

STUDIO LEGALE
AVV. Pasqualina Fossari
Viale Luigi Cadorna Is. 212 Comp. V
98123 MESSINA
e-mail avv.pasqualinafossari@gmail.com
pec avv.pasqualinafossari@pec.giuffre.it
Tel 090.710777
Cell. 3490807213

TRIBUNALE DI MESSINA – SEZIONE LAVORO

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

Con istanza per la determinazione delle modalità della notificazione ex art. 151 c.p.c.

FURNARI VERA, nata a Milazzo (ME) il 20 settembre 1982, C.F. FRN VRE 82P60 F206J, residente in San Filippo del Mela (ME), Corso Garibaldi n. 231, elettivamente domiciliata in Messina, Viale Cadorna is. 212, comparto V, presso lo studio dell'Avv. Pasqualina Fossari (C.F. FSS PQL 78E50 F537X – Fax n. 0909148687 – PEC avv.pasqualinafossari@pec.giuffre.it, indirizzi ai quali chiede esplicitamente gli vengano effettuate tutte le comunicazioni di cancelleria, le notifiche e le eventuali opposizioni) che la rappresenta e difende per procura in calce al presente atto

CONTRO

- 1) MINISTERO della ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITÀ e della RICERCA, in persona del Ministro pro tempore, P.I. 80185250588, Via Trastevere n. 76/A, Roma, rappresentato, difeso e domiciliato ope legis presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina, con sede in Messina, Via Dei Mille n. 65;
- 2) M.I.U.R. - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per la SICILIA, in persona del Direttore pro tempore, C.F. 81002530871, Via G. Fattori n. 60, Palermo, rappresentato, difeso e domiciliato ope legis presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina, con sede in Messina, Via Dei Mille n. 65;
- 3) M.I.U.R. - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per la SICILIA AMBITO TERRITORIALE di Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, C.F. 80012100824, Via San Lorenzo Colli n. 312g, rappresentato, difeso e domiciliato ope legis presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di



Messina, con sede in Messina, Via Dei Mille n. 65;

4) M.I.U.R. - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per la SICILIA
AMBITO TERRITORIALE di Messina, in persona del Direttore pro tempore,
C.F. 80005000833, con sede in Messina, Via San Paolo n. 361 ex IAI,
rappresentato, difeso e domiciliato ope legis presso l'Avvocatura Distrettuale
dello Stato di Messina, con sede in Messina, Via Dei Mille n. 65;

e nei confronti di

5) tutto il personale docente di scuola Primaria inserito nell'elenco dei
trasferimenti del personale docenti scuola Primaria, anno scolastico 2020/2021
partecipanti alla procedura di mobilità provincia e interprovinciale a.s. 2020/21.

* * * * *

Ai fini dell'accoglimento delle conclusioni che seguiranno si premette in fatto
che:

I) il 26 novembre 2015 la ricorrente sottoscriveva un “contratto individuale di
lavoro a tempo indeterminato” ai sensi della legge 107/2015, art. 1, comma 98,
lettera c (cfr. allegato n. 3), relativo all’area professionale del personale docenti
di scuola Primaria, con decorrenza dall’1 settembre 2015 (anno scolastico
2015/2016) con assegnazione all’I.C. Cefalù – Nicola Botta, codice
PAEE8AJ01A (cfr. allegato n. 3);

- in data 19 aprile 2020, la Dott.ssa Furnari presentava domanda di mobilità
tramite il sito “presentazione istanze online” chiedendo di usufruire della
mobilità territoriale e/o professionale per l’anno scolastico 2020/2021. Con
tale domanda la ricorrente indicava, ai sensi dell’O.M. n. 182 del 23 marzo
2020, le “preferenze territoriali provinciali” presso le quali la stessa desiderava
essere assegnata con il trasferimento interprovinciale, specificando nell’apposita
sezione del modulo – domanda i codici sintetici di ambiti e province (cfr.
allegata al n. 4);

- i resistenti, in data 29 giugno 2020, pubblicavano la graduatoria e la ricorrente
non risultava inserita nei bollettini dei movimenti pubblicati dagli Ambiti
Territoriali indicati tra i primi in ordine di preferenza nell’apposita sezione del



modulo - domanda (cfr. graduatoria allegata al n. 2). La ricorrente prendeva visione e verificava che non le era stato riconosciuto il punteggio che le spettava ai sensi della Legge 104 (cfr. allegato n. 5);

- in data 2 luglio 2020 la ricorrente proponeva reclamo ai sensi dell'art. 42 comma I del CCNI dell'11 aprile 2017 e successive modifiche (cfr. allegato al n. 6);

- i resistenti non hanno riscontrato in alcun modo tale reclamo, sebbene siano trascorsi 19 giorni dalla presentazione del reclamo.

