

**ILL.MO TRIBUNALE DI BOLOGNA
SEZIONE LAVORO**

Ricorso ex art. 700 c.p.c.

Nell'interesse della sig.ra **Maria Giuseppina BONGIORNO**, nata [REDACTED] il 24.7.1965 [REDACTED], rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, giusta procura su foglio separato, dall'Avv. Giuseppe Limblici (LMBGPP65B06D514X) e dall'Avv. Francesca Palumbo (PLMFNC85C54A089C), entrambi del Foro di Agrigento, con studio in Favara nella via Enrico La Loggia n. 18, ed elettivamente domiciliata presso l'indirizzo di posta elettronica certificata dei predetti difensori, come risultanti dai registri di giustizia: limblici@avvocatiagrigento.it, francescapalumbo@avvocatiagrigento.it; fax per comunicazioni 0922.5098037

Ricorrente

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, in persona del Ministro pro- tempore (cf. 80185250588),

Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna, in persona del Dirigente p.t. (cf. 80062970373) ;

Entrambi domiciliati *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna con sede in via Guido Reni, 4, 40125 Bologna, pec: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

Resistenti

e nei confronti

di tutti i docenti di scuola primaria - tipo di posto comune- che hanno partecipato alle procedure di mobilità per l'a.s. 2022/23 e che hanno ottenuto il movimento in una delle sedi cui aspirava la ricorrente.



per la declaratoria

del diritto della ricorrente alla precedenza, ex art. 33 L. 104/1992, quale figlia convivente referente unica di genitore disabile in situazione di gravità, nelle procedure di mobilità interprovinciale del personale docente, e del conseguente diritto al trasferimento interprovinciale, anche in soprannumero, nella provincia di Agrigento, secondo l'ordine delle preferenze espresse,

previo annullamento e/o disapplicazione

del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo (CCNI) sulla mobilità per il triennio 2022/2025 nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali a favore del figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità,

In fatto

1. La ricorrente è docente nella scuola primaria tipologia di posto speciale HN - con metodo Montessori, immessa in ruolo il 1° settembre 2019 (doc. n.1), attualmente titolare ed in servizio presso l'Istituto Comprensivo [REDACTED] (cfr. doc. 2), circostanza che radica la competenza presso codesto Ill.mo Tribunale.
2. Per l'a.s. 2022/2023 ha partecipato alle procedure di mobilità di cui al CCNI sulla mobilità per il triennio 2022- 2025 (doc. n. 3).
3. Più precisamente, la ricorrente ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale, invocando il diritto di precedenza di cui all'art. 33 L. 104/92 per assistenza al genitore, sig. [REDACTED], portatore di handicap in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 L. 104/92 (cfr. verbale di riconoscimento status ex lege 104/92, permessi e certificato stato di famiglia all. nn. 4, 5 e 6).



4. Nella summenzionata domanda di trasferimento, la docente Bongiorno ha indicato, quali preferenze, nell'ordine n. 15 comuni nella provincia di Agrigento, ivi incluso, quale prima preferenza, il comune di Favara.

5. L'ufficio Scolastico Provinciale competente ha riscontrato la domanda di trasferimento interprovinciale senza tuttavia riconoscere il diritto di precedenza invocato (doc. n. 7) nè l'opzione per il trasferimento su posto comune..

6. Pubblicati i movimenti la ricorrente ha appreso di non aver ottenuto il trasferimento richiesto in ragione del mancato riconoscimento del diritto di precedenza, stante il disposto di cui all'art. 13 del CCNI sulla mobilità che, al punto *IV) ASSISTENZA AL CONIUGE, ED AL FIGLIO CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DEL FIGLIO REFERENTE UNICO AL GENITORE CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DI CHI ESERCITA LA TUTELA LEGALE*, riconosce il diritto di precedenza nei movimenti nelle sole fasi comunali e provinciali (doc. n. 8 tabulato movimenti provincia di Agrigento).

