.

Ai sensi delle specifiche disposizioni contrattuali con cui vengono annualmente regolamentate le operazioni di mobilità territoriale e professionale del personale scolastico (art. 14 del CCNI) "Il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale".



Inoltre, la norma dell'art. 33, comma 5, della legge 104/1992, finalizzata alla salvaguardia dell'assistenza ai portatori di handicap al di fuori dell'ambito familiare, subordina comunque il diritto di scegliere la sede di lavoro al verificarsi di precise e tassative condizioni di carattere soggettivo.

Il diritto di cui all'art. 33, pertanto non risulta illimitato, stante l'inciso "ove possibile".

Ciò è tanto più vero allorché l'esercizio del diritto, oggetto della presente controversia, venga a ledere in misura consistente le esigenze organizzative del datore di lavoro che nella fattispecie sono individuate nella annuale contrattazione collettiva nazionale integrativa recante disposizioni specifiche sulla mobilità territoriale e professionale definitiva, sicché la disciplina di cui all'art. 33, comma 5 della legge 104/92 attraverso l'inciso "ove possibile" subordina i trasferimenti a esigenze organizzative dell'amministrazione, identificabili con il "buon andamento del servizio" introducendo pertanto un limite al beneficio.

Si osserva inoltre come non possa sostenersi che le norme pattizie e secondarie che regolamentano la mobilità territoriale e professionale del personale scolastico "non siano in linea con il complesso normativo della Legge 104/1992". Infatti il diritto delle persone disabili in situazione di gravità e permanenza ad avere un'assistenza continuativa da parte di parenti, affini o affidatari fino al terzo grado



è garantito dall'Amministrazione scolastica ai suoi dipendenti in una delle fasi della mobilità, quella dei movimenti annuali di utilizzazione e assegnazione provvisoria provinciale e interprovinciale, onde può affermarsi come anche nella fattispecie in esame il contratto collettivo non obliteri totalmente la tutela del parente della persona gravemente disabile assicurandola nell'ambito delle assegnazioni provvisorie .

Al riguardo, infatti, per l'a.s. 2017/2018, il CCNI sottoscritto in data 11 aprile 2017, all'art. 13, PUNTO IV - ASSISTENZA, ha previsto il riconoscimento di una precedenza nelle operazioni di utilizzazione e assegnazione provvisoria anche a favore del personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia unico 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 65 anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (nella sola condizione di assenza di parenti o affini di grado inferiore) o unico affidatario di persona con disabilità in situazione di gravità; tale unicità, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che eventuali altri parenti o affini non sono in grado di effettuare l'assistenza al soggetto con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive.



Il personale scolastico che vuole assistere il familiare, ai sensi dell'art. 33, co. 5 e 7, della L. 104/1992, in qualità di referente unico, non può essere destinatario di precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità; il personale interessato, infatti, per realizzare l'assistenza al familiare disabile partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza prevista dal CCNI sulla mobilità annuale.

La giurisprudenza di merito ha affermato la legittimità di tale assetto: ad es. il Tribunale di Milano, sezione lavoro (sentenza 14/02/2019 n° 374) ne ha dichiarato la legittimità osservando che “il diritto a scegliere la sede di lavoro, attribuito dall'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 ai familiari di soggetti portatori di handicap, non è assoluto, potendo essere esercitato "ove possibile": in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora il suo esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività. L'art. 13 CCNI, regolante il sistema delle precedenze in ambito scolastico, ha valore declinatorio e non derogatorio della norma primaria di cui all'art. 33 L. n. 104 del 1992 laddove, prevedendo una sua applicazione limitata per tipologia di trasferimenti e platea assistenziale, la riconduce ad espressione dell'inciso "ove



possibile" (che richiede il contemperamento tra il diritto all'assistenza familiare e l'organizzazione della gestione del personale pubblico). Invero (distinguendo a seconda del rapporto familiare più o meno stretto con il disabile, con precedenza anche nella mobilità interprovinciale in caso di assistenza al coniuge ed ai figli, precedenza in ambito provinciale in caso di assistenza al genitore, con possibilità, comunque, in quest'ultimo caso, di partecipare con precedenza nelle assegnazioni provvisorie anche in ambito interprovinciale) il criterio, concordato tra l'Amministrazione e le organizzazioni sindacali, di graduare il diritto di precedenza in relazione alla natura del rapporto familiare (genitore-figli; coniuge-coniuge e, in misura ed ambito più limitato, figlio-genitore) è obbiettivo, ragionevole e, del resto, è il medesimo criterio seguito dallo stesso legislatore nell' art. 33, con riferimento al diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap”

Sotto il profilo dell'onere della prova, inoltre, il Tribunale predetto ha poi affermato che “l'impugnazione del trasferimento fondata sul mancato riconoscimento del diritto di precedenza in ragione dell'assistenza prestata a un disabile deve essere suffragata, a pena di infondatezza, dalla deduzione dell'avvenuta assegnazione alle sedi desiderate, in forza di trasferimento interprovinciale, di un soggetto senza alcun titolo di precedenza in base al CCNI”.