II) I provvedimenti con i quali i resistenti non hanno accolto la domanda di trasferimento interprovinciale della Furnari, rigettando di fatto il successivo reclamo proposto dalla stessa, sono illegittimi in quanto i resistenti non hanno applicato correttamente la normativa vigente. Infatti, la ricorrente è l'unica referente che può assistere il proprio zio Furnari Giuseppe, non ricoverato a tempo pieno presso istituti di cura, portatore di Handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 33 comma 3 Legge 104/92, tale riconosciuto con verbale della Commissione Medica INPS accertamento handicap del 3/3/2009 (cfr. allegato al n. 7). A dimostrazione di ciò, la ricorrente ha dichiarato sotto la propria responsabilità nella domanda di mobilità di essere l'unica referente prossima del Sig. Furnari Giuseppe perché:

a) la Sig.ra Furnari Tindara (sorella convivente non coniugata del disabile Furnari Giuseppe) si avvale a propria volta dei benefici previsti nell'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/1992, poiché affetta da Deficit cognitivo, diabete mellito ed insufficienza cardiaca (cfr. allegato al n. 8);

b) il Sig. Furnari Salvatore (fratello coniugato non convivente) si avvale dei benefici previsti nell'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/1992, poiché affetto da diabete mellito, cardiopatia ipertensiva, esiti di herpes zoster (cfr. allegato al n. 9);

c) la Sig.ra Furnari Angelica (nipote non convivente) si avvale dei benefici previsti nell'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/1992, poiché affetta da Handicap grave con accompagnamento (cfr. allegato al n. 10);



d) la Sig.ra Dragà Diega (cognata) non è in grado di effettuare l'assistenza al cognato disabile perché presta assistenza continua alla figlia Furnari Angelica (cfr. allegato al n. 11 e certificato storico di famiglia allegato al n. 12).

La ricorrente produce altresì il verbale della commissione medica con il quale lo zio Furnari Giuseppe è stato riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità (cfr. allegato n. 7). Dall'attuale condizione clinica del Sig. Furnari Giuseppe non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile. Le condizioni di salute dello zio della ricorrente sono destinate ad aggravarsi e non avranno neanche un minimo miglioramento (il verbale non è più soggetto a revisione).

Ne consegue l'assoluta necessità di una presenza il più possibile continua della nipote la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del "disabile". Purtroppo, così come si evince dalla pubblicazione della graduatoria allegata, il Ministero resistente non ha riconosciuto alla ricorrente il punteggio spettante in applicazione della Legge 104/1992. Conseguentemente alla ricorrente non è stato riconosciuto il diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 182 del 23 marzo 2020 attuativa del CCNI del 6 marzo 2019.

Per tali motivi, la ricorrente sarà costretta a lavorare presso l'Istituto Comprensivo "Ignazio Buttitta", con sede in Bagheria (PA) al quale è assegnata, con conseguente irreparabile danno per lo zio disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

La procedura risulta viziata ab origine e come tale illegittima per i seguenti motivi di

DIRITTO

A) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21 e 33 della Legge 104/92;
Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; violazione del principio gerarchico delle



fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità: illegittimità dell'art. 14 CCNI.

L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" ai parenti disabili, nella qualità di parente o affine referente unico, consentendo agli stessi di chiedere solo la assegnazione provvisoria invece di quella definitiva così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92. Peraltro, in tale modo, ogni anno la ricorrente non ha mai la certezza di ottenere la assegnazione provvisoria in Provincia di Messina, rischiando sempre il trasferimento in Provincia di Palermo.

Più precisamente l'art. 14 del CCNI sottoscritto in data 6 marzo 2019 testualmente dispone che "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 familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale".

