

Avv. Vincenzo La Cava
Via Cesare Battisti, 108
Fax 090346288
98123 Messina
avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

Ricorso ex art. 414 c.p.c. con contestuale istanza ex art. 700 cpc e richiesta di emissione di decreto inaudita altera parte.

Per la prof.ssa GIBILARO Veneranda nata il 09.03.1978 a Messina e residente in Via Milite Ignoto, 39, a Barcellona Pozzo di Gotto C.F. GBL VRN 78C 49F 158Q, 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, ricorrente

contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, in persona del Ministro p.t., resistente

La prof.ssa Gibilaro è stata assunta a tempo indeterminato il 1.09.2017 presso l'Istituto Luigi Cadorna di Milano, classe di concorso scuola primaria, attualmente in servizio presso l'I.C. "Saponara" di Saponara (doc. 1, 2).

La ricorrente, dopo aver ottenuto il trasferimento nell.a.s 2018/019 a Rho(provincia di Milano), nel successivo anno scolastico 2019/2020, è stata trasferita, a seguito di domanda di mobilità volontaria, presso l' istituzione scolastica Nolli Arquati di Milano (doc. 3), mentre per la procedura di mobilità 2021/2022 la sua domanda (doc.3 a) sebbene ritualmente



formulata è stata cancellata dall'amministrazione scolastica resistente (doc.4) con nota del 27.4.2021 sull'erroneo presupposto che “ *ricorrendo i LIMITI previsti dalla ordinanza ministeriale 106 art 1 c.2 sulla mobilità 2021/022 che richiama l'art 22 comma 4 lett a1) del CCNL si procederà alla cancellazione della stessa con conseguente esclusione della procedura dei trasferimenti. Nello specifico si precisa che la SV risulta soggetta a vincolo triennale art 1 c.2 dell o.m. a seguito di mobilità ottenuta nella.s. 2019/020”*”

La ricorrente risulta essere referente unica del di lei madre, signora GENOVESE Domenica, riconosciuta disabile in data situazione di gravità ex art. 3 c. 3 della legge 104/1992 che vive e risiede a Barcellona Pozzo di Gotto, giusto verbale della commissione medica del **22.1.2021** (doc. 5).

Dall'attuale condizione clinica della madre 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!).

Orbene l'amministrazione scolastica, nonostante la ricorrente si trovi in possesso di tutti i requisiti previsti dalle norme inderogabili necessarie per partecipare alla procedura di mobilità interprovinciale del personale docenti 2021/2022 ed avvalersi del diritto di precedenza, ha imposto alla stessa, di restare presso la stessa istituzione scolastica di titolarità (Lolli Arquati provincia di Milano) **per il triennio** e ciò in virtù della illegittima applicazione della ordinanza ministeriale n. 106 del 29.3.2021 attuativa del CCNI 2019/2022 (**doc. 6**) pregiudicando



così il diritto costituzionalmente garantito del disabile di essere assistito dalla docente nel luogo ove lo stesso risiede ponendo la lavoratrice dinanzi alla scelta tra rinunciare al rapporto di lavoro (in caso di mancata concessione del trasferimento in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il disabile (perchè del tutto incompatibile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa).

Più precisamente l'art. 1 comma 2 della ordinanza ministeriale n. 106 del 29.03.2021 prescrive *“Ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del CCNI sottoscritto in data 6 marzo 2019 concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22 (di seguito, CCNI 2019), che richiama l'articolo 22, comma 4, lettera a1) del CCNL istruzione e ricerca del 19 aprile 2018, il docente che ottiene la titolarità su istituzione scolastica a seguito di domanda volontaria, sia territoriale che professionale, avendo espresso una richiesta puntuale di scuola, non potrà presentare domanda di mobilità per il triennio successivo. Nel caso di mobilità ottenuta su istituzione scolastica nel corso dei movimenti della I fase, attraverso l'espressione del codice di distretto sub comunale, il docente non potrà presentare domanda di mobilità volontaria per i successivi tre anni. Tale vincolo opera all'interno dello stesso comune anche per i movimenti di II fase da posto comune a sostegno e viceversa, nonché per la mobilità professionale. Al comma 3. Il vincolo triennale non si applica: a) ai docenti beneficiari delle precdenze di cui all'articolo 13 del CCNI 2019 e alle condizioni ivi previste da suddetto contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica*



la precedenza; b) ai docenti trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti su una preferenza espressa".

