

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

Ricorso ex art. 414 c.p.c. con istanza ex art. 700 cpc e contestuale
istanza ex art. 151 c.p.c.

Nell'interesse della prof.ssa SUNNA Sabrina nata a Messina il 29.11.1969 residente in Via Tommaseo n. 20 Furci Siculo (ME), c.f. SNNSRN69S69F158U, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina , Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE, DELL' UNIVERSITA' E DELLA RICERCA (MIUR) C.F. 80185250588 in persona del Ministro p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA in persona del legale rappresentante p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI FIRENZE in persona del legale rappresentante p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI MESSINA, in persona del legale rappresentante p.t.;

e nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2019/2020, scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2019/2020, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola

secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2019/020.

La ricorrente è una docente, assunta a tempo indeterminato in data 19.10.2015 attualmente in servizio, in assegnazione provvisoria, presso l'IC S. Teresa di Riva (doc. 1, 2).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n 203 del 8.3.019 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3, 3a, 3b, 3c, 3d).

Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accertarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi dell'art 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992, indicando quale prima sede il Comune di Roccalumera, le scuole, e province disposti secondo un proprio ordine di preferenza così come consentito dalla stessa normativa di riferimento.

In particolare la docente ha indicato quale sede preferita quella del comune di Roccalumera chiedendo con apposita istanza l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei padre, Sig. Sunna Fernando, risulta portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art 3 comma 3 della legge 104/1992 (doc. 4) giusto verbale della commissione medica.

Dall'attuale condizione clinica del padre della ricorrente **non è lecito attendersi alcun miglioramento** atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile (verbale non più soggetto a revisione!).

Ne consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua della ricorrente 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.

Sicchè con mail e lettera di notifica (doc. 5, 6) alla ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 203/2019 attuativa del CCNI del 31.12.2018, prorogato, sebbene la disponibilità dei posti (doc. 7, 8).

Orbene la ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla l.104/1992 non si è vista riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali .

A fronte di tali evidenti lesione **in data 1.9.019** la ricorrente, si vedrà costretta a recarsi presso la scuola di titolarità di Bagno a Ripoli in provincia di Firenze, con conseguente irreparabile danno per il genitore disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

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

DIRITTO

1.Violazione e/o falsa applicazione degli art 21, 33 della Legge 104/92; legge n.183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art 601 ; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità: illegittimità dell'art 13 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*" in quanto "*figlio referente unico*" del

“genitore con disabilità” solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92.

Difatti il CCNI del 31.12.2018 con la disposizione di cui all'art. 13, nel riconoscere il diritto di precedenza al docente figlio referente unico del genitore disabile solo per la mobilità provinciale, **e non anche interprovinciale**, ha illegittimamente compresso e compromesso interessi primari costituzionalmente garantiti che non possono certamente essere disattesi né dalle esigenze organizzative del comparto scuola né da qualsivoglia scelta discrezionale del datore di lavoro né dalla contrattazione collettiva o dalla normativa regolamentare.

Più precisamente l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 31.12.2018 testualmente dispone che *“Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l' operazione a cui si applica”*.

Orbene il punto IV della superiore norma pattizia prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità al **“figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico”** purché *“in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; documentata impossibilità, da parte di ciascun*

altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni”.

Orbene, dal tenore letterale del citato punto IV si evince in modo incontrovertibile che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera **solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza** e non quale precedenza assoluta come previsto per altra ipotesi menzionata nel punto I) del predetto art. 13 CCNI.

Quest'ultimo, infatti, **ricosce una precedenza assoluta**, peraltro nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, *“indipendentemente dalla provincia di provenienza dell'interessato a tutto il personale docente che si trovi, nell'ordine, in una delle seguenti condizioni:*

- 1) personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120);*
- 2) personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82).*

Il docente viene trattato con precedenza su tutte le preferenze di scuola indicate e su tutte le preferenze”.