Tale operazione, però, non è in linea con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al d.Lgs 16 aprile 1994 n 297, in particolare dall'art. 601, laddove dispone: (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".

Appare evidente che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V.



Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017).

Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che: "La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. 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".

Inoltre, il richiamato art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3:) il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (comma 5) ha diritto di 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". La predetta disposizione normativa, non derogabile, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata".

La nozione legale di trasferimento è stata elaborata dalla giurisprudenza consolidata dalla Corte di Cassazione come mutamento geografico definitivo del luogo della prestazione.

Normalmente tale mutamento avviene tra due distinte unità produttive e non è configurabile quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima attività produttiva ma ciò non vale nei casi in cui l'attività produttiva



comprenda uffici notevolmente distanti tra loro e siti in comuni diversi (cfr. Cass. 12097/2010).

E questo avviene nel caso di specie atteso che la ricorrente dovrebbe prendere servizio in un istituto collocato in comune diverso (Bagheria - Palermo) rispetto a quello della persona da assistere (Barcellona Pozzo di Gotto).

Orbene la predetta disposizione normativa, che non può essere derogata o posta in contrasto dal CCNI, nel tutelare in via generale ed eccezionale le persone portatrici di handicap nel pieno rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione (artt. 2, 3, 32) racchiude in sé disposizioni, come l'art. 33, alle quali pacificamente riconosciuto il rango di *lex specialis* rispetto alla norma di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Tribunale di Matera ordinanza del 6.2.012).

Pertanto, le censure mosse nei confronti dell'art. 14 del CCNI si fondano tanto sulla palese violazione delle disposizioni della legge 104 quanto sulla scarsa sensibilità della contrattazione collettiva allo status, al diritto del disabile e alle stesse finalità della predetta legge dai quali emerge in modo incontrovertibile la portata imperativa delle disposizioni legislative violate.

Difatti, le norme imperative impongono un preciso assetto di interessi, peraltro non modificabile da qualunque fonte del diritto e in nessun caso se trattasi di una fonte subordinata ed inferiore alle stesse come per il caso in esame il CCNI.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, infatti, statuisce che “l'art. 33 comma 5 della legge 104/92 deve essere interpretato in termini costituzionalmente orientati alla luce dell'art. 3 comma 2 Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13.12.2006 sui diritti dei disabili con L. n. 18/2009 in funzione della tutela della persona disabile” (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

Ed è proprio dal carattere di priorità gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante “esterno”, sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati



nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi consentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva.

Orbene, nel caso in esame, l'amministrazione ha illegittimamente limitato i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità.

È pacifico che, in virtù del sistema gerarchico vigente nel nostro ordinamento, la contrattazione collettiva si presenta gerarchicamente subordinata alla legge.

La precedenza prevista da una *lex specialis* che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti di integrazione sociale, e assistenza alla persona disabile (art 2 l. 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di trasferimenti.

Nel caso di specie il CCNI 2019/20 ha surrettiziamente, annullato/eliminato il diritto sancito dalla legge 104/1992 ne può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede dalla l. 104/92 del dipendente che assiste il familiare disabile.

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: "la precedenza prevista da una *lex specialis*, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Ord. Trib. Vercelli del 12.01.2017, Trib. Messina - Trib. Potenza- Trib Ravenna- Trib. Genova, Trib. Termini Imerese, Trib. Latina).

Orbene dalla documentazione versata in atti si evince la grave patologia della quale è affetto lo zio della ricorrente per il quale la stessa è l'unica referente a doversene prendere cura in virtù della oggettiva impossibilità degli altri parenti



prossimi di poter prestare assistenza con esclusività e continuità al Sig. Furnari Giuseppe disabile, diversamente operando si avrebbe una chiara vanificazione delle finalità proprie della legge nonché una violazione dei diritti costituzionali a tutela del diritto alla salute ed alla assistenza .