Ebbene tale limite si pone in aperto contrasto sia con gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 (norme inderogabili e costituzionalmente garantite) con l'art. 601 d.lgs 297/1994 (T.U. della scuola) (*lex specialis*) laddove espressamente prescrivono che (art. 33 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"* consentendo di contro la partecipazione soltanto ai *"docenti essere beneficiari delle precdenze di cui all'art. 13 e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza o che siano stati trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti su una preferenza espressa"* (sic!), nonché con la Direttiva 2000/78/CE così creando una palese violazione di legge nazionali e sovranazionali.

Ebbene tale procedura deve ritenersi viziata ed illegittima per i seguenti

MOTIVI

1.Violazione e falsa applicazione delle norme inderogabili ex artt. 21 e 33 L. 104/1992 e art. 601 T.U. scuola (lex specialis)

La procedura di mobilità indetta con la ordinanza ministeriale n. 106 del 29.03.2021 e gli atti ad essa collegati è illegittima e contraria a norme **inderogabili** di legge laddove imponendo alla ricorrente il vincolo a rimanere presso l'istituzione



scolastica prescelta dove ha ottenuto la titolarità, a seguito di domanda volontaria, per tre anni, ha violato sia i precetti contenuti dall'art. 21, 33 della legge 104/192 che dalla *lex specialis* di cui all'art. 601 del T.U. Scuola che costituzionali e comunitari.

Più precisamente dalla illegittima applicazione dell'art. 2 comma 2 della ordinanza ministeriale n. 106 del 29.03.2021 ne consegue che i docenti (come la ricorrente) soggetti al vincolo triennale possono presentare domanda soltanto alle seguenti condizioni:

- essere beneficiari delle precedenze di cui all'art. 13 e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza;

- siano stati trasferiti d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti su una preferenza espressa.

In definitiva questi sono tenuti a restare presso l'istituzione scolastica dove hanno ottenuto la titolarità, a seguito di domanda volontaria, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno 3 anni, **tranne che siano beneficiari delle precedenze di cui all'art. 13 CCNI e alle condizioni ivi previste del contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza.**

Orbene tale operazione 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, (*lex specialis*) 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".

Sostanzialmente, detta norma (art. 601), non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo, a differenza della disciplina generale, e richiamando il combinato disposto di cui agli art 21 e 33 della legge 104/1992 , presenta la struttura della norma imperativa incondizionata (non derogabile), **attuativa di valori di rilievo costituzionale riconoscendo** al personale/docente, che si trova nelle condizioni di cui **all'art. 33 ed all'art. 21** L. 104/92, una **precedenza assoluta** in sede di mobilità rispetto ai docenti che non si trovino nella medesima condizione, senza alcuna interferenza da parte di norme ministeriali o legislative con essa in contrasto e con i precetti costituzionali.

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".

Ne consegue che la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla *ratio legis* di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "*i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata*" (L. 104/92) ed avente come finalità la garanzia del 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 possibile e alla partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché alla realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 11 L.104/92).

Detta norma, **unitamente all'art. 33** della medesima legge, si configura infatti qual disposizione di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti con la conseguenza che le stesse **non possono ritenersi implicitamente abrogate ne limitate** neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Appare indubbia **la natura cogente** della disposizione di cui alla legge n. 104/1992, che, peraltro, si evince dalla ratio legis e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente *"i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata"* (art. 21 L. 104/1992).