Nello stesso senso, la ulteriore magistratura di merito: ad esempio, Tribunale di Perugia, sezione lavoro, sentenza 20/04/2018, n. 181; Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza 14/02/2019, n. 219.

Anche la Corte di Cassazione ha affermato che il diritto di cui si discute non è assoluto, posto che esso va bilanciato con interessi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta del singolo dipendente (SSUU, sentenza 7945/2018) e che la precedenza nella procedura di mobilità a chi presta assistenza a un portatore di handicap può essere limitato dalle disposizioni di autonomia collettiva che ne dispongano una generale regolazione (Sezione lavoro, sentenza 585/2016).

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE GENERALI SULL'INVIOLABILITA' DELLA CONSISTENZA ORGANICA – VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.

La sentenza impugnata è altresì illegittima nella parte in cui non ha considerato rilevante ai fini dell'accertamento del diritto la esistenza o meno di un posto disponibile negli Ambiti verso i quali ha orientato la ricorrente.

Ed infatti, vale la regola secondo la quale, nell'organizzazione pubblica, la i posti di lavoro sono un numero “finito” e predeterminato, di tal che non è legittimo affermare il diritto ad una sede senza considerare presupposto determinante che il posto vi sia.



Né potrà affermarsi, da un lato, che si tratti di una questione meramente esecutiva dell'accertamento giudiziale (di tal che spetterebbe all'amministrazione, nell'eseguire la sentenza, "scalzare" il collega che in tal modo perderebbe il posto) né che sia sufficiente l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tale soggetto (al netto di quanto già osservato circa la ritualità delle forme di tale integrazione).

Ed infatti, la circostanza che il posto vi sia costituisce un presupposto del diritto fatto valere in giudizio che parte ricorrente avrebbe dovuto provare e che comunque il giudice avrebbe dovuto considerare, anche solo nella forma della condanna ad esso condizionata.

Ha in termini affermato la giurisprudenza (Corte di Appello Genova, Sezione Lavoro, sentenza 14/03/2019 n. 21) che "l'accoglimento della domanda giudiziale di impugnazione del diniego di mobilità non può determinare il trasferimento in soprannumero, ma su un posto già assegnato ad altro soggetto. L'impugnazione della procedura di mobilità dei docenti nella parte in cui viene negata l'assegnazione a uno degli ambiti territoriali prescelti deve essere proposta nei confronti di tutti i soggetti controinteressati inseriti nelle graduatorie degli ambiti scolastici coinvolti, perché in esecuzione della eventuale sentenza di accoglimento il MIUR dovrebbe assegnare all'istante un posto che, in esito alla procedura di mobilità, e' stato



assegnato ad altro docente, non potendosi ipotizzare un trasferimento "in sovrannumero" e dovendosi escludere che l'amministrazione possa procedere all'assegnazioni di posti diversi da quelli che erano stati previamente destinati ad essere assegnati a seguito della procedura di mobilità, posti la cui esistenza non e' per altro nemmeno nota."

* * *

La sentenza appellata che non applica tali principi è pertanto illegittima e da annullare.

Corretta è pertanto la posizione assunta dall'Amm.ne ed infondata la domanda giudiziale.

Alla luce di quanto esposto, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Tutto ciò premesso, le Amministrazioni in epigrafe, previa istanza per la fissazione dell'udienza di discussione, rassegnano le seguenti conclusioni.

* * *

“Voglia l'Ecc.ma Corte accogliere l'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza, previa occorrendo autorizzazione alla notificazione ai terzi controinteressati, dichiarare che la nullità della sentenza impugnata con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alla rimessione al primo giudice; in linea subordinata



respingere le domande tutte proposte da parte ricorrente con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Con il favore delle spese, anche generali, del doppio grado di giudizio”.

Si produce copia autentica della sentenza impugnata.