Sulla scorta di tali argomentazioni la giurisprudenza di merito ha reiteratamente stigmatizzato il principio secondo cui il CCNI non può porsi in contrasto con le superiori disposizioni normative “il CCNI mobilità si pone in contrasto con l’art. 33 dal momento che tale previsione comporta quale conseguenza la sostanziale vanificazione della tutela apprestata dalla L. 104/92; la conseguenza di quanto sin qui esposto comporta l’affermazione del diritto della ricorrente alla precedenza nel trasferimento interprovinciale presso uno degli ambiti della provincia di... o altro ambito su sede compatibile con la necessità di assistenza del disabile come indicati dalla ricorrente nella domanda di mobilità; deve pertanto trovare applicazione il trasferimento tra province diverse” (cfr. Ord. Trib. Vercelli del 12.1.017).

Sul punto, anche la Corte di Appello di Sassari ha disposto l’annullamento della disposizione del Contratto Nazionale Integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e ATA perché in palese contrasto e violazione con la norma imperativa di cui all’art.33 L. 104/92 per l’assistenza, l’integrazione sociale dei diritti delle persone disabili, in quanto la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti che non possono essere disattesi nel nome di situazioni in cui la legge non assicura la medesima tutela con la conseguente nullità per contrasto con una norma imperativa delle disposizioni del contratto nazionale per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate.

Sotto tale primo profilo e per l’assorbente motivo, la ricorrente ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell’art 33 L. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

B) Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex artt. 3, 97 Cost.; Violazione dell’art. 3, secondo comma, Cost., dell’art. 26 della Carta



di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006.

Alla luce delle superiori considerazioni non possono residuare dubbi che il citato CCNI ha operato una surrettizia deroga ai principi ed al dettato della legge 104/92 escludendo la operatività della precedenza in parola ai trasferimenti interprovinciali.

Nel caso di che trattasi è palese la disparità di trattamento perpetrata da parte dell'Amministrazione atteso che la sua condotta difetta di una giustificazione oggettiva e ragionevole che giustifichi la mancata valutazione ed il conseguente mancato riconoscimento del diritto alla precedenza per l'handicap dello zio. Ed invero, non si giustifica dunque la disparità di trattamento tra personale docente di scuola primaria che partecipa alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierna ricorrente, partecipa alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

Ed invero, l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito.

Peraltro, diversamente opinando si perverrebbe ad una interpretazione della vigente normativa senz'altro contraria ai principi di eguaglianza e d'imparzialità della p.a. (artt. 3 e 97 Cost).

La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza della Sezione Lavoro n. 25379/2016 ha ritenuto in ipotesi in cui era anzi documentato solo un handicap non grave - che: "In effetti questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, ha affermato il principio secondo cui "la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'art. 33 cit.], deve essere interpretata in



termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte" (Cass. n. 9201/2012).

Sul punto va rimarcato che la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con la n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto, in virtù di una lettura combinata dei valori costituzionali, dei principi di certezza del diritto e affidamento del cittadino, appare giustificata la censura di disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

A ciò si aggiunga che "L'onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all'esercizio del diritto grava sul datore di lavoro" (Cfr. Cass. Sez. Lav. 18.02.2009, n. 3896).

In un caso analogo la giurisprudenza di merito ha sancito che "il MIUR, su cui gravava l'onere di dimostrare la sussistenza di ragioni impeditive che non hanno consentito di trasferire la ricorrente in Provincia di.....non ha svolto al riguardo alcuna allegazione concreta, limitandosi a richiamare nella sua memoria il fatto che la precedenza è concessa ove possibile e a dichiarare laconicamente che in fase interprovinciale la domanda non era stata accolta" (ord. Tribunale di La Spezia n. 497/2018 del 12 febbraio 2018).

Ebbene, tenuto conto che l'art. 40, comma 1 ultimo capoverso, del d.lgs. 165/2001 prevede che "Nelle materie della mobilità.....la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge" e che il comma 3 quinquies del medesimo prevede che "Nei casi di violazione dei



vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” deve ritenersi che il CCNI richiamato, nella parte in cui esclude il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali limitandoli peraltro soltanto ad alcuni gradi di parentela viola in una materia, quella della mobilità, in cui la contrattazione collettiva è espressamente ammessa nei soli limiti previsti dalla legge, l’assetto normativo che precede.

In tale contesto la disposizione del CCNI risulta del tutto contrastante con l’evoluzione normativa (di rango superiore, nazionale, costituzionale, europea, internazionale) e giurisprudenziale sopra esposta e deve pertanto essere disapplicata.

