

Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

TRIBUNALE DI AVELLINO IN COMPOSIZIONE COLLEGALE**SEZIONE LAVORO****RECLAMO EX ART. 669 TERDECIES C.P.C.**

Nell'interesse della sig.ra **CARMELA VELLA**, nata a Monteverde (AV) il 12.09.1968 e ivi residente al Viale Michelangelo n.40, C.F.: VLLCML68P52F660P, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Esposito, codice fiscale SPSMRA62H48A783S, fax: 0824.316292, pec: avvmariaesposito@puntopec.it, in virtù di procura speciale del 29.07.2019 in calce al ricorso ex art. 700 c.p.c. (procedimento n. R.G.3033/2019 Tribunale di Avellino Sez. lavoro), che si deposita telematicamente ancora una volta in calce al presente atto, elettivamente domiciliata per la presente procedura presso e nello studio del predetto Avvocato in Benevento, alla via Nicola Giustiniani n.18, dove dichiara di voler ricevere gli avvisi e le comunicazioni al numero di fax 0824.316292 e/o indirizzo PEC: avvmariaesposito@puntopec.it,

Reclamante**CONTRO**

MIUR - MINISTERO DELLA ISTRUZIONE, DELLA UNIVERSITA' E DELLA RICERCA- in persona del Ministro p.t. con sede in Viale Trastevere 76/a 00153 - Roma, codice fiscale 80185250588, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui Uffici in Via Armando Diaz n.11 - C.A.P. 80134 NAPOLI – è domiciliato per legge – pec: napoli@mailcert.avvocaturastato.it

Resistente

MIUR - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA, in persona del legale rapp. p. t., codice fiscale 80039860632, Via Ponte della Maddalena, 55 - 80142 Napoli rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui Uffici in Via Armando Diaz n.11 - C.A.P. 80134 NAPOLI – è domiciliato per legge – pec: napoli@mailcert.avvocaturastato.it

Resistente

Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

**MIUR - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA -
UFFICIO IV AMBITO TERRITORIALE DI AVELLINO**, in persona del legale
rappresentante p.t., Via G. Marotta n.14 – 83100 AVELLINO - rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso i cui Uffici in Via Armando
Diaz n.11 - C.A.P. 80134 NAPOLI – è domiciliato per legge – pec:
napoli@mailcert.avvocaturastato.it

Resistente

AVVERSO E PER LA REVOCA

- del **Decreto n. 12862/2019 (doc. 01) emesso in data 22.08.2019**, in pari data depositato e comunicato via pec, dal Tribunale di Avellino – Sezione Lavoro – in persona del Giudice dott.ssa Alessia Marotta, nel procedimento segnato al **R.G. n. 3033/2019**, con cui è stato rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso dall'odierna reclamante;
- nonché di ogni altro provvedimento collegato, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della reclamante.

PREMESSO CHE

- con provvedimento dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia del 24.11.2015, la ricorrente è stata individuata quale destinataria di proposta di contratto individuale di lavoro, ai sensi e per gli effetti dell'art. 25 del C.C.N.L. del 29 novembre 2007 per il comparto scuola, in quanto inserita nella graduatoria ad esaurimento degli aspiranti al ruolo in qualità di docente di scuola primaria, nell'ambito del piano straordinario di assunzioni di cui alla legge 107/2015, art. 1, comma 98, lettera c);
- per l'effetto, in data 01.12.2015 - prot. n. 2714/FP - la ricorrente stipulava contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato con assegnazione provvisoria, per l'anno scolastico 2015/2016, presso la scuola primaria di Abbiategrasso (MI), cod. MIEE8E9011, con la precisazione che la sede definitiva sarebbe stata assegnata mediante le operazioni di mobilità riguardanti il successivo anno scolastico 2016/2017 (**già all.01 del ricorso ex art. 700 c.p.c.**);



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

- in particolare, la sig.ra Carmela Vella è stata definitivamente assegnata sul ruolo – posto comune/docente scuola primaria – nell’a.s. 2018/2019 presso la scuola primaria D.Alighieri di Ancona – Ancona Nord – cod. mecc. ANEE80401E - in virtù della Legge 107/2015 Fase C Graduatoria ad esaurimento;
- di talché, si precisa che antecedentemente ha prestato servizio, in virtù di assegnazione provvisoria: presso la scuola primaria di Abbiategrasso (MI), relativamente all’a.s. 2015/2016 per il periodo dal 01.12.2015 al 31.08.2016; presso la scuola primaria di Concordia sul Secchia (MO), relativamente all’a.s. 2016/2017 per il periodo dal 01.09.2016 al 11.10.2016; presso la scuola primaria di Nusco (AV), relativamente all’a.s. 2016/2017 per il periodo dal 12.10.2016 al 31.08.2017; presso la scuola primaria di S. Arcangelo di Romagna (RN), relativamente all’a.s. 2017/2018 per il periodo dal 01.09.2017 al 31.08.2018; presso la scuola primaria di Calitri (AV), relativamente all’a.s. 2018/2019 per il periodo dal 01.09.2018 – allo stato in corso – al 31.08.2019, come risultante – per tutte le destinazioni di servizio enucleate – dall’allegato D recante data 30.03.2019 (**già doc. 02 del ricorso ex art. 700 c.p.c**);
- in data 13.03.2018 con provvedimento – decreto di omologa – n. 3345/2016, inserito pedissequamente in calce alla CTU medico-legale (**già doc. 03 del ricorso ex art. 700 c.p.c**), il Tribunale di Avellino riconosceva l’invalidità (*rectius*: handicap) con accompagnamento di cui alla Legge n. 104/2012 della sig.ra Maria Carmela Tozzoli che, si precisa, è madre convivente – come risultante da certificato di stato di famiglia rilasciato dal Comune di Monteverde (**già doc. 04 del ricorso ex art. 700 c.p.c**) - dell’odierna ricorrente che è per vero, quest’ultima, unico referente di genitore disabile, come risultante dalle dichiarazioni rese dagli altri familiari, conviventi e non, con la disabile sig.ra Tozzoli (**già doc. 05 del ricorso ex art. 700 c.p.c**);
- la spiacevole circostanza di disabilità in cui versa la madre dell’odierna ricorrente, in uno anche alla necessità di ricongiungimento della sig.ra Vella alla restante parte del proprio nucleo familiare composto, oltre che dal marito, anche da due figli di cui uno minore di età come meglio si esporrà nel prosieguo, ha condotto la ricorrente a presentare domanda di trasferimento dalla sede di assegnazione definitiva - scuola



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

primaria D. Alighieri di Ancona – Ancona Nord – cod. mecc. ANEE80401E – in una di quelle indicate quali preferenziali nella prefata domanda di trasferimento definitivo e, segnatamente e nell'ordine: LACEDONIA (AVEE877019); CALITRI (AVEE85401L); CAPOLUOGO-BISACCIA (AVEE83201Q); AVELLINO DISTRETTO 005; NUSCO (F988); PROVINCIA DI AVELLINO; FOGGIANO IC FER.MAR. MELFI – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI MELFI – PZEE84102L ECC..) (**già doc. 06 del ricorso ex art. 700 c.p.c**);

- sennonché, in data 24.06.2019 la sig.ra Carmela Vella, vedeva recapitarsi dal MIUR, in assenza di qualsivoglia motivazione, provvedimento di diniego del richiesto prefato trasferimento dal seguente tenore: “*Gentile CARMELA VELLA,...omissis...Le comuniciamo che, per l'a.s. 2019/2020, non ha ottenuto il movimento richiesto*” (**già doc. 07 del ricorso ex art. 700 c.p.c**). Sic!;

- ne deriva che la ricorrente permane dunque, allo stato, assegnata in ruolo presso la scuola primaria D. Alighieri di Ancona – Ancona Nord – cod. mecc. ANEE80401E, distante - si precisa - circa 450 km dal luogo di residenza in cui risiede stabilmente il suo nucleo familiare, ivi compresa la madre vedova accertata disabile anche in sede giudiziaria e, tanto, in virtù di una duplice e contestuale illegittimità perpetrata dal MIUR consistente, segnatamente, nell'aver trascurato la grave situazione di disabilità in cui versa la madre della sig.ra Vella che Le avrebbe attribuito precedenza ex lege 104/2012 essendo unica referente e convivente del soggetto affetto da handicap e, altresì, nell'aver omesso di compiere un'adeguata comparazione del punteggio vantato dalla ricorrente - 39 punti- con quelli inferiori vantati da altri docenti assegnati presso le sedi indicate quali preferenziali da quest'ultima; il riferimento, tra gli altri e a titolo esemplificativo e non esaustivo, è alla sig.ra Laurenzano Maddalena, con punti 27 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede di Melfi Scuola primaria F.F. Nitti; sig.ra Eliana Pitoia, con punti 29 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede di Melfi IC Fer. Mar; sig.ra Tomasuolo Adriana, con punti 27 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede Melfi IC Fer. Mar, come risultante da elenco/bollettino dei