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così



disposto: *“la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Ord. Trib. Vercelli del 12.01.2017, Trib. Messina, Trib. Potenza, Trib. Ravenna, Trib. Genova, Trib. Termini Imerese, Trib. Latina).*

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 4. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto la Corte territoriale non avrebbe dovuto fermarsi alla mancanza di documentazione proveniente dalle USL sull'invalidità grave della madre della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell'handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento, il che è stato omesso sulla base di una interpretazione letterale della norma in discussione oggi superata dalla giurisprudenza di legittimità".

In definitiva è conforme a questo quadro normativo **l'esclusione di limiti** all'esercizio del diritto di partecipare alla procedura di mobilità per le persone che assistono parenti ed affini affette da handicap grave.

Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall'art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto **senza riserve**.

La stessa locuzione "*hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda*" dell'art. 33 e 21 della legge n. 104/92, del resto, è indicativa della ristrettezza dello spazio entro cui il relativo diritto può essere compresso.

Una interpretazione/applicazione troppo restrittiva della disposizione in esame, così come avviene nel caso di che trattasi, comporterebbe una sostanziale negazione di tutela.

L'insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili, una delle più compiute



manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.).

Inoltre la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconosce il diritto delle persone con "disabilità" a beneficiare di "misure idonee" dirette a garantirne, tra l'altro, l'autonomia e l'inserimento sociale (art. 26).

Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono ritenersi acquisiti al diritto dell'Unione la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l'indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap.

Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l'assistenza informale (2.1.2).

In virtù delle superiori considerazioni appare evidente ritenere che la preclusione imposta dalla ordinanza ministeriale nella parte in cui, derogando alle norme cogenti che tutelano diritti costituzionalmente garantiti, si pone con esse in aperto contrasto e pertanto deve essere disapplicata.

In identica fattispecie il Tribunale di Siracusa(Sentenza n. 276/2021 pubbl. il 09/02/2021) su ricorso patrocinato da co-desto difensore ha disposto *"Né, può assumere rilievo alla negazione del diritto vantato l'esistenza di una norma pattizia ostativa, art. 2, comma 2, CCNI sulla mobilità, secondo cui, il docente che partecipa*



alla mobilità volontaria e ottiene il movimento richiesto in un scuola inserita come preferenza analitica o, nel caso di mobilità professionale o di trasferimento su altra tipologia di posto, in una scuola nel comune di titolarità, in seguito a preferenza sintetica nel comune, non potrà partecipare alla mobilità nel successivo triennio. Di conseguenza, in base a tali disposizioni, la docente non è sottoposta al vincolo triennale e potrà presentare, per il successivo anno scolastico, domanda di trasferimento per scuole ubicate nel comune in cui usufruisce della precedenza per assistere il genitore beneficiario della Legge 104/1992".(doc.7)

Sotto tale primo profilo, la ricorrente ha certamente diritto a partecipare alla procedura di mobilità ai sensi dell'art. 33 L. 104/1992, art. 601 T.U. scuola.

2. *Violazione e falsa applicazione dell'ordinanza ministeriale n. 106 del 29.3.2021 poiché in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione*

Le disposizioni contenute nelle citate leggi e disposizioni normative inderogabili sono dirette a tutelare diritti di rilevanza costituzionale, quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale e alla tutela dei disabili, discendenti dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione.

Occorre inoltre considerare che subordinare diritti costituzionalmente rilevanti – quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili ad esigenze organizzative dell'istituzione scolastica, pur essendo astrattamente condivisibile, porterebbe in realtà ad un eccessivo sbilanciamento degli interessi, dando un'eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro rispetto a quelli,



attinenti alla persona (e discendenti dalle disposizioni costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità.

In questo senso, va condivisa la scelta operata da Cass. n. 6150/2019 che - al fine dell'equo bilanciamento di interessi - ha ritenuto la necessità da parte datoriale non solo di allegare e comprovare le *"esigenze tecniche, organizzative e produttive"*, ma di dimostrare che tali esigenze siano *"effettive e non suscettibili di essere diversamente soddisfatte"*.

La normativa, come sopra rilevato, è posta a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti quali la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà ed 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 possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali (art. 1 L. 104/92; Sezioni Unite S.C., sent. n. 7945 del 27.3.2008).