7. Nonostante la sussistenza dei requisiti *ex lege* previsti, la docente Bongiorno non si è vista riconoscere il diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali. In ragione di quanto esposto, la ricorrente si è trovata costretta a prendere servizio dal 1° settembre presso la scuola di titolarità, con evidente pregiudizio in capo al genitore che vede violato il proprio diritto all'assistenza. La circostanza risulta ancora più grave se si considera che le condizioni di salute del padre, come si avrà modo di spiegare meglio nel prosieguo, si sono ulteriormente aggravate negli ultimi tempi.

Stante la necessità di ricongiungersi al genitore disabile e dinanzi alle inconfutabili illegittimità riscontrate nell'azione amministrativa si è costretti a ricorrere a codesto Ill.mo Giudice del Lavoro perché Voglia accogliere le doglianze della ricorrente per i seguenti



Motivi

Sul fumus boni iuris

Violazione e falsa applicazione dell'art. 33 della Legge 104/92. Violazione dell'art. 601 del D.Lgs 297/94. Violazione del principio della gerarchia delle fonti. Violazione dell'art. 3, Costituzione. Violazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006. Illegittimità dell'art. 13 CCNI mobilità triennio 2022/2025. Illogicità e irragionevolezza dell'azione amministrativa. Disparità di trattamento.

L'azione amministrativa è illegittima e merita censura. L'art. 13 del CCNI sulla mobilità, nella parte in cui non riconosce il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, realizza una pacifica violazione di legge e, pertanto, deve essere disapplicato.

Il CCNI, nei termini suindicati, circoscrive in modo del tutto irragionevole, e in spregio a norme di rango superiore, il diritto di precedenza del personale docente che presta assistenza al genitore con disabilità in qualità di figlio referente unico, vanificando financo la *ratio* e le finalità della l. 104/92. In questa prospettiva, il disposto di cui all'art. 13 pregiudica interessi primari costituzionalmente garantiti che, certamente, non possono essere disattesi dalla contrattazione collettiva.

Al fine di comprendere l'illegittimità che caratterizza l'azione amministrativa giova ricordare il contenuto del CCNI, nella parte che qui rileva. Più precisamente, con il disposto di cui all'art. 6, rubricato *PROCEDIMENTO DEI TRASFERIMENTI E DEI PASSAGGI*, sono state previste tre distinte fasi di mobilità, secondo un preciso ordine: “1. Ciascun docente potrà esprimere con un'unica domanda fino a quindici preferenze indicando le scuole, ovvero un codice sintetico (comune o distretto) sia per la mobilità intraprovinciale che per quella interprovinciale; in tale ultimo caso sarà possibile esprimere anche codici sintetici di una o più province. 2. Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano in tre distinte fasi: I fase: Trasferimenti all'interno del comune; II fase: Trasferimenti tra



comuni della stessa provincia; III fase: mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale”.

Nel contesto dell'anzidetta distinzione in fasi, l'amministrazione resistente ha congegnato un sistema delle precedenze che si sostanzia in una palese disparità di trattamento, oltre che nella violazione di legge. Invero, si legge nell'art. 13 del CCNI, nella parte che qui rileva: *“TV) ASSISTENZA AL CONIUGE, ED AL FIGLIO CON DISABILITA’; ASSISTENZA DA PARTE DEL FIGLIO REFERENTE UNICO AL GENITORE CON DISABILITA’; ASSISTENZA DA PARTE DI CHI ESERCITA LA TUTELA LEGALE . [...] Successivamente, viene riconosciuta la precedenza per l’assistenza al coniuge (7) e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità. In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all’assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l’assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l’effettiva assistenza nel corso dell’anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l’unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall’interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (8). 3. 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 (9) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell’art. 42 comma 5 del decreto legislativo 151/2001. In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. [...] Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente*



nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità”.

