

Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

TRIBUNALE CIVILE DI TERMINI IMERESE- SEZ. LAVORO

Ricorso ex art. 414 cpc, con istanza cautelare ex art. 700 c.p.c.

Della **Sig.ra Tivolacci Rosalia**, nata a Mezzojuso (Pa) il 27.11.1975, ed ivi residente Via Enrico Berlinguer n. 12, elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Alessio Ardizzone (CF. RDZLSS75P14G273F), pec: alessioardizzone@pec.it – fax 091/6195380, e Christian Conti (CF. CNTCRS73T06C351T), pec: avv.conti@pec.it-fax 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente, giusta procura in calce al presente atto

CONTRO

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro-tempore, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo

I) L'odierna ricorrente, veniva individuata quale destinataria di proposta di assunzione a tempo indeterminato per la scuola dell'infanzia (classe concorso AAA), a seguito di scorrimento della GAE per l'A.S. 2021/2022 (**All. 1**).

A seguito di ciò la sig.ra Tivolacci, in data 27.08.2021, presentava elenco di preferenze sedi disponibili secondo l'ordine meglio ivi indicato (**All. 2**). In tale domanda evidenziava e documentava di avere la necessità di assistere, quale referente unico convivente, la propria madre, sig.ra Princiotta Lucia, riconosciuta portatrice di handicap grave ex art. art. 3 comma 3 (**All. 3**), chiedendo conseguentemente di partecipare alla fase di assegnazione sede con precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992. C'è da dire che la ricorrente già nei precedenti anni scolastici, e nel corso del presente anno scolastico 2021/2022, ha usufruito quale referente unica della madre i permessi ex L. 104/1992 (cfr decreti concessione permessi 104 - **All. 4**).

In tale domanda allegava le autodichiarazioni dei propri fratelli (**All. 5**), nelle quali venivano indicati i motivi oggettivi che rendevano impossibile l'assistenza alla madre.



II) Nonostante quanto sopra, il Ministero dell'Istruzione non concedeva la richiesta precedenza ex art. 33 V comma, L. 104/1992, ragion per cui la ricorrente presentava formale reclamo. Lo stesso veniva riscontrato dall'amministrazione resistente (cfr mail del 02.08.2021-**Ail. 6**), con la seguente motivazione “*Tavolacci Pietro dichiara generici motivi di salute, senza documentare l'impossibilità a prestare assistenza. Tavolacci Giovanna dichiara motivi personali (proprietaria di azienda agricola) che non sono considerati motivi oggettivi che impediscano l'assistenza al disabile*”.

A seguito di ciò la sig.ra Tavolacci veniva assegnata presso la sede di Castelbuono (PA) esattamente presso l'I.C. Cateslbuono- F. Minà Palumbo (**Ail. 7**).

In altri termini, l'assegnazione della sede veniva effettuata senza tenere in considerazione il diritto di precedenza *ex lege* 104/92 della ricorrente n.q. di *care giver* della propria madre.

Non v'è chi non veda pertanto come il Ministero abbia in tutta evidenza violato i diritti di precedenza vantati dalla ricorrente in relazione al proprio *status* di *care giver* con gravissimo pregiudizio per la propria madre disabile, la quale, ovviamente, non può seguire la propria figlia a causa della propria grave disabilità.

Pertanto, la ricorrente ritenuta la palese illegittimità di quanto operato dall'Amministrazione convenuta e ritenuta la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione di una sede viciniora alla residenza della madre disabile, si vede costretta a proporre il presente ricorso affidato ai seguenti motivi:

1

VIOLAZIONE DELL' ART. 33 L. 104/1992

Come già esposto in fatto la ricorrente, ha la necessità di assistere la madre, riconosciuta portatrice di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/1992. La ricorrente è unico soggetto che può svolgere la suddetta assistenza, come emerge dai documenti allegati al presente ricorso. Infatti la stessa già usufruisce dei permessi ex art. 33, L. 104/1992, e gli altri parenti non possono prestare la dovuta assistenza. Infatti, i fratelli della ricorrente, come esposto e documentato in fatto, non possono assistere la madre.

Tutto ciò è stato più volte comunicato dalla sig.ra Tavolacci al Ministero al fine di ottenere una sede di lavoro più vicina alla disabile da assistere. Tuttavia l'amministrazione del tutto illegittimamente non ha minimamente preso in



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

considerazione tutto ciò in quanto, a suo dire, le autodichirazioni dei sig.ri Tivolacci Pietra (erroneamente chiamata Pietro nella risposta del Ministero al reclamo della ricorrente) e Giovanna, fratelli della stessa ricorrente, non erano idonei a dimostrare l'impossibilità all'assistenza della madre.