Orbene la predetta disposizione normativa, che non può essere derogata o posta in contrasto da una ordinanza ministeriale, 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 gli art. 21 e 33**, ai quali è pacificamente riconosciuto il rango di *lex specialis* rispetto alla norma di carattere generale



in materia di assegnazioni e trasferimenti (Cfr Tribunale di Messina, Matera, ordinanza del 6.2.012).

Nella vicenda in esame la ordinanza ministeriale e le disposizioni di legge ad essa collegate, laddove escludono la partecipazione per 3 anni alla procedura di mobilità del personale docente che ha ottenuto la titolarità su scuola a seguito di domanda volontaria, riconoscendola solo in determinate e ristrette ipotesi e non anche in applicazione (nella sua interezza) dell'art. 33 appare discriminante e manifestamente lesiva delle norme imperative, come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Ne consegue come statuito di recente anche dai Giudici Ermellini che *“circoscrivere l'agevolazione in favore dei familiari della persona disabile al solo momento della scelta iniziale della sede di lavoro, come preteso dalla società ricorrente, equivarrebbe a tagliare fuori dall'ambito di tutela tutti i casi di sopravvenute esigenze di assistenza, in modo del tutto irrazionale e con compromissione dei beni fondamentali richiamati nelle pronunce della Corte Costituzionale sopra citate, l'interpretazione data dalla Corte di merito deve quindi essere confermata in quanto, oltre che compatibile col testo letterale della disposizione in esame, è la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. n. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017).*



Orbene la legge 104/1992, che non può essere derogata o posta in contrasto da una ordinanza ministeriale o da leggi ad essa collegate, 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 gli art. 21 e 33, ai quali è pacificamente riconosciuto il rango di *lex specialis* rispetto alla norma di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti.

La Suprema Corte (con l'ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120) precisa infatti 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 sovrana-zionale, 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).

Sul punto va rimarcata anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con 4. 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 operata dalla ordinanza ministeriale (che richiama l'art 13 del CCNI) nella parte in cui garantisce la precedenza per assistenza al disabile soltanto in favore del docente, del figlio e del coniuge e non anche dei parenti ed affini sino al terzo grado ai sensi della l.104/1992, di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

Anche sotto tale ulteriore ed assorbente motivo, la ricorrente ha certamente diritto a partecipare alla procedura di mobilità ai sensi dell'art. 33 e 21 L. 104/1992, art. 601 T.U. scuola.

3. *Violazione e falsa applicazione della direttiva CE 78/00; Violazione del principio di discriminazione indiretta.*

Adottare tale distinzione tra la docenti individuati dall'art 13 beneficiari delle precedenze ivi previste (docente, figlio e coniuge beneficiario di legge 104/1992), *“nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in una scuola fuori dal comune o distretto sub comunale dove si applica la precedenza”* e docenti care giver come la ricorrente che assistono la madre in situazione di



gravita ex art 3 legge 104/1992 comporterebbe come logica conseguenza la paradossale soluzione di avvicinare solo il cari giver docente che pur assistendo il figlio , il coniuge in condizione di disabilità grave sono comunque già collocati in un ambito territoriale vicinore al comune di residenza del disabile da assistere; tutto ciò in spregio al dettato di una norma imperativa (l'art. 33 Legge 104/1992) che vuole preservare i diritti all'assistenza ed all'integrazione sociale delle persone disabili in genere.(V. Sentenza Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto dott D'Agostino del 4.3.2021).(doc.8)

Così operando nel senso voluto dalla ordinanza ministeriale e con essa del CCNI si andrebbe altresì a operare una netta **discriminazione** per il care giver e per il disabile stesso attesa la maggiore o minore protezione che lo stesso andrebbe a ricevere in relazione al grado di parentela che lo lega al disabile con la conseguenza che anziché svolgere la propria prestazione lavorativa in condizioni di effettiva parità con gli altri care giver sono posti dinanzi alla scelta tra rinunciare al rapporto di lavoro (in caso di mancata concessione del trasferimento in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il proprio familiare(perchè del tutto incompatibile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa).