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

movimenti territoriali/trasferimenti 2019/2020 del personale docente della scuola primaria (**già doc. 08 del ricorso ex art. 700 c.p.c**);

- pertanto, oltre le spiacevoli vicissitudini familiari, risulta di meridiana evidenza che la docente vanta comunque un punteggio complessivo pari a 39 punti che già di per sé le consentirebbe di essere definitivamente assegnata presso una delle sedi indicate quali preferenziali nella domanda di trasferimento: LACEDONIA (AVEE877019); CALITRI (AVEE85401L); CAPOLUOGO-BISACCIA (AVEE83201Q); AVELLINO DISTRETTO 005; NUSCO (F988); PROVINCIA DI AVELLINO; FOGGIANO IC FER.MAR. MELFI – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI MELFI – PZEE84102L ECC..) (**già doc. 06 del ricorso ex art. 700 c.p.c**). Destinazioni, quelle elencate e indicate come preferenziali, che consentirebbero alla sig.ra Vella di adempiere a quei doveri di solidarietà sociale e di assistenza sanciti all'interno della Carta costituzionale nei riguardi della madre convivente, oltre che ai doveri di madre e moglie con opportunità di organizzare e programmare la vita terapeutica e familiare;

- la permanenza dell'assegnazione della docente presso la scuola primaria D. Alighieri Ancona Nord - ANEE80401E - rappresenta un grave e irreparabile danno per la sig.ra Vella determinante lesione dei propri diritti e di quelli dei soggetti – madre disabile e restante nucleo familiare (coniuge e n. 2 figli di cui uno minore di età) – bisognosi, rispettivamente, di assistenza continua e supporto;

- tanto premesso, la ricorrente sarebbe stata comunque ben disposta a svolgere il proprio lavoro, anche a fronte del “declassamento” da scuola primaria a scuola dell'infanzia, ma tenendo conto dell'ordine delle preferenze evidenziate e del punteggio di cui è portatrice, nella certezza di poter ambire ad occupare posti più vicini al proprio nucleo familiare che le consentirebbero di prestare la necessaria assistenza alla madre disabile – in adempimento di doveri di solidarietà sociale – e al restante nucleo familiare, con particolare riguardo al figlio minore di età, in adempimento dei doveri di madre e di quelli coniugali, non potendo - si ribadisce - contare sull'aiuto di terzi familiari (**già doc.05 del ricorso ex art. 700 c.p.c**), né tanto meno delegare altri, atteso il dispendio dei proventi del proprio lavoro che non basterebbero neanche per sostenere se stessa



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

nella distante sede di Ancona; di talchè, si precisa – come meglio si esporrà in prosieguo che nelle more del giudizio segnato al n. R.G. 3033/2019 non è stata accolta dal MIUR neanche la richiesta di assegnazione provvisoria;

- inoltre, in seguito alla pubblicazione dell'elenco della disponibilità dei posti, dopo i trasferimenti e passaggi nella scuola primaria per Avellino e provincia e per Foggia e provincia – quali sedi indicate preferenziali dalla ricorrente - risultano sussistenti posti residui per n. 37 relativamente alle sedi di Avellino e provincia e n. 29 con riguardo alle sedi di scuola primaria site in Foggia e provincia che, dunque, non sono stati assegnati ad alcun richiedente il trasferimento-passaggio; di tanto vi è piena e lapalissiana prova nel prospetto dati sintetici a livello nazionale – suddivisione per provincia – relativamente all'a.s. 2019/2020 (già doc. 09 del ricorso ex art. 700 c.p.c);

- **Con ricorso cautelare, ex art. 700 c.p.c., depositato in data 31.07.2019 la sig. Carmela Vella, odierna reclamante, adiva il Tribunale di Avellino – Sezione Lavoro – per ivi sentire accogliere le seguenti conclusioni:** *“1. rilevata la sussistenza delle condizioni di fondatezza dell'azione cautelare - del fumus boni iuris e del periculum in mora - dichiarare l'illegittimità del diniego del MIUR all'assegnazione definitiva della sig.ra Carmela Vella presso una delle sedi indicate quali preferenziali in sede di domanda di trasferimento definitivo (Lacedonia AVEE877019; Calitri AVEE85401L; Capoluogo Bisaccia AVEE83201Q; Distretto 005 AV – Nusco F988; S'Angelo dei Lombardi I281; Avellino; Foggiano IC FER.MAR. Melfi – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI Melfi – PZEE84102L ecc.), poichè ad essa spettante, nel rispetto del principio dello scorrimento della graduatoria (maggior punteggio) e delle necessità familiari (precedenza 104/2012; ricongiungimento nucleo familiare con figlio minore di età); 2. disporre, per l'effetto, l'assegnazione della ricorrente presso una delle sedi indicate quali preferenziali nella domanda di trasferimento definitivo (Lacedonia AVEE877019; Calitri AVEE85401L; Capoluogo Bisaccia AVEE83201Q; Distretto 005 AV – Nusco F988; S'Angelo dei Lombardi I281; Avellino; Foggiano IC FER.MAR. Melfi – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI Melfi – PZEE84102L ecc.), poichè ad essa spettante, nel rispetto del principio dello scorrimento della graduatoria*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

(maggior punteggio) e delle necessità familiari (precedenza 104/2012; ricongiungimento nucleo familiare con figlio minore di età); 3. in ogni caso, adottare ogni provvedimento idoneo per la tutela del suo diritto soggettivo, ordinando all'Amministrazione Scolastica di dare attuazione all'emanando chiesto provvedimento cautelare; 4. con vittoria di spese, competenze e onorari del presente giudizio oltre iva e cpa come per legge, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario. 5. con riserva di agire in separato giudizio per la condanna al risarcimento dei danni subiti. Con ogni più ampia riserva e salvezza di ogni diritto e ragione.” (doc.02);

- con provvedimento n. cronol. 12360/2019 dell'1.08.2019 il Gdl dott. Ciro Luce fissava l'udienza di comparizione delle parti, dinanzi alla dott.ssa Alessia Marotta, in data 19.08.2019;

- In data 13.08.2019 si costituiva, a mezzo deposito in cancelleria di memoria difensiva, il MIUR richiedendo l'integrale rigetto del ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso dalla sig.ra Carmela Vella;

- all'udienza del 19.08.2019, comparivano l'Avv. Maria Esposito per l'odierna reclamante e il delegato del MIUR mentre, non compariva nessun controinteressato nonostante l'effettuazione della notifica, autorizzata dal Giudice, del ricorso per pubblici proclami. Entrambi i difensori si riportavano, rispettivamente, al ricorso introduttivo – che ivi, per ragioni di economia, s'intenda integralmente richiamato e trascritto – e alla comparsa di costituzione e risposta. Il Giudice si riservava.

- In data 22.08.2019, il Tribunale di Avellino – Sezione Lavoro – in persona del Giudice unico dott.ssa Alessia Marotta rigettava il ricorso segnato al n.R.G. 3033/2019 con decreto n.12862/2019 così statuendo: *“..omissis...Il ricorso va conclusivamente rigettato. Le spese di lite vanno interamente compensate in ragione della difficoltà interpretativa delle norme scrutinate e del conseguente contrasto giurisprudenziale. P.Q.M. - Rigetta il ricorso; - Compensa le spese di lite”.*

- Il Decreto di rigetto è assolutamente illegittimo, nonché fondato su un'assoluta omissione in tema di valutazione degli elementi probatori forniti dall'odierna



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

reclamante, oltre che sul travisamento dei fatti che hanno, per l'effetto, condotto all'epilogo negativo e, pertanto, va revocato per i seguenti motivi in

FATTO E DIRITTO

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA DI VALUTAZIONE DELLE PROVE AI FINI DEL DECISUM – MOTIVAZIONE INCONFERENTE/INESISTENTE – *FUMUS BONI IURIS*.

In via preliminare ed assorbente si eccepisce l'assoluta omissione in tema di valutazione degli elementi probatori posti a sostegno della propria posizione giuridica forniti dall'odierna reclamante in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. che, peraltro, è accompagnata – anche in tal caso – da una descrizione fattuale del tutto peculiare.

In particolare, il decreto di rigetto ivi impugnato sostiene l'insussistenza del *fumus boni iuris* nel caso che occupa in virtù del fatto che non sussisterebbe la possibilità per il MIUR di collocare la docente presso le sedi indicate quali preferenziali, causa esigenze organizzative, **non precisate dal Giudice di Prime Cure e neanche provate dal Miur in sede di giudizio**, volte a tutelare “*interessi rilevanti della collettività*”. All'uopo, il Giudicante, dopo un *excursus* sui presupposti applicativi della L.104/1992 ai fini della precedenza in sede di operazioni di mobilità – ove giunge ad affermarne la non operatività nell'ambito della mobilità interprovinciale – richiama, a sostegno della conclusione raggiunta, dapprima sentenze della Corte Costituzionale del 1992, del 1997 e del 2002, poi – per giustificare una presunta *legittimità del referente convenzionale richiamato* (presumibilmente il riferimento è all'art. 13 del CCNI) - “*argomentazioni fatte proprie da questo Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro, cui si rimanda*”, senza tuttavia operare menzione alcuna delle sentenze, decreti e/o ordinanze ove tali argomentazioni sarebbero contenute (Sic!!!) e, in conclusione, richiama sentenze della Corte di Cassazione rispettivamente e, nell'ordine, datate 2002, 2008, 2016, 2006, 2001, 2002, 2015, 2014, 2006, 2003, 2006, 2003, 2008, 2017, 2018, 2016, 2003, 2006 e 2008.