Ciò posto, dal tenore letterale delle disposizioni in commento emerge che il diritto di precedenza per l'assistenza al genitore disabile opera limitatamente alla fase comunale (fase I) e a quella provinciale (fase II) e non anche per i movimenti interprovinciali, con conseguente violazione di legge e disparità di trattamento.

Rileva, a tal proposito, il disposto di cui all'art. 33 comma 5 L. 104/1992 secondo cui: *“il lavoratore di cui al comma 3 (dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti) 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”*. La disposizione in commento si colloca nel più ampio contesto di tutela offerto dalla L. 104/92 che tende, tra l'altro, a garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona portatrice di handicap, 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 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 dei soggetti affetti da handicap.

Analogamente, l'art. 601 del D.Lgs. 297/1994 -“Testo Unico in materia di istruzione”- stabilisce che: *“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”.

La disposizione contenuta nell'art. 33, e in generale le norme sulla tutela della disabilità, costituiscono attuazione dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione e, anche in considerazione del panorama euro-unitario e internazionale di riferimento, avuto riguardo in particolare all'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite, si pongono quali leggi speciali rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazione e trasferimenti e, pertanto, non possono essere derogate da norme di rango inferiore, quali quelle previste dal contratto integrativo sulla mobilità. Invero, la L. 104/92 nel tutelare in via generale ed eccezionale le persone portatrici di handicap, nel pieno rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione (artt. 2, 3, 32), racchiude in sé disposizioni, come l'art. 33, alle quali è pacificamente riconosciuto il rango di *lex specialis* rispetto alla norma di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti.

Del resto, non può prescindersi dalla disciplina dettata dalla Direttiva 78/2000 recante disciplina per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (pacificamente applicabile al rapporto di pubblico impiego, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 3), che all'art. 5 si occupa anche della disabilità. Invero, le garanzie che il diritto dell'Unione appresta al lavoratore disabile trovano applicazione anche nelle ipotesi di discriminazione associata, e quindi nei casi in cui il lavoratore non sia direttamente 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 di protezione. La piena applicabilità a dette ipotesi è stata acclarata dalla Corte di Giustizia nella sentenza 17 luglio 2008, C-303/06 Coleman, secondo cui *“il divieto di discriminazione diretta [...] non è limitato alle sole persone che siano esse stesse 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, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore 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”.

A fronte del panorama normativo di riferimento e delle disposizioni di rango primario richiamate, il CCNI sulla mobilità realizza una deroga non solo illegittima, in quanto operante rispetto a disposizioni dirette ad attuare fondamentali principi di solidarietà sociale costituzionalmente garantiti, quanto palesemente discriminatoria atteso che, da una parte, riconosce il diritto di precedenza nella mobilità provinciale e comunale, dall'altra nega il medesimo diritto nella mobilità interprovinciale, contesto in cui è certamente più avvertita l'esigenza di tutela del disabile; invero, è proprio nei trasferimenti tra province diverse (spesso molto distanti) che, sotto un profilo logistico, diventa impossibile provvedere alle cure del familiare disabile, v'è più nei casi in cui il docente è referente unico.

Non v'è dubbio che, nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti, la norma contrattuale non può derogare alla previsione normativa, di rango superiore; il CCNI mobilità, nel prevedere che le precedenze possano essere fatte valere soltanto nell'ambito delle operazioni di mobilità provinciale, si pone in contrasto con l'art. 33 L. 104/92 dal momento che tale previsione comporta quale conseguenza la sostanziale vanificazione della tutela apprestata dalla L. 104/92 per i docenti che partecipano alla mobilità interprovinciale. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la disposizione in commento è affetta da nullità per contrasto con l'art. 33 L. 104/92 (norma imperativa) oltre che con l'art. 601 del T.U. 297/1994 che richiama detta norma, laddove non prevede, con riferimento ai trasferimenti interprovinciali, il diritto di precedenza al figlio referente unico per assistenza al genitore disabile grave.