E' evidente l'errore in cui è incorso il Ministero resistente. Dimentica infatti clamorosamente che la ricorrente è già stata riconosciuta referente unica della madre disabile in quanto le sono stati riconosciuti i permessi ex art. 33, L. 104/1992. Tale circostanza non è di secondaria importanza stante che i requisiti per ottenere il riconoscimento dei giorni di permesso sono gli stessi per poter usufruire della precedenza prevista dal V comma dello stesso articolo 33!

Ma vi è di più!

Come in modo ineccepibile affermato più volte da Codesto Spettabile Tribunale “*va, infatti, rilevato che è consolidato principio nella giurisprudenza di legittimità che la persona con disabilità in situazione di gravità può liberamente effettuare la scelta su chi, all'interno della stessa famiglia, debba prestare l'assistenza prevista nei termini di legge, a nulla rilevando che, nell'ambito familiare, si trovino conviventi familiari non lavoratori idonei a fornire l'aiuto necessario. Peraltro, anche la giustizia amministrativa è pervenuta ad analoghe conclusioni. Il Consiglio di Stato, infatti, pronunciandosi circa l'applicabilità ad un docente di una scuola pubblica dell'articolo 33 comma 5 della legge 104/92, con sentenza del 19.01.1998, n. 394/97, ha affermato che non si può “negare il beneficio allorché sussista il presupposto dell'effettiva assistenza continuativa da parte del lavoratore medesimo sulla considerazione che il rapporto possa essere instaurato da altri familiari. Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato ha, inoltre, evidenziato che il beneficio in questione non è subordinato alla mancanza di altri familiari in grado di assistere il portatore di handicap” (così Sentenza n. 465/2020 pubbl. il 16/09/2020).*

Orbene, come è noto l'art. 33, comma V, L. 104/1992 dispone che “*Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere*”; 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).

Orbene, per quanto qui rileva, l'interpretazione della L. n. 104 del 1992, è stata oggetto di vari interventi della Corte costituzionale, che ha chiarito come la legge in questione ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali. In questi interventi la Corte Costituzionale ha, in particolare, espresso il principio secondo cui la possibilità di applicazione dell'art. 33, comma 5, L. 104/1992 può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, **per la tutela di rilevanti interessi collettivi**, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002, fattispecie in materia di concorso per uditore giudiziario). Occorre sempre ricordare che, secondo l'insegnamento della consolidata giurisprudenza costituzionale, con la n. 104/1992 il legislatore ha preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, in attuazione del principio (cfr. Corte Cost. n. 215/1987) secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (cfr. Corte Cost. n. 350/2003, n. 467/2002, n. 167/1999). In questo quadro è stato altresì posto l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia "nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (cfr. Corte Cost. n. 203/2013, n. 329/2011), sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli e, in particolare dei portatori di handicap gravi, quale la madre dell'odierna ricorrente richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (cfr. Corte Cost., sentenza n. 203 citata). Sul punto appare opportuno richiamare anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., tra le altre, 25 giugno 2019, n. 82909) secondo cui il trasferimento ex art. 33, comma 5, della



legge n. 104/1992 implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, in esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione partendo comunque dal presupposto che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non, invece, nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione ovvero del richiedente, avendo lo stesso natura strumentale ed essendo intimamente connesso con la persona dell'assistito (Cons. Stato. Sez. Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 274; 27 settembre 2018, n. 5550; 3 gennaio 2018, n. 29; 31 agosto 2016, n. 3526).

La Giurisprudenza di merito, si è più volte pronunciata in ordine al diritto dei Dirigenti Scolastici, aventi necessità di assistenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 di parenti e/o affini sino al terzo grado portatori di handicap grave, di scegliere la sede di lavoro più vicina allo stesso disabile.