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

In particolare, i richiami effettuati dal Giudice di prime cure risultano tutti inconferenti con riferimento al caso di specie e avvalorano la circostanza dell'omissione in punto di valutazione degli elementi probatori e, in particolare dell'allegato n. 9 al ricorso ex art. 700 c.p.c. ove è contenuto il bollettino dei posti vacanti e disponibili per l'a.s. 2019/2020 scuola primaria.

Dal prefato bollettino relativo alle disponibilità dei posti, dopo i trasferimenti e passaggi nella scuola primaria per Avellino e provincia e per Foggia e provincia – quali sedi indicate preferenziali dalla ricorrente - risultano sussistenti posti residui e disponibili per n. 37 relativamente alle sedi di Avellino e provincia e n. 29 con riguardo alle sedi di scuola primaria site in Foggia e provincia che, dunque, non sono stati assegnati ad alcun richiedente il trasferimento-passaggio: la prova è per tabulas ma l'On.le Giudicante ne ha omissso completamente la valutazione.

Funditus, il Giudicante ha richiamato le sentenze della Corte Costituzionale (**pag. 6 del decreto di rigetto – già doc.01**) ove è stabilito che la L. 104/1992 “*non è l'unico istituto idoneo a tutelare l'interesse della persona handicappata*” e che, comunque l'applicazione della L. 104/1992 “*può esser essere legittimamente preclusa da principi e da disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi della collettività*” laddove “*non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali*”. Non si dubita della correttezza dei principi di diritto stabiliti dalla Corte, quel che non convince è la possibilità di applicarli al caso di specie. Infatti, a poco è utile affermare che esistano altri strumenti di salvaguardia, senza indicare quali, nella misura in cui, l'odierna reclamante ha documentato (**cf. già doc. 05 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**) che nessun altro parente e/o affine della disabile potrebbe assisterla e che, in sede di riconoscimento di invalidità del 100%, la disabile ha affermato di voler essere assistita dall'odierna reclamante e da nessun altro. Inoltre, la patologia della madre della ricorrente, come riportato anche *a pagina 10 del già doc. 03 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.*, richiede un intervento “*assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella relazionale*” per cui un eventuale trasferimento della disabile ad Ancona, come paventato dal Giudicante (**cf. pag. 10 del**



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

Decreto di rigetto – doc. 01), luogo estraneo e non familiare alla disabile, ne garantirebbe certamente il radicale declino. Le patologie sofferte dalla disabile sono rappresentate da: *“Demenza senile con grave deficit cognitivo; ipertensione arteriosa in trattamento farmacologico; artrosi polidistrettuale; ipoacusie bilaterale”* (**già doc. 03 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**). Le prefate patologie, è scientificamente provato, non consentono un trasporto agevole e continuo della disabile, si badi bende di anni 89 – pena l’aggravamento del quadro clinico – a 450 km di distanza dal luogo di residenza - né tantomeno può imporsi alla docente Vella di restare stabilmente ad Ancona – causa intrasportabilità evidente della madre – come si evince chiaramente dalla relazione di CTU prodotta da cui si evince anche la dettagliata terapia ivi indicata cui la disabile deve essere sottoposta quotidianamente (**già doc. 03 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**) trascurando del tutto la crescita dei figli, di cui uno minore, e il rapporto coniugale. Così come, di riflesso, coniugi e prole della Vella non potrebbero raggiungere con frequenza la docente poiché impegnati, come già documentato – i ragazzi – nelle attività scolastica e – il coniuge – in turnazioni notturne oltre che all’assistenza dei figli.

Risulta di palmare percezione l’inconferenza della pronuncia richiamata e l’omessa valutazione dell’elemento probatorio di cui al doc.03 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c..

Procedendum est, il giudice richiama *“argomentazioni fatte proprie da questo Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro, cui si rimanda”*, senza tuttavia operare menzione alcuna delle sentenze, decreti e/o ordinanze ove tali argomentazioni sarebbero contenute. Discende solare l’inutilità del richiamo effettuato che, dunque, non può assurgere a corredo motivazionale.

Ancora incoferente rispetto al caso di specie – ed è l’ipotesi più grave a riprova dell’omessa valutazione probatoria - è il richiamo del Giudicante alle pronunce della Cassazione di seguito scrutinate. Quanto al primo gruppo di sentenze richiamate – Cass. 6917/2015, 7945/2008; 585/2016; 1396/2006; 829/2001; 12692/2002- ove è statuito che *“ il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio da assistere non è*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

assoluto e privo di condizione in quanto l'inciso "ove possibile" contenuto nell'art. 43 c. 5 della L. n. 104 del 1992 postula un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, e il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività" - non è dato comprendere quale sarebbe "il danno alla collettività" attesa la sussistenza provata di posti vacanti e disponibili di cui il Giudice non ha tenuto conto e rispetto ai quali il MIUR costituito nulla ha eccepito e provato. Il Giudice di prime cure non ha tenuto conto – si ribadisce – dell'elemento probatorio dirimente di cui al **doc. 09 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.: rebus sic stantibus!**

In merito, poi, al secondo gruppo di sentenze richiamate, ove è stabilito che "nell'ambito del necessario bilanciamento dei contrapposti interessi il diritto di scegliere la sede di lavoro ovvero di essere trasferito alla sede più vicina al proprio domicilio postula che il posto sia esistente e vacante (Cass. 16298/2015, 18030/2014); nell'ambito del lavoro alle dipendenze della P.A. è necessario non solo che il posto al quale il pubblico dipendente aspira ad essere assegnato sia vacante ma che esso sia anche disponibile (Cass. 1396/2006), in quanto il presupposto della vacanza, peculiare nelle organizzazioni pubbliche, in quanto riflesso delle cd. "piante organiche", esprime una mera potenzialità che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa della P.A. che assume a presupposto indubbiamente la vacanza di organico, ma che deve esprimere l'interesse concreto ed attuale dell'Amministrazione di procedere alla sua copertura, rendendo per tal via disponibili eventuale vacanze nell'organico, pena la compressione delle esigenze organizzative della P.A. (Cass. SSUU 14529/2003; Cass. 1396/2006, 3252/2003), **risulta ancora più evidente l'omissione del Giudice di prime cure: in seguito alla pubblicazione dell'elenco della disponibilità dei posti, dopo i trasferimenti e passaggi nella scuola primaria per Avellino e provincia e per Foggia e provincia – quali sedi indicate preferenziali dalla ricorrente - risultano sussistenti posti residui per n. 37 relativamente alle sedi di Avellino e provincia e n. 29 con riguardo alle sedi di scuola primaria site in Foggia e provincia che, dunque,**



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

non sono stati assegnati ad alcun richiedente il trasferimento-passaggio; di tanto vi è piena e lapalissiana prova nel prospetto dati sintetici a livello nazionale – suddivisione per provincia – relativamente all’a.s. 2019/2020 (già doc. 09 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.) che il Giudice ha completamente trascurato.

Ancora incoferente è il richiamo all’ulteriore gruppo di sentenza in tema di onere probatorio. In particolare, le pronunce richiamate risultano essere le seguenti: “*grava sulla parte datoriale l’onere di provare la sussistenza di ragioni organizzative, tecniche e produttive che impediscono l’accoglimento delle richieste del lavoratore (Cass. SSUU7945/2008; Cass. 23857/2017). Gli oneri probatori gravanti sulla P.A. datrice di lavoro postulano comunque la precisa individuazione degli uffici presso i quali il lavoratore chiede di essere trasferito (v. da ultimo, Cass. 11651\2018)*”.

L’onus probandi richiamato dalla dott.ssa Marotta non è stato assolto dal MIUR costituito che nulla ha provato al riguardo; infatti le uniche allegazioni probatorie – peraltro contestate in sede di udienza dall’odierna reclamante – sono rappresentate dalle seguenti: “*AVELLINO - A.S. 2019-2020 - Estratto - Bollettini Trasferimenti a.s. 2019-2020 – PRIMARIA; FOGGIA - A.S. 2019-2020 - Bollettini Trasferimenti Interprovinciali Scuola Primaria; Ordinanza del Tribunale di Firenze - RG 3018 del 2017; POTENZA A.S. 2019-2020 - Bollettino della mobilità - PRIMARIA 2019.20; Sentenza n. 112 del 2019 Tribunale di Avellino; Sentenza n. 214 del 2018 Tribunale di Firenze; Sentenza n. 343 del 2017 del Tribunale di Firenze; Sentenza n. 1071 del 2018 Tribunale di Benevento*”. Non vi è traccia, dunque, di prova di esigenze organizzative da parte del Miur. Le sentenze, peraltro – si aggiunga *ad abundatiam* – non sono assistite da passaggio in giudicato e, quindi, risultano eccepibili come parte ricorrente ha fatto in sede di udienza, oltre che afferenti a casi di specie diversi da quello in oggetto. Non si comprende, pertanto, il richiamo effettuato dal Giudicante per motivare il *decisum* e, dunque, l’insussistenza del *fumus*.