Depongono in tal senso le recenti pronunce della giurisprudenza di merito. Sul punto, deve segnalarsi la sentenza del **Tribunale di Napoli n. 3361/2022 del 14/06/2022**: *“La contrattazione collettiva sulla mobilità, ogni anno, inserisce nel testo del contratto una norma che esplicitamente esclude la possibilità che i docenti titolari di precedenza per assistenza al genitore in situazione di gravità possano far valere tale precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale (trasferimenti tra province diverse), consentendola solamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. Tali disposizioni contrattuali contrastano tuttavia con una fonte di diritto primaria quale è la L.n. 104/92. Il rilievo costituzionale del diritto che l' art. 33, comma 5 della legge 104/92 è volto a tutelare, rende evidente come la norma in questione costituisca norma imperativa e come la precedenza assicurata dalle fonti normative richiamate non possa essere impedita dalla previsione da parte di norme pattizie o comunque di rango inferiore -le quali quindi devono ritenersi nulle e vanno disapplicate - di criteri di limitazione del diritto alla precedenza ed al trasferimento che di tale precedenza tenga conto. Va dunque dichiarato il diritto della ricorrente ad essere assegnata ad una delle sedi (vacanti e disponibili) più vicine alla sua residenza tra quelle indicate nella domanda di trasferimento e secondo l'ordine di preferenza espresso, tenuto conto della precedenza di cui all' art. 33 della Legge 104/92”.*

In termini analoghi il **Tribunale di Cosenza**, con la **sentenza n. 929/2022 del 03/06/2022**: *“Ritiene questo giudice,condividendo l'orientamento espresso da molti giudici di merito (tribunale Busto Arsizio, ordinanza 27.12.2017,Tribunale Cagliari, ordinanza 7.9.2017 , che il suddetto art. 13 , IV punto si pone in contrasto con la norma di cui all'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992 ove si prevede”Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.” E il comma 3 fa riferimento al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravita', coniuge, parente o affine entro il secondo grado. I rapporti tra contratto collettivo del dipendente pubblico e legge sono disciplinati dal secondo comma dell' art. 2 D.Lgs n. 165 del 2001 che recita “Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducono discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilita' sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni*



pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario.” Il contratto collettivo può dunque in alcuni casi derogare alla enorme pubblicistica ma ciò non è possibile qualora si tratta di disposizioni dirette ad attuare fondamentali principi di solidarietà sociale, costituzionalmente garantiti. L'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale è sicuramente una norma imperativa inderogabile, a prescindere da un'espressa previsione in tal senso. La disciplina di cui alla legge n. 104 è volta infatti ad attuare quei fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendo l'eliminazione di tutti quegli ostacoli, materiali e giuridici che ne possono limitare il regolare dispiegarsi nella vita di relazione. E la ratio dell'art. 33 comma 5 è non solo quella di assegnare benefici a soggetti che hanno un parente portatore di handicap ma anche e soprattutto di garantire al portatore di handicap la continuità dell'assistenza in atto. Detta norma dunque si caratterizza come norma attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione sicché è innegabile che la stessa non sia derogabile per intervento e per effetto della contrattazione collettiva. Ne consegue che la precedenza prevista da una lex speciali in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e assistenza della persona handicappata, non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti. Peraltro è evidente un trattamento discriminatorio tra i docenti in quanto se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale e nella procedura di assegnazione provvisoria a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale perché è proprio nei trasferimenti tra province diverse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico, difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente. La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità non è dunque legittima. In tal senso si è espressa anche di recente la giurisprudenza di merito “ Si ritiene infatti che le clausole dei citati CCNI, nel limitare la preferenza accordata al docente figlio e referente unico che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave alla sola mobilità annuale, escludendola invece nella mobilità definitiva, e, parimenti, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente nella suddetta situazione alla sola mobilità provinciale, accordandolo invece, in sede di mobilità extra-provinciale, solo ai genitori di figli disabili, violino