Orbene tale palese discriminazione non è in linea con quanto disposto dalla direttiva CE 78/2000.

Ed invero nella materia di interesse non può prescindersi dalla disciplina dettata dalla direttiva 78/00 che stabilisce “ un



quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”(pacificatamente applicabile al rapporto di pubblico impiego in ragione della espressa previsione dell’art 3) che all’art 5 si occupa anche della disabilità essendo il giudice nazionale tenuto alla interpretazione conforme del diritto interno.

L’Italia è stata condannata per non avere “correttamente recepito” la Direttiva 78/2000/CE nell’ordinamento interno (causa C-312/11 Commissione contro Repubblica Italiana) ed in particolare per non avere recepito «correttamente e completamente» l’articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE, che aveva disciplinato l’obbligo per i datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli» per le persone con disabilità nell’ambiente di lavoro.

Con il “Decreto Lavoro” (Decreto Legge 76/13, convertito dalla Legge 99/13) è stata quindi recepita anche nel nostro ordinamento una disposizione assai rilevante a tutela delle persone con disabilità: l’obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare “accomodamenti ragionevoli” nell’ambiente di lavoro per garantire “parità di condizioni”.

E’ certo infatti che le garanzie approntate dal diritto dell’Unione al lavoratore disabile si applicano anche nei casi in cui si faccia astrattamente riferimento a questioni **di discriminazione associata**, in cui cioè il lavoratore o la lavoratrice non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie l handicap) ma assuma comunque un trattamento differenziale in ragione della sua relazione con il portatore del



fattore , come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accadere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile che è ciò che qui specificatamente interessa(C. App. Firenze Sentenza 521/020)

Una tale condizione rientra infatti sicuramente nell'ambito di applicazione delle tutele antidiscriminatorie come ha chiarito la Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C- 3003/06 Coleman secondo cui" *Il divieto di discriminazione diretta NON E' LIMITATO ALLE SOLE PERSONE CHE SIANO ESSE STESSA DISABILI. . Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore CHE NON SIA ESSO STESSO DISABILE, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è stato o sarebbe trattato da un altro lavoro-re in una situazione analoga , e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno un siffatto trattamento VIOLA IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE DIRETTA "*.

È noto che l'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione con la sentenza del 4 luglio 2013 Commissione / Repubblica Italiana recepita con il dl 28.6.013 n. 76 convertito nella l. 9.8.013 laddove il legislatore italiano ha inserito nel dlgs 216/013 al art 3 il comma 3 bis.

Una piena lettura di queste disposizioni impone allora un obbligo derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'unione del datore di lavoro pubblico o privato di adattare nei limiti di " sforzo non sproporzionato" la propria



organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile non-ché a chi lo assiste di svolgere la propria prestazione lavorativa **in condizioni di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.**

Appare quindi evidente che dalla possibilità di potere in concreto assistere il proprio familiare disabile dipenda senz'altro l'effettiva possibilità per il lavoratore e lavoratrice care giver di continuare a svolgere la propria prestazione in condizione di parità , senza essere posti dinanzi alla scelta tra rinunciare al rapporto di lavoro (in caso di mancata concessione del trasferimento e/o di assegnazione provvisoria in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il proprio familiare(perchè del tutto incompatibile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa) .

Da ciò deriva, l'inapplicabilità alla ricorrente del vincolo triennale ostativo alla partecipazione alle operazioni di mobilità, previsto dall'art I comma 2 dell'ordinanza ministeriale del 29.3.021 n. 106.