Ancora, in conclusione sul punto, del tutto incoferente rispetto alla posizione della sig.ra Vella è il richiamo a Cass. sez. lav., 15/01/2016, n. 585; Cass. 27.05.03 n. 8436; Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945 per come utilizzate (“*La Corte di Cassazione,*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

con riferimento a fattispecie in parte analoga, ha inoltre chiarito che “il diritto a scegliere la sede di lavoro attribuito dall'art. 33, comma 5, legge n. 104 del 1992 ai familiari di soggetti portatori di handicap non è assoluto, potendo essere esercitato «ove possibile»: in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora il suo esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività” - nella fattispecie la Suprema Corte ha valorizzato, ai fini della conferma della diniego al trasferimento ex art. 33 legge 104/1992, proprio l'esistenza di una disciplina della mobilità interna dell'amministrazione pubblica interessata, che disciplinava priorità e punteggi aggiuntivi per l'assistenza nell'ambito della procedura prevista, differenziando a seconda del rapporto familiare più o meno stretto e degli ambiti territoriali di riferimento, osservando tra l'altro in motivazione: “L'art. 33, comma 5, ora in esame deve essere interpretato nel senso che il genitore o il familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, solo se ciò sia possibile in relazione alle esigenze di servizio. Il diritto, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, secondo il quale esso può essere esercitato ove possibile, in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora l'esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) ed implica che l'handicap sia grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa” (Cass. 27.05.03 n. 8436). Il diritto quindi, non è assoluto e privo di condizioni e implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e 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 (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945)”).



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

Anche in tale ipotesi non è dato comprendere il motivo per il quale il Giudice di prime cure continui, ignorando la presenza dei provati posti disponibili e vacanti, a sostenere la sussistenza di esigenze organizzative (quali???), atteso anche che il Miur nulla – si ribadisce ancora una volta - ha provato in merito.

A conclusione dei richiami effettuati – del tutto inconferenti per le ragioni esposte – il Giudicante ha affermato persino che *“Ad ogni modo parte ricorrente non dà prova sia dell’eventuale vacanza in organico di diritto dei posti indicati nella domanda di trasferimento, sia della circostanza per cui l’eventuale riconoscimento del diritto di precedenza invocato sarebbe stato dirimente ai fini dell’ottenimento delle sedi auspiccate. Ed invero, la presenza di posti vacanti e disponibili su cui concedere il richiesto trasferimento è il primo necessario presupposto per la fondatezza della pretesa azionata”*.

Al riguardo si osserva che la docente Vella è ben consapevole che “la presenza di posti vacanti e disponibili su cui concedere il richiesto trasferimento è il primo necessario presupposto per la fondatezza della pretesa azionata” e, per l’effetto ha prodotto il più volte richiamato bollettino dei posti vacanti e disponibili presso le sedi preferenziali (già doc. 09 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.) che il Giudice non ha considerato e rispetto al quale il MIUR nulla ha eccepito. Il riconoscimento della precedenza sarebbe stato dirimente, come più volte affermato e provato (cfr. doc. 08 già allegato al ricorso introduttivo) dalla Vella poiché – laddove riconosciuto – quest’ultima vanterebbe un punteggio superiore rispetto ad altri docenti assegnati a richiesta e senza precedenza prevista da CCNL alle sedi indicate quali preferenziali dall’odierna reclamante e che le consentirebbero di prestare assistenza alla madre (il riferimento – come indicato in ricorso - è, tra gli altri e a titolo esemplificativo e non esaustivo, alla sig.ra Laurenzano Maddalena, con punti 27 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede di Melfi Scuola primaria F.F. Nitti; sig.ra Eliana Pitoia, con punti 29 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede di Melfi IC Fer. Mar; sig.ra Tomasuolo Adriana, con punti 27 e senza precedenza prevista da CCNL, per la sede Melfi IC Fer. Mar).



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

Ma v'è di più!!! Il Giudice afferma che: *“Nella specie la Vella si è limitata ad allegare il prospetto dei dati sintetici inerenti le risultanze dei movimenti interprovinciali e provinciali annuali con riferimento alla scuola primaria, senza fornire alcun ulteriore riscontro probatorio in merito”*. Orbene: cosa avrebbe dovuto ulteriormente provare???

Il Giudice, verosimilmente, non ha visionato l'elemento probatorio dirimente. Diversamente avrebbe avuto modo di leggere che all'ultima colonna di ogni rigo sono riportate le “disponibilità residue dopo i movimenti” e che – repetita iuvant - dopo i trasferimenti e passaggi nella scuola primaria per Avellino e provincia e per Foggia e provincia – quali sedi indicate preferenziali dalla ricorrente - risultano sussistenti posti residui per n. 37 relativamente alle sedi di Avellino e provincia e n. 29 con riguardo alle sedi di scuola primaria site in Foggia e provincia che, dunque, non sono stati assegnati ad alcun richiedente il trasferimento-passaggio (già doc. 09 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.). La mancata attenzione alla prova documentale prodotta in sede cautelare è acclarata e, per l'effetto. Il decreto va revocato.

Non va trascurato, sul punto, inoltre che il Giudicante per escludere il *fumus boni iuris*, in assenza di motivazione alcuna, senza richiamare giurisprudenza contraria a quella cospicua prodotta dall'odierna reclamante in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. e contravvenendo al principio di gerarchia delle fonti del diritto, in base al quale una norma di rango inferiore non può derogare in *peius* quella di rango sovraordinato, afferma, dopo aver attentamente richiamato e trasposto l'art. 13 comma V del CCNI, l'art. 33, commi 5 e 7, della L. 104/1992 e il D.Lvo. n. 297/1994, che: *“la precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, della legge 104/1992 non opera nelle ipotesi di trasferimenti interprovinciali, quale è l'ipotesi di cui ne occupa, ma solo nell'ambito dei trasferimenti provinciali e delle procedure di assegnazione provvisoria (rispetto alle quali, difatti, la ricorrente nulla contesta). Pertanto la Vella, avendo proposto domanda di trasferimento interprovinciale, non aveva diritto alla precedenza in questa sede rivendicata, con la conseguenza che - sotto tale profilo - nessuna censura può essere mossa alla Amministrazione convenuta in giudizio”*.

Sul punto due censure: una fattuale e l'altra giuridico-normativa.



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax: 0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

Quanto alla fattuale si eccepisce, ancora una volta, una distorta ricostruzione fattuale operata dal Giudicante ed infatti, in sede di udienza di comparizione la Vella esibiva e depositava bollettino risultati assegnazioni provvisoria a riprovava della certezza del *periculum* paventato, poi verificatosi, in ipotesi di rigetto del ricorso, attesa l'impossibilità di prestare assistenza alla madre disabile a tale distanza (ANCONA NORD). Appare sorprendente che il Giudice non solo non ne faccia menzione alcuna, pur recependo il prefato bollettino menzionato, ma addirittura asserisca che *“la ricorrente nulla contesta”*. Per mero scrupolo si dà atto che il MIUR non ha sollevato eccezioni al riguardo.

Quanto al profilo giuridico-normativo, come anticipato innanzi, il Giudice di prime cure, senza richiamare giurisprudenza contraria a quella cospicua prodotta dall'odierna reclamante in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. e contravvenendo al principio di gerarchia delle fonti del diritto, in base al quale una norma di rango inferiore non può derogare *in peius* quella di rango sovraordinato, ritiene prevalente la norma pattizia rispetto alla sovraordinata rappresentata dalla L. 104/2012. Si riporta di seguito la giurisprudenza assolutamente unanime relativa a casi analoghi, come indicata in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. e disattesa *de plano*, in assenza di giurisprudenza conferente a contrario e di motivazione alcuna ad opera del Giudice di *prime cure*.

“L'articolo in parola è illegittimo nella parte in cui non prevede l'operatività della precedenza ex legge 104/2012 nelle ipotesi di trasferimento definitivo tra province situate in differenti regioni, salvo che trattasi di assegnazione provvisoria.

In particolare, tale limitazione, si pone in aperto contrasto con il dato normativo rilevante, che non pone alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104/1992.