la norma imperativa del citato art. 33 l. 104/1992 e succ. mod., come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione, anche alla stregua della normativa sovranazionale e comunitaria. Ed invero, la norma di cui all'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” (Cass. n.25379/2016): il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell'assistito – è un diritto assoluto, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso “ove possibile” di cui all'art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di effettiva e motivata sussistenza di superiori esigenze pubblicistiche, non invece da includere in detta accezione l'astratto e generico contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit.”(Tribunale di Alessandria, sentenza n. 201 del 2018).Non ignora questo giudice che è intervenuta recentemente la sentenza della Cassazione n. 4677 del 2021 [...] Tuttavia ritiene questo giudice di discostarsi da tale interpretazione osservando come l'applicabilità dei benefici previsti dalla legge 104/1992 al personale della scuola, è prevista da disposizione speciale, inserita nel Testo Unico della Scuola di cui al D. Lgs. n. 297/1994 art.601 che così recita “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.” Dunque, la precedenza per i soggetti aventi diritto ai benefici previsti dalla l. 104/1992 nelle operazioni di mobilità, è prevista espressamente dalla legge e, segnatamente, da legge speciale atta a disciplinare tale specifico comparto”.

Analogamente, il **Tribunale di Brescia**, in composizione collegiale, ha statuito: “Appaiono sussistere gli estremi per ritenere la verosimile fondatezza del diritto invocato. E' difatti incontroverso tra le parti, oltre che documentale, che la madre della reclamante si trovi in condizioni di handicap ai sensi dell'art. 3 c. 3 l. 104/1992; è altrettanto pacifico che la docente ha fatto valere la precedenza ex art. 33 c. 3 e 5 l. 104/1992 in occasione della domanda per



mobilità interprovinciale per l'a.s. 2018/19; è infine incontestato che il MIUR abbia negato tale precedenza esclusivamente sulla mobilità interprovinciale [...] dispone l'immediata assegnazione ad un posto di scuola primaria nell'ambito territoriale Sicilia 0009, o comunque in uno degli ulteriori ambiti territoriali prossimi al domicilio del genitore da assistere dalla stessa prescelti nella domanda di mobilità interprovinciale" (Trib. Brescia n. 5342/2018 del 7/08/2018).

Dello stesso tenore la pronuncia del **Tribunale di Palermo** a mezzo della quale è stato accertato *"il diritto della ricorrente alla valutazione del diritto di precedenza previsto dall'art. 3 c. 5 e 7 della legge 104/1992 secondo l'ordine delle preferenze indicato nell'istanza ritualmente presentata in via amministrativa"* Precisa il giudicante come non possa affermarsi che *"la richiamata tutela trovi limite nell'art. 13 CCNI mobilità 2017-2018 secondo cui la precedenza viene riconosciuta 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 ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., per violazione di norma imperativa"*. (Trib. Palermo n. 42109/2018 del 06/11/2018).

Ciò posto è di tutta evidenza l'illegittimità del CCNI nella parte in cui non attribuisce il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico del genitore disabile: nel caso di specie l'amministrazione resistente del tutto illegittimamente ha inciso sui benefici e sull'assetto di tutele previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 a mezzo di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all'interesse del disabile all'assistenza. Nella specie, il CCNI a mezzo del disposto di cui all'art. 13 ha del tutto illegittimamente disatteso il sistema di tutele sancito dalla legge 104/1992.

E' altresì pacifica la disparità di trattamento perpetrata dall'amministrazione resistente; né risulta agevole rintracciare una giustificazione oggettiva e ragionevole che giustifichi la mancata valutazione ed il conseguente mancato riconoscimento del diritto alla precedenza per l'handicap del genitore nella fase interprovinciale. Ed invero, non è ravvisabile alcuna *ratio* idonea a giustificare la disparità di



trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e docenti, come l'odierna ricorrente, che partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale differenziazione estranea alla normativa di riferimento sia nazionale che comunitaria.