Ed infatti, tale disposizione, dopo aver stabilito tale vincolo a carico dei docenti che, come la ricorrente, abbiano ottenuto la titolarità su istituzione scolastica a seguito di domanda volontaria, sia territoriale che professionale, avendo espresso una richiesta puntuale di scuola, prevede che la restrizione non si applichi ai dacenti beneficiari delle precedenza di cui .tll'art. 13 del CCNI 2019/022 ed alle condizioni ivi previste dal suddetto contratto, nel caso in cui abbiano ottenuto la titolarità in



una delle scuole fuori dal comune o distretto ove si applica la precedenza"

Dunque se è vero che l'anzidetta eccezione riguarda tutti i docenti titolari delle precedenze di cui all'art. 13 CCNI cit. che siano titolari in una scuola fuori dal territorio comunale ove si applica la precedenza, è anche vero che l'anzidetta disposizione contrattuale deve ritenersi contraria a norme imperative e disapplicata nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza, anche per la mobilità interprovinciale, a favore del figlio che debba prestare assistenza al genitore in condizioni di disabilità grave, per cui il riferimento contenuto nella disposizione appena citata all'art. 13 CCNI non può che ritenersi esteso anche al diritto di precedenza che, in ragione delle considerazioni appena svolte, deve essere riconosciuto anche a favore della ricorrente

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 la sede ove risiede il disabile.

4. Richiesta di emissione di decreto inaudita altera parte

La richiesta di decreto inaudita altera parte è giustificata ogni qual volta sussistono ragioni di urgenza talmente impellenti che non permettono neanche di attendere il decorso di pochi giorni necessari per la convocazione delle parti ovvero quando l'attuazione del provvedimento cautelare può essere pregiudicata dalla previa instaurazione del contraddittorio.

Nel caso di specie la convocazione delle parti può concretamente pregiudicare l'attuazione dell'invocato provvedimento tenuto conto che la ricorrente potrà (come indicato dalla ordinanza ministeriale) concorrere alla procedura di mobilità atteso che **la comunicazione al SIDI delle domande di mobilità e dei posti disponibili è fissata al 19 maggio.**

Allo stato, inoltre, risulta imminente l'uscita dei bollettini dei trasferimenti (prevista per il 7.06.2021).

Ritenuto, dunque che, ricorrendo i presupposti di cui all'art 669 sexies c.p.c., sia necessario ordinare



all'amministrazione di consentire, previa revoca della comunicazione di cancellazione della domanda , la partecipazione della ricorrente alla detta procedura, salva ogni determinazione all'esito della corretta instaurazione del contraddittorio atteso che la richiesta partecipazione con riserva non leda né l'Amministrazione né alcun diritto di terzi (in identica fattispecie il Trib. di Patti ha emesso decreto inaudita altera parte) (doc.9).

Considerata l'estrema urgenza oggi rappresentata, si chiede che il Giudice Voglia: accertare il diritto della ricorrente a partecipare, previa disapplicazione della ordinanza ministeriale e del vincolo triennale illegittimamente imposto alla procedura di mobilità interprovinciale sin dall'a.s. 2021/2022.

Istanza cautelare

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 vedrebbe privato della necessaria quotidiana assistenza e cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto, quale pregiudizio e danno concreto ed irreparabile del suo generale stato personale e di salute che non può in alcun modo essere ristorato.

L'adozione del provvedimento cautelare ha la pregnante



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

Più precisamente la madre è portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 3 della Legge 104/92, invalido giusto verbale della Commissione medica e la ricorrente risulta unica figlia referente convivente atteso che il di lei fratello Rosario vive e risiede a Milano ed il padre risulta deceduto (doc. 10,11, 12).

La mancata partecipazione alla procedura di mobilità comporterebbe la permanenza presso una istituzione scolastica distante dal luogo ove risiede e vive il disabile con evidente preclusione del diritto a partecipare alla procedura di mobilità per 2 anni con evidenti disagi per lo status di disabile ed in virtù della palese discriminazione posta ai colleghi partecipanti alla medesima procedura concorsuale con disabilità accertata anche a distanza di un solo giorno rispetto a quella del padre della ricorrente.

Tale evidente lesione certamente cagionerebbe gravi disagi al diritto di salute del disabile stante la **imminente scadenza della domanda di mobilità** 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.