Pertanto, anche tale omissione costituisce una chiara ed evidente illegittimità, atteso che, al contrario di quanto previsto dal C.C.N.I., le disposizioni legislative non operano alcuna differenziazione tra diversi tipi di mobilità territoriale. D'altronde, anche a prescindere dalle previsioni normative, la scelta del MIUR di agevolare in tal senso i docenti della mobilità provinciale invece che i docenti della mobilità interprovinciale



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

appare evidentemente irragionevole ed ingiustamente discriminatoria, nella misura in cui garantisce maggiore tutela a coloro i quali si troverebbero comunque vicini al soggetto familiare da tutelare, negandola del tutto ai docenti che, invece, prestano servizio in un'altra provincia. Sotto questo profilo, non ci si può esimere dal rilevare come diverse siano state le pronunce favorevoli ai docenti presso le competenti sedi giurisdizionali ordinarie.

Le norme del contratto collettivo nazionale sulla mobilità del comparto scuola non possono contrastare con quelle contenute nella legge 104, in quanto gerarchicamente superiori. Ed infatti, proprio la legge 104, a proposito dell'assistenza ai portatori di handicap grave, afferma che: "il lavoratore di cui comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

In perfetta linea la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, nello statuire che "il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede" (cfr. ex multis, Tribunale di Busto Arsizio, ordinanza del 27.12.2017).

Procedendum est, il Tribunale di Vicenza - Sezione Lavoro - con sentenza n. 364/2018 del 16.08.2018 ha così statuito "omissis...la vicenda presuppone l'esame della conformità alla disciplina legislativa di cui all'art. 33 l. 104/1992 dell'art. 13 CCNI, nella parte in cui limita il diritto di precedenza del figlio che assiste il genitore portatore di handicap alle sole operazioni di assegnazione provvisoria. A questo proposito, si condivide quanto ritenuto nel merito dal Tribunale di Taranto, con ordinanze dott. L. De Napoli, ord. 13.08.2013 e dott. E. Palma, ord. 15.09.2015, in relazione alla deroga apportata dal CCNI alla regola desumibile dall'art. 33 l. n. 104/1992 e succ. mod., come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta. In particolare, le pronunce richiamate hanno evidenziato che la clausola pattizia appena citata, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità annuale, escludendolo invece nella mobilità definitiva, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co. 5 l. 5.2.1992 n. 104, 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, con il solo limite, derivante dall'inciso ove possibile contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato”.

Ed ancora, con sentenza n. 1436/2019 del 12/07/2019 il Tribunale di Cosenza – Sez. Lavoro si è nuovamente pronunciato positivamente sul ricorso proposto da una docente referente unica di genitore con disabilità grave, riconoscendole il diritto alla precedenza ex art. 33 comma V legge 104/1992 in sede di mobilità interprovinciale, di fatto disapplicando le norme pattizie di cui al CCNI della mobilità, ossia art. 13 punto IV ed art. 14, che non riconoscono il diritto di precedenza ex art. 33 legge 104/92 nei trasferimenti interprovinciali, limitandone la operatività nell'ambito della sola mobilità provinciale e delle assegnazioni provvisorie. Sicché, in accoglimento della domanda proposta (e conformemente all'ormai uniforme orientamento della giurisprudenza di merito sul punto) è stato riconosciuto ‘il diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento presso la sede disponibile, tra quelle indicate nella domanda di mobilità interprovinciale, con la precedenza di cui all'art. 33 comma 5 legge 104/1992”.

Proseguendo, merita menzione anche l'ordinanza del Tribunale di Messina, Sez. Lavoro, n. 24/2017 del 7.08.2017, ove è precisato che: “L'art.13 del CCNI per la mobilità..omissis...prevede il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta assistenza in qualità di figlio referente unico del genitore con disabilità solo all'interno per la provincia ove è ubicato il Comune di assistenza. Orbene, come acutamente osservato dal Tribunale di Messina nell'ordinanza n. 62/2017, che appare opportuno ritrascrivere in appresso, per la parte che qui interessa, per la sua chiarezza argomentativa ,tale disposizione contrattuale, di rango secondario, si pone in contrasto con la norma imperativa, e come



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

tale inderogabile, contenuta nell'art. 33 della legge 104/1992, che riconosce un diritto incondizionato a scegliere la sede di lavoro più vicina al familiare gravemente disabile ed impedisce il trasferimento del lavoratore che presti assistenza familiare affetto da handicap grave senza il suo consenso, considerato che la locuzione <<ove possibile>> è stata letta come portatrice dell'esigenza pubblica ad un assetto dell'amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione (Cassazione sezione lavoro numero 7945/2008 e n.13906/2006) e che l'onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all'esercizio del diritto grava, in ogni caso, sul datore di lavoro (Cassazione sezione lavoro numero 3896/2009). Ne consegue che la clausola pattizia in questione, nel limitare il diritto di scelta prioritario del dipendente che assista con continuità il genitore stato di handicap grave, alla sulla mobilità annuale ed escludendola in quella definitiva deve ritenersi affetta da nullità, ai sensi dell'articolo 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui al citato art. 33 comma V della legge n. 104/1992 (Sul punto cfr. anche Tribunale di Taranto ordinanza del 13 agosto 2013; Cass., sez. lavoro, sentenze nn..13906/2006; 7945/2008; 3896/2009).

Merita menzione, collocandosi nel medesimo solco interpretativo – ormai unanime – anche l'ordinanza del Tribunale di Palermo, sez. lavoro, n. 42109/2018. In particolare, i Giudici siciliani così hanno statuito: “omissis...tale disciplina, secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, si applica anche alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (valga per tutte, Cass., sentenza n. 28320 del 18.12.2013), e non solo in caso di prima assegnazione. Ne può affermarsi che la richiamata tutela trovi limite nell'art. 13, comma I, CCNI..omissis..., secondo cui la precedenza viene riconosciuta soltanto in caso di trasferimenti nell'ambito della stessa provincia, dovendosi ritenere detta norma nulla ex art. 1418 c.c., come già affermato da questo Tribunale con pronunce che si intendono richiamate anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., per violazione di norme imperativa”.

Ne può avere rilievo la circostanza che detti docenti siano stati eventualmente trasferiti nell'ambito delle operazioni di mobilità/trasferimenti provinciali, dal



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

momento che nessuno limitazione all'operatività della precedenza per l'assistenza al familiare disabile è contenuta in via generale nel CCNI (cfr. Tribunale di Asti, sez. lavoro, ordinanza n. 2846/2018).

Del resto, come evidenziato dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 7945 del 27.3.2008) “la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate a uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti”.

Il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce una norma imperativa, non violabile dal MIUR a mezzo disposizioni contrattuali o meccanismi informatici, pena la nullità.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Benevento, con ordinanza del 7.7.2015, adottata in seguito ad un ricorso avente ad oggetto l'omesso trasferimento per l'a.s. 2015/2016 affermava che “omississ..... laddove non estende i benefici previsti in ipotesi di trasferimento provinciale, anche a parenti o affini entro il terzo grado che prestino assistenza con continuità al parente handicappato, si pone in contrasto con la previsione normativa in quanto riduce arbitrariamente la platea dei beneficiari del diritto di precedenza in ipotesi di mobilità interprovinciale. E non vi è dubbio, nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti, che la norma contrattuale non può derogare ad una previsione normativa, di rango superiore, limitando i casi in cui coloro che prestano assistenza esclusiva e continuativa (...) non rivestano il grado di parentela ivi indicato, dovendo trovare applicazione, anche in sede di trasferimento tra province diverse, esclusivamente i limiti di cui all'art.33”.

Ancora, il Tribunale di Vercelli - con ordinanza del 27.12.2016, confermata in sede di reclamo al Collegio – ha statuito che “Il contratto integrativo nazionale della scuola non può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

trasferimento di sede, stabilito dalla legge 104 del 1992, del dipendente che assiste un familiare disabile. Il contratto nazionale della scuola, così disponendo, viola la norma imperativa fissata dall'articolo 33 della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. Infatti, detta norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela. Tra queste "situazioni" ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che tuttavia devono passare in secondo piano, effettuato il bilanciamento degli interessi tutelati, di fronte al diritto del disabile all'assistenza. Infatti, è indiscutibile che il contratto risponda all'esigenza di dare un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, ma questo non comporta, che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché altrimenti questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro".

Procedendum est, ancora il Tribunale di Benevento, per analoga fattispecie, ha dichiarato nulla la clausola contrattuale del CCNI, osservando che: *"la legge non assegna a nessuna fonte di rango inferiore e meno che mai alla contrattazione collettiva alcun spazio per delimitare o regolamentare tale diritto. La ragione risiede nel fatto che oltre agli 'interessi del datore di lavoro debbano essere tutelati gli interessi prevalenti della persona affetta da handicap grave che può essere in posizione di terzo rispetto alle parti del rapporto lavorativo. La clausola del ccni che delimita la scelta nell'ambito interprovinciale è sicuramente illegittima anche perché non razionalmente giustificata. Essa delimita un diritto su base provinciale in modo anche costituzionalmente illegittimo favorendo ancor di più la permanenza della distanza tra persona abbisognevole di assistenza e persona dedita alla stessa e al contrario si favorisce il trasferimento ultra provinciale a dipendenti che non si trovano in quella condizione eludendo se non violando potentemente il disposto legislativo."* (Tribunale di Benevento ordinanza n.4232/2017 – cfr. sul punto, anche, TRIBUNALE S. Maria C.V. sentenza 2299/2010 – Tribunale di Frosinone ordinanza n. 12076 del 17.12.2015).