Si fa riserva di depositare il fascicolo degli atti e dei documenti dell'Amministrazione scolastica nel giudizio di primo grado.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che la causa è di valore indeterminabile, che le spese sono prenotate a debito ex art. 158 D.P.R. 115/02. Si dichiara altresì che il presente ricorso riguarda controversia di lavoro e che il contributo unificato è pari ad € 337,50.

In caso di denegata soccombenza, attesa la prenotazione a debito, non è dovuta la maggiorazione ex art 13, comma 1 quater, DPR 115/2002 (Cass., I Sez., 31-03-2016, n. 6284)

Bologna, 12 agosto 2019.

Laura PAOLUCCI
AVVOCATO dello STATO

Al sensi dell'art. 16 bis, comma 9 bis, del DL 18 ottobre 2010, n. 178 (comma aggiunto dall'art. 51, comma 1, lett. a), del DL 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114), si dichiara che la presente copia analogica, tratta con mezzi telematici dall'esemplare presente nel fascicolo informatico ed è disponibile dai servizi informatici e telematici del Ministero della Giustizia, è conforme al medesimo esemplare informatico ed equivale dunque all'originale.
Bologna,



Firmato Da: SILVIA BASSANI Emesso Da: ACTALIS CA PER FIRMA DIGITALE QUALIFICATA 2 Serial#: 38c2





CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE CONTROVERSIE DEL LAVORO

Ruolo Gen. 663/2019

IL PRESIDENTE

Visto il ricorso depositato in cancelleria in data 13/08/2019
letto l'articolo 435 C.P.C.

nomina
relatore il Consigliere Dott.ssa VACCARI

e fissa

l'udienza di discussione innanzi al Collegio per il giorno 29.9.2020 alle ore 10,00
manda l'appellante per la notifica del ricorso e del presente decreto all'appellato.

Dispone che il decreto di fissazione dell'udienza sia comunicato, a cura della Cancelleria, all'appellante, con avvertenza che da tale comunicazione decorrerà il termine di gg. 10 per la notifica all'appellato.

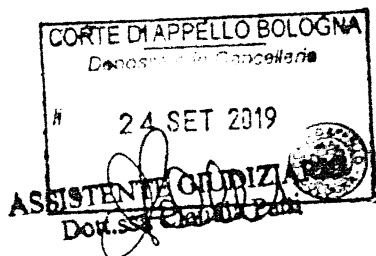
Bologna, 23.9.2019

IL PRESIDENTE
Dott. Carlo COCO

~~Il Cancelliere~~

Visto: Depositato in Cancelleria oggi

~~Il Cancelliere~~



ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Dott.ssa Chiara Patti


Ai sensi dell'art. 16 bis, comma 9 bis, del DL 18 ottobre 2012, n. 178 (comma aggiunto dall'art. 51, comma 1, lett. a), del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114), si dichiara che la presente copia analogica, tratta con modalità telematiche dall'esemplare presente nel fascicolo informatico reso disponibile dai servizi informatici e telematici del Ministero della Giustizia è conforme al medesimo esemplare informatico ed equivale dunque all'originale.

Bologna, 23/09/19



RELAZIONE DI NOTIFICAZIONE

Ad istanza del **MINISTERO dell'ISTRUZIONE,**
dell'UNIVERSITA' e della RICERCA, dell'**UFFICIO**
SCOLASTICO REGIONALE per l'EMILIA-ROMAGNA,
dell'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA e
dell'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA -
AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI
PALERMO, legalmente rappresentati e difesi in giudizio
dall'Avvocatura dello Stato nei cui Uffici sono pure legalmente
domiciliati, io sottoscritto Assistente U.N.E.P. presso la Corte
d'Appello di Bologna ho notificato l'atto che precede a:



- **PALAZZO ROSARIA MARIA,** nella sua residenza alla
via Alessandro Telesino n. 26 – 90135 PALERMO, mediante
spedizione di una copia conforme autenticata a mezzo del
servizio postale come per legge

- **INTAVAIA VIA,** nella sua residenza alla via Serretta n.
2/3 – 90146 PALERMO, mediante spedizione di una copia
conforme autenticata a mezzo del servizio postale come per
legge



- **GINEX MARIANITA**, nella sua residenza alla via Alfredo e Antonio Di Dio n. 7 - 90143 PALERMO, mediante spedizione di una copia conforme autenticata a mezzo del servizio postale come per legge



- **ARCARA PROVVIDENZA**, nella sua residenza alla via Isnello n. 130- 90016 COLLESANO (PA), mediante spedizione di una copia conforme autenticata a mezzo del servizio postale come per legge