Dalla documentazione versata in atti, emerge



l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente, che vive e risiede, unitamente al disabile, a Barcellona P.G. (ME) ad oltre 1200 km di distanza dalla scuola nella quale la stessa è titolare di Milano.

Tale danno, **concreto ed irreparabile**, scaturente dal suo generale stato personale e di salute della madre, non può in alcun modo essere ristorato.

La condizione attuale della madre della ricorrente necessita di assistenza immediata e continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita.

Ne consegue che la mancata partecipazione della ricorrente alla predetta procedura di mobilità cagionerebbe gravi disagi alla salute della madre ed alla vita familiare della ricorrente stessa, 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, 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 tutto violati né si possono creare le condizioni di andarla a minare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni nazionali



contrarie.

Ne consegue che deve essere riconosciuta 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.

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.to, rapp.ta e difesa chiede che l'On.le Tribunale adito, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

1) Preliminarmente emettere decreto *inaudita altera parte*, ordinando alle amministrazioni resistenti di consentire alla ricorrente la partecipazione alla procedura di mobilità interprovinciale docenti 2021/2022 e seguenti finalizzata ad ottenere il trasferimento scuola primaria, previa disapplicazione dell'art. 2 c. 2 della ordinanza ministeriale n. 106 del 29.3.2021 e della



nota del 27.4.2021, e degli atti connessi e consequenziali nella parte in cui si prescrive l'imposizione del vincolo di permanenza per 3 anni presso la sede di titolarità ottenuta nell'a.s. 019/020;

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 al fine di consentire alla stessa la partecipazione alle procedure di mobilità 2021/022 e seguenti ed il consequenziale trasferimento su scuola primaria indicata in domanda presso il comune di Barcellona Pozzo di Gotto ove risiede il disabile;

3) Accertare e dichiarare, per i motivi di cui *infra*, previa disapplicazione della disposizione contenuta nell'art. 2 della ordinanza ministeriale n. 106 del 29.03.2021 e dei provvedimenti connessi e consequenziali lesivi della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, ivi compresa la nota di esclusione comunicata alla ricorrente, l'illegittimità dell'art. 2 c.2 della ordinanza ministeriale 106 del 2021 nella parte in cui prescrive l'adozione del vincolo triennale nei confronti della ricorrente a rimanere presso l'istituzione scolastica nella quale ha ottenuto il trasferimento a seguito di domanda di mobilità volontaria nell'a.s. 2019/20, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, poiché in violazione con gli artt. 33, 21 della legge 104 del 1992 e dell'art. 601 del T.U. scuola e della superiore direttiva CE;

4) Conseguentemente, ritenere e dichiarare, per i motivi di cui *infra*, l'illegittimità del vincolo triennale e consentire alla



ricorrente di poter partecipare alle operazioni di mobilità 2021/2022 e seguenti del personale docente per il trasferimento su posto comune scuola primaria;

5) Accertare e dichiarare, previa disapplicazione, ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 c.c. e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01, dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2020/2021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) *nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità*, il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della stessa presso il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato anche in sovrannumero che le consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei madre e ciò con effetto immediato;

6) In subordine condannare le amministrazioni resistenti ad emanare tutti i provvedimenti necessari a consentire alla ricorrente la partecipazione alle operazioni di mobilità interprovinciale 2021/2022 personale docente ed il conseguenziale trasferimento interprovinciale su Scuola primaria posto comune nel comune di Barcellona Pozzo di Gotto e comunque in una delle sedi di cui alla domanda;

8) Condannare l'amministrazione resistente al pagamento di spese, competenze e onorari di giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore.



Nota fiscale: ai fini del versamento del contributo, atteso che il valore è indeterminato, ma stante l'autocertificazione reddituale lo stesso non è dovuto (doc. 13).

Messina 29.04.2021

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 2021/2022 scuola primaria, di tutti i



docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI – Mobilità Scuola 2021/2022, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2021/22, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2021/22 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 2021/2022 scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2021/22, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2021/22”;

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

Messina 29.04.2021

Avvocato

Vincenzo La Cava