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

La Cassazione, sul punto, è granitica nell'affermare che, con riferimento all'art. 33, comma 5, L. 104/1992, il diritto del familiare lavoratore - che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado in stato di handicap - di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro, mediante la scelta della sede di prima adibizione, ma anche nel corso del rapporto tramite domanda di trasferimento. **La ratio dell'art. 33, comma 5, nel testo anteriore alle modifiche di cui alla L. 53/2000, "è quella di favorire l'assistenza al parente o affine diversamente abile, ed è irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all'epoca dell'inizio del rapporto stesso"**(cfr., Corte di Cassazione, sezione lavoro, ordinanza n. 6150/2019). La previsione di cui al citato comma 5 dell'art. 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti riconosciuti sempre dalla L. 104, rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore dei caregivers, e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie *"resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap"* (cfr., Corte di Cassazione, sezione lavoro, ordinanza n. 6150/2019).

Il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi *"ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico"* (cfr., Corte di Cassazione, sezione lavoro, ordinanza n. 6150/2019), ivi compresa appunto la comunità familiare.

Per i Giudici di legittimità ne consegue che “circoscrivere l'agevolazione in esame a favore dei familiari della persona diversamente abile al solo momento della scelta iniziale della sede di lavoro, equivarrebbe a tagliare fuori dall'ambito di tutela tutti i casi di esigenze di assistenza sopravvenute in un momento successivo, compromettendo i beni fondamentali protetti dalla Costituzione e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 e richiamati da numerose pronunce della Corte Costituzionale”.



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

L'assenza di valutazione della prova da parte del primo Giudice è sì evidente da legittimare la revoca del decreto di rigetto.

Tanto acclarato – per non lasciare nulla al caso – si evidenzia che la docente Vella ha tutti i requisiti richiesti dalla L.104/1992 per ottenere la precedenza, come documentalmente provato in sede cautelare:

- è stata, infatti, documentata *“l'impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi”* atteso che dal documento di riconoscimento della disabile, madre convivente della reclamante, (**già doc. 03 – penultima pagina – allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**) risulta che la medesima è “libera” causa morte del coniuge e che è convivente con l'odierna reclamante, come da certificato di stato di famiglia prodotto, (**già doc. 04 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**); di talchè, *ad abundantiam* – laddove necessario – si allega comunque certificato di morte di Vella Luigi avvenuta il 17.10.1989, coniuge della disabile Tozzoli Maria Caemela, estratto dell'atto di matrimonio di Vella Luigi e Tozzoli Maria Carmela ed estratto dell'atto di nascita di Vella Carmela da cui si evince la maternità e la paternità della reclamante (**doc. 03 – 04 - 05**);

- è stata, altresì, provata *“l'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”* (**già doc. 05 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**);

- quanto al requisito consistente nell’*“essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001”* la prova è data, dal fatto che tutti gli



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

altri figli hanno dichiarato l'impossibilità di assistere la madre disabile e che, dunque, di nessun permesso hanno fruito. Sorprende, anche sotto tale aspetto, la sollecitazione del Giudice del decreto di rigetto secondo cui la docente: "ben avrebbe potuto – il riferimento è ai permessi -, ove effettivamente richiesti, produrre in giudizio per sottoporli all'apprezzamento del Tribunale. La Vella non li ha prodotti in quanto non ha avuto bisogno di fruirne per l'a.s. 2018/2019 in quanto provvisoriamente assegnata presso la scuola primaria di Calitri (AV) - per il periodo dal 01.09.2018 al 31.08.2019 – vicinissima al Comune di Monteverde ove risiede la madre disabile alla quale ha potuto prestare assistenza.

Anche in tal caso il Giudice di primo grado dimostra di non aver attentamente scrutinato il ricorso ex art. 700 c.p.c. e di aver, dunque, fondato il *decisum* su questioni avulse dalla realtà fattuale cui si ha riguardo.

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA DI VALUTAZIONE DELLE PROVE AI FINI DEL DECISUM – MOTIVAZIONE INCONFERENTE/INESISTENTE – *PERICULUM IN MORA*.

In via preliminare ed assorbente si eccepisce, altresì, l'assoluta omissione in tema di valutazione degli elementi probatori posti a sostegno della propria posizione giuridica forniti dall'odierna reclamante in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. che, peraltro, è accompagnata – anche in tal caso – da una descrizione fattuale del tutto peculiare.

In particolare, il Giudicante dopo aver affermato l'insussistenza del *periculum in mora* (cfr. pag. 4 del decreto di rigetto – doc. 01 ove è scritto: "*Nella specie non sono sussistenti entrambi i presupposti*") afferma, a pag. 10 dell'impugnato decreto di rigetto, che "*Appare altresì fievole l'invocato periculum in mora*". Delle due l'una: o il *periculum* sussiste - come incontestabile nel caso di specie – seppur, a dire immotivato del Giudicante "*fievole*" o non sussiste affatto! Il decreto è assolutamente incoerente e va conseguentemente revocato.

In particolare il *periculum* sarebbe, per il Giudice di prime cure, "*fievole....atteso che la ricorrente nulla ha dedotto in concreto - prima ancora che provato - in relazione alla eventuale assistenza medico-sanitaria di cui il genitore disabile necessita, ancorando il*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

paventato periculum alla mera circostanza dello status di disabilità grave della madre convivente, condizione peraltro che non implica - di per sé - né l'intrasportabilità, né l'impossibilità di svolgere eventuali cure mediche (nella specie neanche indicate) altrove; né ha dato prova di essere la persona che concretamente si occupa di accudire il genitore disabile, non avendo peraltro né dedotto né documentato di aver mai usufruito di permessi retribuiti ex art. 33 l. 104/1992 (che ben avrebbe potuto, ove effettivamente richiesti, produrre in giudizio per sottoporli all'apprezzamento del Tribunale). Nulla, inoltre, è stato allegato in concreto in merito alle esigenze familiari, asserendo la Vella - genericamente - di essere "coniugata e madre di due figli, di cui uno minore in età scolare e l'altro in procinto di trasferimento in altra città per l'imminente inizio dei corsi universitari. In conclusione dunque - ed in mancanza di ulteriori elementi di valutazione - non può concedersi l'invocata tutela cautelare".

A costo di apparire ridondante, ma la tutela invocata è talmente necessaria da sopportare il giudizio, val la pena ribadire taluni aspetti, già corredati da elementi probatori, la cui valutazione è stata completamente non considerata dal Giudicante.

Quanto all'asserita mancata prova dell' "eventuale assistenza medico-sanitaria di cui il genitore disabile necessita, ancorando il paventato periculum alla mera circostanza dello status di disabilità grave della madre convivente, condizione peraltro che non implica - di per sé - né l'intrasportabilità, né l'impossibilità di svolgere eventuali cure mediche (nella specie neanche indicate) altrove" si ribadisce che se il Giudice avesse avuto contezza delle patologie della madre disabile come documentalmente provato e dettagliatamente indicato nella CTU prodotta in uno al provvedimento di omologa dello stato di disabilità da parte del Tribunale di Avellino (**cfr. già doc.03 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.**) nessun dubbio gli sarebbe sorto in merito alle cure mediche praticate e all'impossibilità della medesima di essere "trasportata/trasferita" a ben 450 km dal luogo in cui vive dal 1930, atteso che tra l'altro ciò non è prescritto da alcuna norma di legge - ma è un mero suggerimento personale, non normativo, non giuridico, non richiesto, fornito dal Giudicante che sembra non conoscere o trascurare i fatti di causa e il corredo probatorio – e comunque la normativa di riferimento, tanto il CCNI che la L.



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

104/1992, prevedono che non sia il disabile ad essere trasferito ma, a contrario, che l'assistente del disabile lo assista nel luogo ove risiede: diversamente non avrebbe senso logico, prima ancora che giuridico l'esistenza della precedenza. Anche in tal caso l'atteggiamento del Giudicante è sorprendente, fosse solo per la circostanza che invoca norme che evidentemente non ha integralmente analizzato ma applicato a contrario. Sic!!!