D'altro canto dal modulo della domanda di trasferimento (definitivo) risulta la seguente dizione:

“Provincia per la quale il docente usufruisce della precedenza prevista dall’art.33, commi 5 e 7, della legge n.104/92 (nei limiti previsti dall’art.13, co.1, punto IV del contratto di mobilità) cosa che mostra che l’amministrazione ritiene tale titolo valido, in termini di diritto di precedenza, solo per i trasferimenti all’interno della provincia.

Ne consegue che l’operatività di tutte le altre ipotesi previste dall’art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, è ristretta alla sola ipotesi di **mobilità provinciale** e non quale precedenza assoluta con evidente disparità di trattamento per le operazioni afferenti i trasferimenti interprovinciali.

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).

Su ricorso patrocinato da questo difensore il **Tribunale di Monza** sul punto con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019 ha sancito che *“ E' palese che l'art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall'art.33, co.3, L.104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all'esercente la tutela legale e “successivamente” al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all'interno della medesima provincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli, in quanto escludere la precedenza nella mobilità interprovinciale comporta un sacrificio delle esigenze di assistenza del disabile sicuramente più gravoso rispetto a quello che viene alleviato con il riconoscimento della precedenza nella*

mobilità provinciale; in questo modo, infatti, l'esercizio del diritto di precedenza nella scelta della sede più vicina al domicilio del disabile risulta frustrato proprio quando tale esigenza è particolarmente pressante in ragione della lontananza della sede di servizio del dipendente dal luogo in cui si realizza l'assistenza alla persona handicappata. Tale esigenza non risulta appagata, in ugual misura, dalla precedenza riconosciuta nelle operazioni di assegnazione provvisoria interprovinciale, attesa la temporaneità dell'istituto, in alcun modo assimilabile al trasferimento definitivo.(doc. 9)

E questo avviene nel caso si specie atteso che la ricorrente dovrebbe prendere servizio in un istituto collocato in comune diverso (Bagno a Ripoli provincia di Firenze) rispetto a quello della persona da assistere (Roccalumera provincia di Messina).

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 è 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) (doc 9a).

Pertanto, le censure mosse nei confronti dell'art. 13 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 primazia 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 2019/020 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 legge 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. Trib. Messina, Barcellona Pozzo di Gotto, Catania, Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo

Valentia, Pisa; Latina) (doc. 10,11,12,13,14,15,16, 17, 18,19,20, 21, 22, 23, 24, 24a).

Orbene dalla documentazione versata in atti si evince la grave patologia della quale è affetto il padre della ricorrente per il quale la stessa è l'unico referente a doversene prendere cura (la ricorrente è figlia unica convivente con il disabile e la sorella vive in Austria) con esclusività e continuità.

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 .

Non v'è chi non veda l'assoluta gravità del quadro clinico del madre della ricorrente al quale certamente non potrà essere negato il diritto all'assistenza continua!

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.

2.Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 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 del genitore.

Ed invero, non si giustifica dunque la disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierno ricorrente, partecipano 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 la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con l. 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).

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, 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.

Anche sotto tale ulteriore profilo il ricorso deve essere accolto e la ricorrente assegnata presso l'ambito ove risiede il disabile.

3. Violazione del combinato disposto di cui all'art 33 legge 104/1992 e del criterio di vicinorietà legge 107/2015;

La procedura adottata dall'amministrazione scolastica è altresì illegittima stante la palese violazione dell'art 33 della legge 104/1992 sotto altro profilo.

Orbene l'art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3) che 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".

Sul punto occorre rilevare che l'amministrazione nell'esaminare la domanda di mobilità della ricorrente aveva l'obbligo, in caso di assenza di posti nella prima sede prescelta, di rispettare i criteri di vicinanza rispetto al primo posto (ove non disponibile) indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle previsioni normative del CCNI e dello stesso art 33 della legge 104/1992.