La Corte di Appello di Ancona, con sentenza del 28.01.2021, seppur in materia di assegnazione sede a seguito di superamento di concorso pubblico, ha affermato un principio valido anche nella presente fattispecie secondo cui *"Il diritto di scelta della sede sancito dall'art. 33 citato non è un diritto assoluto tanto che il legislatore ritiene che possa essere riconosciuta "ove possibile". Tale ultimo inciso evoca la necessità di bilanciare l'interesse del privato cittadino e della tutela della salute del disabile assistito sancito dall'art. 32 cost., con l'interesse della parte datoriale al libero esercizio dell'attività economica, previsto dall'art. 41 cost., che si unisce nel caso della pubblica amministrazione all'esigenza di buon andamento ed imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione tutelato dall'art. 97 cost. Per tali ragioni la Cassazione ha ritenuto di affermare che il diritto (di cui all'art. 33 legge 104/1992) non è assoluto e privo di condizioni ed implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze 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". Nella presente fattispecie non ha in alcun modo opposto alla richiesta di precedenza alcuna esigenza organizzativa che potrebbe determinarsi in un danno per la collettività, ma ha esclusivamente affermato- in modo errato- che le dichiarazioni dei due fratelli non erano idonee allo scopo. Ebbene, in mancanza di tali prove da parte dell'amministrazione circa la sussistenza di *esigenze organizzative*, la Corte di Appello sopra citata conclude*



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

inequivocabilmente “..l'art. 33 comma 5 della legge 104/1992..omissis..è pienamente applicabile nel caso di specie ed integra una **disposizione di legge imperativa** che non può essere in alcun modo derogata dal bando di concorso, trattandosi di norma che è espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie “resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap (Corte Cost. 213/2016, 19/2009, 233/2005). **L'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità ed idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica** [Corte Cost. n. 213/2016; n. 158/2007 e n. 350/2003]..... Nell'assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992....”.

Nel caso di specie, si evidenzia che l'Amministrazione convenuta non ha mai indicato quelle esigenze economiche e organizzative del datore ritenute dalla superiore giurisprudenza **unico caso di limitazione del diritto fondamentale (ovvero del disabile) a ricevere la necessaria assistenza da parte del parente e/o affine lavoratore dipendente**. E' bene rilevare che il datore di lavoro pubblico deve rigorosamente provare i motivi per i quali non è stato “possibile” riconoscere al dipendente il diritto di precedenza *ex lege* previsto. Le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 7945/2008 hanno, infatti, statuito che “**La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta delle sede fa carico poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 21103 c.c., u.c., (per l'affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro)**”.

Sulla stesa scia il Tribunale di Terni che con la sentenza n. 29 del 20 gennaio 2021 ha concluso che il diritto al trasferimento può considerarsi precluso solo in mancanza



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

“della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato”
(conf. Trib. Trani Ordinanza collegiale n. 5101/2020 dell’8.12.2020).

L’invocata tutela cautelare prima e nel merito dopo, è necessaria per evitare una palese ed ingiustificata **disparità di trattamento che danneggia tanto il disabile quanto il lavoratore care giver.**

Sul punto della discriminazione o disparità di trattamento tra lavoratori che assistono parenti con disabilità grave, si deve evidenziare come in materia debba valutarsi sia la normativa e la giurisprudenza nazionale sia quella euro-comunitaria alle quali il Giudice nazionale deve naturalmente uniformarsi. Infatti, come in modo ineccepibile evidenziato dalla Corte di Appello di Firenze con le sentenze nn. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021 e dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza n. 6150/2019 del 01.03.2019, in tale materia non si può prescindere dall’art 5 della Direttiva n. 78/2000 “*essendo il giudice nazionale tenuto all’interpretazione conforme del diritto interno*”. Ebbene, la Direttiva 78/2000 all’art. 5 si occupa della disabilità e le garanzie approntate dal diritto dell’Unione al lavoratore disabile si applicano “*anche nei casi in cui si faccia astrattamente questioni di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore o la lavoratrice non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie handicap}, ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziale in ragione della sua relazione con il portatore del fattore, come nel caso dell’handicap potrebbe tipicamente accadere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile...*”.

La corretta interpretazione della normativa comunitaria e della conseguente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (che tra l’altro ha sanzionato l’Italia per non avere adeguato la propria normativa interna alle direttive comunitarie), “**...impone allora di ritenere l’esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell’Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adottare, nei limiti di sforzo non sproporzionato, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto**”.

Ciò concretamente significa che “*...riguardo all’interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell’organico a mezzo delle procedure di mobilità, l’attribuzione di un diritto di*



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

*precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 104/1992 **non determini un “onere sproporzionato”** e ciò in quanto “.....la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non costituente per l'amministrazione un onere sproporzionato per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori **care givers**”* (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).