In merito, poi, al fatto – del tutto non rispondente alla realtà e che prova, ancora una volta, la non valutazione del corredo probatorio – che la Vella *“né ha dato prova di essere la persona che concretamente si occupa di accudire il genitore disabile, non avendo peraltro né dedotto né documentato di aver mai usufruito di permessi retribuiti ex art. 33 l. 104/1992 (che ben avrebbe potuto, ove effettivamente richiesti, produrre in giudizio per sottoporli all'apprezzamento del Tribunale)”* si ribadisce che se il giudice avesse letto e valutato il corredo probatorio della ricorrente non avrebbe formulato tale pronuncia. Si riporta una delle tante “parti” del ricorso relative alla presente circostanza: *“Orbene, la ricorrente era ed è in possesso di tutti i requisiti per usufruire della precedenza ex art.33 della L. 104/92, in quanto è figlia convivente con la madre invalida (cfr. già doc.04 del ricorso ex art. 700 c.p.c.) – sig.ra Maria Carmela Tozzoli - e referente unico per la sua assistenza, come risultante dalle dichiarazioni – già versate in atti – degli altri familiari (cfr. già già doc. 05 del ricorso ex art. 700 c.p.c.).* La prova è stata fornita anche in tal caso, ma il Giudice ha ritenuto di non valutarla! Quanto ai permessi questa difesa ribadisce che il terzo presupposto richiesto per l'operatività della precedenza è dato dalla circostanza, peraltro riportata dal Giudice alla pagina 5 del decreto di rigetto al n. 3, di: *“essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001”*. Il presupposto non consiste nell'obbligatorietà della fruizione del permesso ove non necessario, ma nella necessità che altri, astrattamente aventi diritto, non ne abbiano già fruito. Ebbene, come già esposto, la docente Vella non li ha prodotti in quanto non ha avuto bisogno di fruirne



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

per l'a.s. 2018/2019 in quanto provvisoriamente assegnata presso la scuola primaria di Calitri (AV) - per il periodo dal 01.09.2018 al 31.08.2019 – vicinissima al Comune di Monteverde ove risiede la madre disabile alla quale ha potuto prestare assistenza.

Anche in tal caso il Giudice dimostra di non aver attentamente scrutinato il ricorso ex art. 700 c.p.c. e di aver, dunque, fondato il *decisum* su questioni avulse dalla realtà fattuale cui si ha riguardo e dal dato giuridico.

Il Giudicante, poi, afferma che: *“Nulla, inoltre, è stato allegato in concreto in merito alle esigenze familiari, asserendo la Vella - genericamente - di essere “coniugata e madre di due figli, di cui uno minore in età scolare e l’altro in procinto di trasferimento in altra città per l’imminente inizio dei corsi universitari. In conclusione dunque - ed in mancanza di ulteriori elementi di valutazione - non può concedersi l’invocata tutela cautelare”*. Le esigenze familiari e genitoriali rispetto alla prole rappresentano un elemento secondario, non per importanza personale che la Vella gli attribuisce ma per l’importanza giuridica, e ciò nonostante la docente – per vero direttamente i di lei figli e coniuge - hanno espressamente dichiarato (**cf. già doc. 05 al ricorso ex art. 700 c.p.c.**) i propri impegni, rispettivamente, scolastici e lavorativi che non consentono assistenza alla nonna affetta da peculiarissime patologie. Ad ogni buon conto la Vella al riguardo ha chiarito e non meramente asserito, all’interno del ricorso, che: *“..omissis... Inoltre la sig.ra Vella è coniugata e madre di due figli, di cui uno minore in età scolare e l’altro in procinto di trasferimento in altra città per l’imminente inizio dei corsi universitari. In particolare, il marito della sig.ra Vella – sig. Gizzi Michele - è impegnato nella propria attività lavorativa alle dipendenze con turnazioni diurne e notturne tali da impedirgli l’assistenza alla suocera convivente e ai figli, come evincibile dalla dichiarazione già allegata. Ne discende che l’allontanamento dalla figura materna per ragazzi di età ancora scolare sarebbe fonte di notevole stress psico- fisico oltre che di notevole disagio economico per l’intero nucleo familiare. La lontananza, pertanto, in particolare dal figlio minore, comporterebbe per la madre l’impossibilità di provvedere ai suoi immediati bisogni, con danno ingiusto alla formazione ed allo sviluppo della*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

personalità del minore e inevitabili ricadute negative su tutta la famiglia” (cfr. pag. 17 del ricorso ex art. 700 c.p.c.).

Tanto non è stato considerato e valutato dal Giudicante.

Che il Giudice abbia incontrato evidenti difficoltà nell’analisi del caso *de quo*, non scusabili poiché tradottesi in omessa valutazione probatoria, travisamento dei fatti e erronea/inesistente motivazione, con tutte le conseguenze gravi e irreparabili per la madre disabile ove non venisse accolto il presente reclamo, è circostanza acclarata; di talché si evidenzia che lo stesso Giudicante, così conclude: *“Il ricorso va conclusivamente rigettato. Le spese di lite vanno interamente compensate in ragione della difficoltà interpretativa delle norme scrutinate e del conseguente contrasto giurisprudenziale”*.

Orbene, la difficoltà interpretativa non implica la genesi di una mancata o distorta interpretazione priva di approdi normativi e giurisprudenziali e, inoltre, al riguardo non esiste nessun contrasto giurisprudenziale atteso che l’odierna reclamante, in tal sede e già con il ricorso ex art. 700 c.p.c., ha prodotto e richiamato cospicua giurisprudenza, di merito e legittimità, unanime dal 2002 ad oggi e nulla è stato indicato per motivare la mancata adesione.

Tanto premesso ed argomentato, ne consegue che nella fattispecie *de qua* è chiaramente ravvisabile l’illegittimità del decreto di rigetto che determina il perdurare di un pregiudizio imminente ed irreparabile a fronte di una situazione meritevole di tutela immediata che vede leso il diritto della reclamante al trasferimento presso una sede di lavoro, tra quelle indicate tra le preferenziali per prestare assistenza alla madre disabile convivente, fondata su trascurate valutazioni probatorie, travisamento dei fatti, erronea/inesistente motivazione del Giudice di prime cure. La permanenza – illegittima - presso la sede di Ancona Nord, tra l’altro, particolarmente distante e non agevolmente raggiungibile in giornata (cfr. già doc. 12 allegato al ricorso ex art. 700 c.p.c.) che non consentirà alla Vella di assistere la madre disabile e di accorciare le distanze dal proprio nucleo familiare ingiustamente imposte alla reclamante per effetto, prima della condotta illegittima del MIUR e successivamente dal Decreto di rigetto dell’adito



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

Giudice di prime cure è foriera di danni gravi e irreparabili nei termini esposti anche nel presente reclamo. Pertanto, la fondatezza circa l'esistenza del diritto vantato dalla ricorrente (*fumus boni iuris*) e la sussistenza di un pericolo imminente ed irreparabile (*periculum in mora*), al quale il ritardo di un provvedimento definitivo del procedimento ordinario, che in assenza di accoglimento del presente reclamo pur verrà promosso, può esporre il medesimo diritto, giustifica il reclamo al Collegio, dal momento che i requisiti del ricorso ex art. 700 cpc erano tutti esistenti e fondati al momento della proposizione del giudizio cautelare e della pronuncia del primo Giudice di cui si chiede la revoca con il presente reclamo. La tutela cautelare, infatti, ha un carattere strumentale, interinale e anticipatorio rispetto al bene della vita che, all'esito di un ordinario giudizio, può ottenere la ricorrente. Per cui, l'accoglimento del presente reclamo eviterebbe – alla luce dei motivi esposti – la configurazione di un danno grave ed irreparabile che, per vero, si determinerebbe all'esito di un giudizio ordinario attributivo della dovuta *utilitas*.

TRAVISAMENTO, PARZIALE RICOSTRUZIONE DEI FATTI DI CAUSA POSTI A FONDAMENTO DEL DECRETO DI RIGETTO IMPUGNATO IN SEDE DI “OSSERVAZIONI” PRELIMINARI AD OPERA DEL GIUDICE DI PRIME CURE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 112 C.P.C.

Si eccepisce, altresì, il travisamento e l'erronea, oltre che distorta, ricostruzione fattuale operata dal Giudice di prime cure, dott.ssa Alessia Marotta, poste a fondamento del decreto di rigetto.

In particolare, alla pagina 4 del decreto di rigetto n. 12862/2019 ivi impugnato, il Giudice di *prime cure* afferma che l'odierna reclamante avrebbe assunto “...*dunque l'imminenza del pregiudizio alla sfera familiare, con riferimento al rapporto matrimoniale e genitoriale, legato alla distanza chilometrica tra il comune di residenza e l'ambito di destinazione...*” (cfr. già doc. 01 – pag. 4).