La finalità della superiore disposizione è 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” contemperando le esigenze dell’amministrazione che, in assenza di posti disponibili, riconosce il diritto di precedenza al referente unico del disabile nel comune viciniore a quello del domicilio dell’assistito.

Ebbene nel caso di che trattasi l’amministrazione scolastica non ha rispettato , nell’ambito della procedura di mobilità, l’ordine delle sedi indicate dalla ricorrente 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 deducendo, 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 al 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 (Roccalumera).

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".

Che in ordine all'assegnazione della sede e del trasferimento il **Tribunale di Lodi**, su ricorso patrocinato da questo difensore , 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 questo **Tribunale di Roma**, 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"*.

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 D.lgs 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, attesi i tempi del giudizio ordinario.

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente e al genitore disabile che si vede 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 del genitore della ricorrente, soggetto portatore di handicap, titolari di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.

Più precisamente il padre è portatore di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 3 della Legge 104/92.

La condizione attuale del genitore della ricorrente necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita.

Al pari la madre della ricorrente ultrasessantacinquenne non può prendersi cura del coniuge disabile con la conseguenza che la stessa è referente unica del padre anche in virtù del fatto che, l'unica sorella della ricorrente, Sig.ra Sunna Assunta vive e risiede in Austria e versa nell'impossibilità di assistere il padre (doc. 25).

A ciò si aggiunga che la ricorrente, attualmente in assegnazione provvisoria a S. Teresa di Riva, da dove, dal mese di settembre 2019, allo scadere dell'assegnazione provvisoria, dovrà fare rientro presso la sede di titolarità di Bagno a Ripoli sarà chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dal padre, la ricorrente è una figura **INDISPENSABILE** per la cura e l'assistenza dello stesso disabile che, non può essere privato della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi.

Ne consegue che l'assegnazione della ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza del genitore disabile certamente cagionerebbe **gravi disagi alla vita familiare** della stessa e irreparabile nocumento alle esigenze di cura del genitore, 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.

Difatti, tale condizione rappresenta un inevitabile **“pregiudizio per l’unità della famiglia”** nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria, sono state “gravemente compromesse l’unità e la serenità del nucleo familiare (la stessa è madre di un minore), 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 e così facendo vengono del tutti violati ne si possono creare le condizioni di andarla a minare, 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 insuscettibili di reintegrazione ex post.

La ricorrente, infatti, **dal prossimo mese di settembre 2019, stante la imminente scadenze dell’assegnazione provvisoria,** si vedrà costretta a lasciare il disabile e a prestare servizio nell’attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per la stessa e per il genitore disabile.

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 dom.ta, rapp.ta e difesa

CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt 1339 , 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2018/2019 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 al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione, **anche in sovrannumero**, presso la prima sede indicata in domanda e comunque secondo l'ordine espresso nel comune di Roccalumera e/o nella provincia di Messina e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che le consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei padre 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 Provincia di Messina scuola secondaria primo grado pubblicato il 24.6.019 con il quale non è stata assegnata la precedenza alla ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza al genitore disabile per gli anni scolastici 2019/2020 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 24.06.019 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso la prima sede indicata e comunque nella Provincia di Messina e per l'effetto disporre **anche in sovrannumero** il trasferimento della ricorrente e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato garantendo il diritto all'assistenza del genitore e comunque adottare ogni provvedimento utile e conducente.

3. Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore del procuratore antistatario.

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso è pari ad € 259,00 (doc. 26).*

Messina 01.07.019

Avvocato

Vincenzo La Cava

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

Il sottoscritto avvocato Vincenzo La Cava, 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 docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2019/2020 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI - Mobilità Scuola 2019/020, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2019/20, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di

primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2019/020 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 “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2019/2020 scuola secondaria di primo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l’a.s. 2019/20, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di primo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2019/020;

e) testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Messina 01.07.019

Avvocato

Vincenzo La Cava