SUL PERICULUM IN MORA

Alla luce di quanto ampiamente esposto in fatto ed in diritto, risulta evidente la sussistenza del requisito del *fumus boni juris* stante la palese illegittimità del diniego manifestato nei confronti dell'odierna ricorrente.

Per quanto concerne il requisito del *periculum in mora* è ancora più evidente.

La ricorrente è unico soggetto che può svolgere la suddetta assistenza stante nessun altro parente può provvedere all'assistenza del disabile. Un eventuale mancata assegnazione sede ex art. 332, V comma, L. 104/1992 arrecherebbe un gravissimo pregiudizio per il disabile da assistere. In più, la evidentissima distanza chilometrica- 112,3 Km- tra la sede lavorativa (Castelbuono) e la propria residenza (Mezzojuso), rende difficile se non addirittura impossibile l'assistenza alla disabile da parte della stessa sig.ra Tavalacci.

Sul punto il Tribunale di Milano con l'ordinanza collegiale del 30.11.2018, ha affermato che “...*deve ritenersi che la reclamante sia attualmente l'unica persona in grado di prestare assistenza alla sorella le cui condizioni di salute – **ove non si provvedesse in via d'urgenza – rischierebbero un'ulteriore grave compromissione, con conseguente totale frustrazione delle esigenze che la norma invocata mira a tutelare***”.

Ancor più recentemente il Tribunale di Pavia con ordinanza cautelare del 30.10.2019 ha altresì evidenziato che “*stante la rilevanza costituzionale dei valori coinvolti relativi a diritti umani fondamentali, il mancato accoglimento della domanda comporterebbe danni gravi ed irreparabili in primo luogo alla nonna pluriottantenne affetta da handicap grave. Ed in secondo luogo, il non subitaneo accoglimento dell'istanza arrecherebbe danno irreparabile anche al lavoratore familiare il cui trattenimento in una sede più lontana dal proprio domicilio*



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

aggraverebbe eccessivamente la propria attività di assistenza materiale ed emotiva in favore del congiunto.. Da tanto riviene che il mancato immediato accoglimento dell'istanza comporterebbe, dunque, una lesione non di semplice natura economica che, come tale, non è suscettibile di ristoro per equivalente”.

Ma c'è di più!

In subiecta materia, la Giurisprudenza di merito ha evidenziato in modo del tutto condivisibile che *“la superiore circostanza, documentalmente provata, assorbente rispetto alle ulteriori esigenze cautelari dedotte in ricorso, fa ritenere che, nel tempo necessario per la definizione del giudizio di merito, l'istante riceverebbe un imminente ed irreparabile pregiudizio nella sua sfera personale e familiare, ove si consideri l'impossibilità di prestare le necessarie cure alla madre, riconosciuta, come già detto, portatrice di handicap grave, e ciò in spregio ai precetti costituzionali di cui agli 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”* (ordinanza Tribunale di Termini Imerese n. 10605 del 31 luglio 2017). Sussiste pertanto l'urgenza ed indifferibilità del della presente istanza cautelare.

Tutto ciò esposto la ricorrente, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata

CHIEDE

che l'Ill.mo Giudice del Tribunale di Termini Imerese, in funzione di Giudice del Lavoro, Voglia, in accoglimento del presente ricorso

IN VIA CAUTELARE:

- Accertare il diritto all'assegnazione della sede di lavoro ex art. 33 L. 104/1992 più vicina alla residenza della disabile da assistere;
- Conseguentemente condannare, in via cautelare ed urgente, il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la ricorrente a Palermo e Provincia, nella sede più vicina alla residenza del disabile da assistere e ciò anche in sovrannumero;

NEL MERITO:

- Accertare il diritto all'assegnazione della sede di lavoro ex art. 33 L. 104/1992 più vicina alla residenza della disabile da assistere;



Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone- Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

- Conseguentemente condannare, il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la ricorrente a Palermo e Provincia, nella sede più vicina alla residenza del disabile da assistere e ciò anche in sovrannumero;

Con condanna alle spese ed onorari del presente giudizio da distrarre in favore dei sottoscritti procuratori.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che lo stesso è pari ad € 259,00 essendo la causa di valore indeterminato.

In via istruttoria, si depositano i documenti di cui all'indice atti.

Palermo 01.10.2021

Avv. Alessio Ardizzone

Avv. Christian Conti