Sul punto si evidenzia che la sig.ra Carmela Vella ha provato e richiamato la sua posizione di moglie e madre, anche di minore, esclusivamente in subordine rispetto al motivo principale che l'ha condotta a proporre il ricorso ex art. 700 c.p.c. e successivo



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

reclamo, consistente nella necessità di prestare assistenza alla madre disabile rispetto alla quale è unica figlia referente e convivente e, all'uopo, ha espressamente esposto che l'imminenza del pregiudizio grave e irreparabile è rappresentato proprio dall'impossibilità, ove permanesse in una sede distante circa 450 km dal luogo ove risiede con la madre disabile, di prestargli assistenza. A tal fine si riporta, di seguito, quanto indicato nel ricorso ex art. 700 c.p.c. in punto di imminenza del pericolo: **“SULLA SUSSISTENZA DEL PERICULUM IN MORA** *Preme evidenziare che la situazione personale e familiare della docente necessita di una tutela anticipata e cautelare al fine di paralizzare i gravi ed irreparabili danni conseguenti alla permanenza presso la sede di Ancona. La ricorrente, infatti, così come si evince dalla documentazione allegata al presente ricorso, è unica referente e convivente di madre disabile al 100%. Inoltre la sig.ra Vella è coniugata e madre di due figli, di cui uno minore in età scolare e l'altro in procinto di trasferimento in altra città per l'imminente inizio dei corsi universitari. In particolare, il marito della sig.ra Vella – sig. Gizzi Michele - è impegnato nella propria attività lavorativa alle dipendenze con turnazioni diurne e notturne tali da impedirgli l'assistenza alla suocera convivente e ai figli, come evincibile dalla dichiarazione già allegata...omissis”(cfr. già doc. 02 - pag.16).*

Risulta di meridiana evidenza – è *in verbis* – che l'assistenza alla madre disabile rappresenta il motivo principale del ricorso all'Autorità giurisdizionale cui si accompagna, non essendo irrilevante, anche la questione relativa alla necessità di provvedere alla crescita dei figli, di cui uno minore, oltre che alla cura del rapporto coniugale.

Il Giudicante non può assolutamente ricostruire parzialmente o secondo l'ordine di importanza che più gli aggrada i fatti posti a sostegno del *decisum* e, soprattutto, non può ignorarli pena la violazione, tra l'altro, dell'articolo 112 c.p.c..

Al riguardo si osserva che *“La violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, fissato dall'art. 112 c.p.c., sussiste quando il giudice attribuisca, o neghi, ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno virtualmente, nella domanda, oppure ponga a fondamento*



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

della decisione fatti e situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo un titolo nuovo e diverso da quello enunciato dalla parte a sostegno della domanda; tale violazione, invece, non ricorre quando il giudice non interferisca nel potere dispositivo delle parti e non alteri nessuno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione” (Cassazione civile, Sez. III, ordinanza n. 906 del 17 gennaio 2018).

Nel caso che occupa il Giudice di prime cure, in punto di osservazioni, ha minato agli elementi obiettivi posti alla base dell'azione e, dunque, del *decisum* consequenziale nella misura in cui ha omesso di afferire l'imminenza, come richiesto dalla sig.ra Vella, alla situazione di disabilità della madre (vedova e convivente rispetto alla quale – si ribadisce – è unica referente) che, laddove la Vella dovesse permanere assegnata ad Ancona Nord, non potrebbe fruire della sua assistenza, stante il prossimo inizio del nuovo a.s. e, anche, nella misura in cui, in prosieguo di decisione, ha invertito l'ordine di importanza degli elementi posti alla base del *periculum*, dando – del tutto immotivatamente – maggior rilevanza al profilo coniugale e al rapporto di filiazione in luogo della disabilità della madre da assistere rispetto alla quale ha operato riferimento solo ai fini dell'interpretazione, contraria all'orientamento assolutamente maggioritario – come si esporrà *funditus* innanzi – della normativa di cui alla L. 104/1992 e agli artt. 13 e 14 del CCNI.

La decisione del Giudice di prime cure, dunque, poggia su una genesi fattuale diversa da quella prospettata in sede di 700 c.p.c. dall'odierna reclamante. Il decreto è illegittimo e deve essere revocato.

Tutto quanto premesso, provato e argomentato, la reclamante come in epigrafe rappresentata, difesa e domiciliata

PROPONE RECLAMO

all'Ill.mo Tribunale di Avellino in composizione collegiale, Sezione Lavoro, affinché Voglia, in riforma dell'impugnato provvedimento, emettere con decreto *inaudita altera parte* o, in subordine, fissata l'udienza per la comparizione delle parti, con ordinanza e



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

previa audizione delle parti, i provvedimenti necessari ed idonei a far cessare immediatamente la condotta pregiudizievole adottata dal MIUR, indi accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

- 1) Disporre l'acquisizione del fascicolo del procedimento segnato al R.G. n.3033/2019 Tribunale di Avellino - Sezione Lavoro – sia telematico che cartaceo, essendo il MIUR costituito solo cartaceamente;
- 2) revocare il decreto di rigetto n.12862/2019 del 22.08.2019 emesso dal Tribunale di Avellino - Sezione Lavoro - in persona del Giudice dott.ssa Alessia Marotta nel procedimento segnato al R.G. n.3033/2019;
- 3) rilevata la sussistenza delle condizioni di fondatezza dell'azione cautelare - del *fumus boni iuris e del periculum in mora* - dichiarare l'illegittimità del diniego del MIUR all'assegnazione definitiva della sig.ra Carmela Vella presso una delle sedi indicate quali preferenziali in sede di domanda di trasferimento definitivo (Lacedonia AVEE877019; Calitri AVEE85401L; Capoluogo Bisaccia AVEE83201Q; Distretto 005 AV – Nusco F988; S'Angelo dei Lombardi I281; Avellino; Foggiano IC FER.MAR. Melfi – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI Melfi – PZEE84102L ecc..), poichè ad essa spettante, nel rispetto del principio dello scorrimento della graduatoria (maggior punteggio) e delle necessità familiari (precedenza ex L.104/2012; ricongiungimento nucleo familiare con figlio minore di età);
- 4) disporre, per l'effetto, l'assegnazione della ricorrente presso una delle sedi indicate quali preferenziali nella domanda di trasferimento definitivo (Lacedonia AVEE877019; Calitri AVEE85401L; Capoluogo Bisaccia AVEE83201Q; Distretto 005 AV – Nusco F988; S'Angelo dei Lombardi I281; Avellino; Foggiano IC FER.MAR. Melfi – PZEE84202C; PRIMARIA F.S. NITTI Melfi – PZEE84102L ecc..), poichè ad essa spettante, nel rispetto del principio dello scorrimento della graduatoria (maggior punteggio) e delle necessità familiari (precedenza ex L.104/2012; ricongiungimento nucleo familiare con figlio minore di età);



Studio Legale Avv. Maria Esposito

Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori

Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292

c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -

5) in ogni caso, adottare ogni provvedimento idoneo per la tutela del suo diritto soggettivo, ordinando all'Amministrazione Scolastica di dare attuazione all'emanando chiesto provvedimento cautelare;

6) con vittoria di spese, competenze e onorari del presente giudizio e del cautelare ex art. 700 cpc, oltre oneri accessori come per legge, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

7) con riserva di agire in separato giudizio per la condanna al risarcimento dei danni subiti. Con ogni più ampia riserva e salvezza di ogni diritto e ragione.

ISTANZA AUTORIZZAZIONE PER NOTIFICA EX ART. 151 CPC

Qualora l'adito Tribunale ne ritenesse l'utilità, stante l'elevato numero dei controinteressati, non identificabili agevolmente, che renderebbe la notifica del presente reclamo nelle forme ordinarie particolarmente gravosa, nonché incompatibile con le esigenze di celerità del procedimento cautelare, si chiede di essere autorizzati alla notifica ai sensi dell'art. 151 c.p.c., mediante pubblicazione del reclamo e dell'eventuale emanando decreto di fissazione di udienza sul sito internet del M.I.U.R.

Si allegano:

- 01) Decreto di rigetto n.12862/2019 del 22/08/2019 R.G. n.3033/2019;
- 02) Ricorso ex art.700 c.p.c. R.G. n.3033/2019 Trib. Avellino Sez. lavoro;
- 03) Certificato di morte di Vella Luigi;
- 04) Estratto dell'atto di matrimonio di Vella Luigi e Tozzoli Maria Carmela;
- 05) Estratto dell'atto di nascita di Vella Carmela
- 06) già all.01 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 07) già all.02 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,
- 08) già all.03 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 09) già all.04 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,
- 10) già all.05 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 11) già all.06 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,
- 12) già all.07 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 13) già all.08 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,



Studio Legale Avv. Maria Esposito

*Patrocinate innanzi alla Corte di Cassazione e alle Giurisdizioni Superiori
Via Nicola Giustiniani, n.18 - 82100 BENEVENTO – tel e fax:0824/316292
c.f. SPSMRA62H48A783S – p.i. 00904320629 - pec: avvmariaesposito@puntopec.it -*

- 14) già all.09 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,
- 15) già all.10 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 16) già all.11 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,
- 17) già all.12 del ricorso ex art. 700 c.p.c.;
- 18) già all.13 del ricorso ex art. 700 c.p.c.,

Si dichiara che il presente giudizio è di valore indeterminabile ed il contributo unificato versato è di €259,00=.

Con ogni più ampia riserva e salvezza.

Benevento, 30.08.2019

Avv. Maria Esposito