Inoltre la Suprema Corte con l’ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120 precisa che la disposizione dell’art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell’art. 3 comma 2° Costituzione, dell’art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. Corte di Cassazione, 7.6.2012 n. 9201).

Le misure previste dall’art. 33 comma 5° devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo riconducibile al principio sancito dall’art. 3 comma 2 Cost. - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l’assistenza familiare e, dall’altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017). Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro (cfr. sull’onere probatorio Corte di



Cassazione, 18.2.2009 n. 3896).

Ebbene nel caso di che trattasi l'amministrazione scolastica non ha rispettato, nell'ambito della procedura di mobilità, l'esigenza primaria del disabile facendo venir meno la tutela del diritto del disabile garantita di contro dalla stessa contrattazione collettiva nonché dalla L. 104/1992.

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito e, tra tutte, dal Tribunale di Pisa che, con recentissima ordinanza, ha così disposto: "L'esame della precedenza ex art. 33 L. 104/1992, imponeva che a seguito dell'esame della domanda di mobilità presentata dal deducente, in caso di assenza di posti nel primo ambito territoriale indicato nella domanda di mobilità, il rispetto dei criteri di vicinanza rispetto al primo ambito territoriale indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle previsioni normative del CCNI. Il MIUR, quindi, avrebbe dovuto riconoscere tale precedenza, atteso anche che l'Amministrazione era stata messa al corrente della delicata posizione del ricorrente. Infatti, l'art. 601 del D.Lgs. n. 297/94, stabilisce che: "Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui il presente testo unico. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità".

Orbene, nel caso in esame, l'amministrazione così operando ha illegittimamente limitato i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una procedura che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità, quando invece in virtù delle superiori norme avrebbe dovuto riconoscere alla ricorrente, in virtù di una corretta valutazione della domanda di mobilità il proprio diritto alla precedenza ed il conseguenziale trasferimento presso la sede richiesta.

Sul punto reiteratamente la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui "Tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui



non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017). La scelta di limitare l'operatività della L. 104 alle sole mobilità provinciali non ha alcun fondamento logico e giuridico ed è in contrasto con norme primarie inderogabili.”

Inoltre il Tribunale di Potenza ha disposto che “Il contratto collettivo della nazionale della scuola non può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede, stabilito dalla legge 104/1992 del dipendente che assiste un familiare disabile” e che “l'intervento operato dal CCNL ha di fatto introdotto una grave limitazione dei benefici della legge 104/1992 “ disponendo il diritto della ricorrente alla precedenza nelle operazioni di mobilità ex legge 104/1992 rimettendo ai competenti uffici del Miur l'adozione dei consequenziali provvedimenti”.

In ordine all'assegnazione della sede e del trasferimento il Tribunale di Lodi in composizione collegiale ha disposto che non osta a tale conclusione la “locuzione ove possibile” di cui all'art 33 c. 5 della legge 104 /1992 non avendo l'amministrazione scolastica provato e nemmeno dedotto la mancata vacanza del posto rivendicato né la sua indisponibilità.

In ultimo anche il Tribunale di Roma, G.I. dott.ssa Falato, con ordinanza del 14.9.17 ha statuito che “la norma di rango primario, applicabile come visto al personale docente, consente al lavoratore che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato che non può essere assistito da altri che non il lavoratore interessato, il diritto di scegliere, ove possibile la sede più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

In ultimo anche il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, ha disposto che “la norma speciale di cui all'art. 601 del T.U. sulla scuola (D.Lgs. n. 244/1997) prevede che gli artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 comportino la precedenza anche in sede di mobilità; che, di contro, gli artt. 13, punto IV, e 14 del C.C.N.I. dell'11 aprile 2017, prorogato anche per l'a.s. 2018/2019, riconoscono



la precedenza al figlio referente unico che assiste il genitore disabile nei trasferimenti provinciali, mentre in quelli interprovinciali solo nelle operazioni di assegnazione provvisoria; che tali disposizioni pattizie, meno favorevoli, si pongono in contrasto con la suddetta norma imperativa e vanno quindi ritenute nulle”.

Infine anche il Tar Lazio con ordinanza del 15.6.2018 ha sospeso la efficacia della ordinanza attuativa della mobilità 2018/2019 in parte qua “Ritenuta l’impugnata ordinanza confliggere con l’art. 33, co. 5, L. n. 104/1992, richiamato dall’art. 61 del Testo unico sull’istruzione, nella parte in cui esclude dal diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale il discendente di soggetto versante in handicap di particolare gravità, come già sancito dal giudice ordinario” (Trib. Salerno, 3.8.2012).

Ne consegue che la clausola pattizia di cui all’art 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità provvisoria (non definitiva) provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell’art 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all’art 33 c. 5 l. 104/92, art. 601 del dlgs 297/1994, e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

Istanza cautelare ex art 700 cpc

In ordine al fumus boni iuris si rinvia ai superiori motivi di diritto che certamente devono essere accolti.

In ordine al periculum in mora.

Il mancato accoglimento della presente istanza e la necessità di attendere la fine del giudizio determinerebbe un danno grave ed irreparabile per la ricorrente e per il di lei zio, attesi i tempi del giudizio ordinario.

Dalla documentazione versata in atti, emerge l’irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente, l’intero nucleo familiare della stessa e, soprattutto, lo zio disabile che si vedrebbe privato della necessaria quotidiana assistenza e cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto, quale pregiudizio e



danno concreto ed irreparabile del suo generale stato personale e di salute che non può in alcun modo essere ristorato.

L'adozione del provvedimento cautelare ha la pregnante finalità di evitare il prodursi ed il protrarsi dell'evento lesivo, per inibire le ulteriori conseguenze pregiudizievoli della condotta illecita già verificatasi, esigenza particolarmente pregnante nel caso di specie in quanto tale finalità è volta alla tutela dello zio della ricorrente, soggetto portatore di handicap, titolare di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.

Il disabile, zio della ricorrente, non è autosufficiente e pertanto non è in grado di svolgere autonomamente le più elementari attività quotidiane, né di carattere alimentare né igienico.

L'assegnazione della ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dallo zio disabile certamente cagionerebbe gravi disagi alla vita familiare dello stesso e irreparabile nocumento alle esigenze di cura dello stesso, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.

La chiesta cautela si impone anche sotto ulteriore profilo garantito dalla Carta Costituzionale. A ciò si aggiunga che la ricorrente, chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dallo zio, premesso che la ricorrente è una figura **indispensabile** per la cura e l'assistenza del Sig. Furnari Giuseppe che, non può essere privata della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi.

Tale condizione, in cui viene collocata dall'amministrazione scolastica la ricorrente rappresenta un inevitabile "pregiudizio per l'unità della famiglia" nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria, perché non considerando tutti i periodi di precariato, sono state "gravemente compromesse l'unità e la serenità del nucleo familiare, in considerazione dell'attuale distanza tra luogo di lavoro e di residenza della famiglia".

I principi costituzionali, tra cui gli artt. 29 e 31, tutelano in modo chiarissimo



l'unità familiare. Così facendo la PA ha violato del tutto tali principi. Peraltro, non si possono creare le condizioni di andare a minare l'unità familiare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni nazionali contrarie. Ne consegue che devono essere riconosciute la sussistenza attuale di ragioni d'urgenza, stante il pregiudizio effettivo alla vita familiare da ritenersi irreparabile - come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia di mobilità - giacché non risarcibile per equivalente, ricadendo i relativi effetti lesivi, non su interessi meramente patrimoniali, bensì sulla stessa sfera dei diritti personali, in quanto tali insuscetibili di reintegrazione ex post.

La ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2020, dovrà recarsi nella sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per la stessa e per lo zio disabile. Per di più, si evidenzia il grave danno economico cui la ricorrente andrà incontro, dovendo affrontare le spese per il trasferimento, le spese per l'affitto di una casa e, necessariamente, le spese per i continui viaggi per il rientro nella provincia di Messina.

E' evidente, pertanto, la concreta ed attuale imminenza del pericolo che fonda la richiesta di provvedimento d'urgenza.

Per quanto esposto, appaiono dimostrati i requisiti per la richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., tanto sotto il profilo del fumus che del periculum, atteso il grave ed irreparabile danno che la ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo Sig. Giudice adito non adotti il provvedimento cautelare richiesto.

Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra domiciliata, rappresentata e difeso chiede che l'Ill.mo Giudice adito voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

Respinta ogni contraria istanza, difesa e/o eccezione:

1) accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 c.c. e 40 c. 1 ultimo cpv. del d.lgs. 165/01 degli artt. 13 punto IV del CCNI e 14 sulla mobilità 2020/2021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) nella parte in cui non prevede il diritto di



precedenza nei trasferimenti interprovinciali alla Dott.ssa Furnari Vera individuata come referente unica che presta assistenza allo zio disabile in situazione di gravità e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della ricorrente presso l'ambito della provincia di Messina anche in sovrannumero e comunque in uno degli Ambiti Territoriali di cui alla domanda secondo l'ordine indicato e che le consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei zio Sig. Furnari Giuseppe e ciò con effetto immediato;

2) accertare e dichiarare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e contestualmente ex art 700 c.p.c. emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto della ricorrente con particolare riferimento alla disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva della stessa che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Sicilia scuola primaria pubblicata in data 29 giugno 2020 e degli altri provvedimenti antecedenti e successivi con il quale non è stata riconosciuta la precedenza richiesta alla ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza allo zio disabile per gli anni scolastici 2020/21 e seguenti, con i quali è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso l'ambito territoriale nella Provincia di Messina, ovvero in via ulteriormente gradata ad uno degli Ambiti Territoriali di cui alla domanda, secondo l'ordine indicato, garantendo il diritto all'assistenza dello zio e comunque adottare ogni provvedimento utile e conducente con contestuale revoca delle assegnazioni ottenute dai resistenti di cui infra;

3) con vittoria di spese e compensi di giudizio.

Nota fiscale: ai fini del versamento del contributo atteso che il valore è indeterminato e pertanto il contributo ammonta ad € 259,00.

Salvo ogni altro diritto.

Messina 15 luglio 2020

(Avv. Pasqualina Fossari)



Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione nei confronti dei controinteressati e litisconsorti (art. 151 c.p.c.)

Il sottoscritto avvocato Pasqualina Fossari, considerata la numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio; considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per la ricorrente, formula espressa

ISTANZA

Affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U. e pertanto

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i componenti del personale docente scuola primaria inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di scuola primaria per l'anno scolastico 2020/2021 partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/21 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR:

http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/2 ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

- a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
- b) nome della ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;
- c) sunto dei motivi del ricorso;



- d) indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “personale docente scuola primaria inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente scuola primaria, anno scolastico 2020/21 partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2020/21;
- e) testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza .

Messina 15 luglio 2020

(Avv. Pasqualina Fossari)



Il sottoscritto informato ai sensi dell'art. 4, III comma, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato, nominano loro procuratore e difensore l'Avv. PASQUALINA FOSSARI, delegandolo a rappresentarli e difenderli in ogni stato e grado del presente giudizio e conferendogli ogni più ampia facoltà di legge, compresa quella di transigere e conciliare, proporre domande riconvenzionali, chiamare terzi in causa ed a manleva, nominare sostituti ed eleggono, a tal fine, domicilio presso il suo studio sito in Messina, Viale Luigi Cadorna is. 212 Comp. V. Dichiarano di avere preso visione della informativa resa ai sensi del D.LGS. 196/03 e di conseguenza autorizzo il trattamento dei dati personali.

Vera Fumari
PER AUTENTICA





TRIBUNALE DI MESSINA
(art.415 c.p.c.)

Il Giudice del Lavoro **Dott.ssa Aurora La Face**,
letto il ricorso che precede;

FISSA

per la comparizione delle parti l'udienza del 13.10.2020 ore 9.
Manda al ricorrente per la notifica, entro i termini di legge,
all'amministrazione convenuta, autorizzando la notifica ai controinteressati
mediante la pubblicazione nei siti istituzionali del Ministero dell'Istruzione,
dell'Università e della Ricerca e dell'Ufficio Scolastico Regionale per la
Sicilia – Ufficio Scolastico Provinciale di Messina entro la medesima data.
Messina, 21/07/2020

Il Giudice
Dott.ssa Aurora La Face