Ciò posto, non v'è chi non veda come l'amministrazione resistente abbia illegittimamente limitato i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una procedura che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito. Ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art 13 punto IV laddove non prevede il diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale deve ritenersi nulla a norma dell'art 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all'art 33 c. 5 l. 104/92, art 601 del dlgs 297/1994 e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza in ciascuna fase delle procedure di trasferimento, nel pieno rispetto della normativa di riferimento.

La fondatezza della pretesa della ricorrente risulta ancor più evidente dall'esame del bollettino dei movimenti per la provincia di Agrigento (cfr. doc. n. 8). Emerge, infatti, che il riconoscimento del diritto di precedenza nella fase interprovinciale avrebbe, certamente, consentito alla ricorrente di ottenere una delle sedi richieste nella domanda di trasferimento, stante una concreta ed evidente disponibilità di posti che risultano assegnati a docenti senza alcuna precedenza e in una fase successiva a quella della mobilità interprovinciale e, in specie, in sede di passaggio di ruolo provinciale ed interprovinciale. In tal senso, il titolarità di un diritto di precedenza nella fase interprovinciale avrebbe attribuito alla docente una priorità rispetto ai docenti che, senza alcuna precedenza, hanno chiesto ed ottenuto il passaggio di ruolo, a fronte di un'indiscutibile disponibilità di posti, anche nelle sedi indicate dalla ricorrente tra le preferenze espresse (cfr. in particolare n. 2 posti assegnati nel comune di San Giovanni Gemini, indicato dalla ricorrente alla preferenza n. 15).



In ordine al diritto della ricorrente
di partecipare al trasferimento sui posti comuni.

Da quanto è dato sapere, il mancato trasferimento della ricorrente è stato dovuto anche alla decisione dell'USP di Agrigento di applicare il vincolo triennale per il trasferimento della ricorrente da posto speciale a posto comune.

Orbene, i docenti immessi in ruolo nell'a.s. 2019/20, sottoposti al vincolo triennale (che era quinquennale prima del decreto legge n. 73/2021 (decreto sostegni-bis)), hanno superato tale vincolo nel corrente anno scolastico e pertanto hanno diritto di partecipare alla mobilità 2022/23 sia in ambito provinciale che interprovinciale.

La possibilità è garantita anche nel CCNI, dove nell'art.2 comma 4 si chiarisce che "Ai sensi dell'art. 58, comma 2, lettera f), primo periodo, del decreto-legge n. 73 del 25.5.2021, convertito con legge n. 106 del 23.7.2021, il personale docente di cui all'articolo 13, comma 3, del D.lgs. n. 59 del 13 aprile 2017, immesso in ruolo antecedentemente all'anno scolastico 2020/21, è tenuto a rimanere presso l'istituzione scolastica di immissione in ruolo, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri due anni dopo il percorso annuale di formazione iniziale e prova, salvo in caso di soprannumero o esubero **o di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della Legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso.** Pertanto, il personale docente di cui all'articolo 13, comma 3, del D.lgs. n. 59 del 13 aprile 2017, immesso in ruolo antecedentemente all'anno scolastico 2020/21, ha già assolto l'obbligo di permanenza presso l'istituzione scolastica di immissione in ruolo sopra indicato.

Orbene, nel caso di specie, ricorrono tutti i presupposti sia per il superamento del vincolo che per la deroga al vincolo triennale di permanenza.

La ricorrente, infatti, è referente unica di genitore, la cui disabilità grave (ex art. 3, comma 3, L.104/1992) è stata accertata in data successiva all'immissione in ruolo.



Invero, la docente è stata immessa in ruolo nell'a.s. 2019/2020, con contratto del 29.8.2019, ed il riconoscimento della situazione di handicap, di cui alla L. 104/1992, in capo al padre della ricorrente, integrante la condizione di cui all'art. 399, co.3, TU scuola ed all'art. 1, comma 6, O.M. n. 106/2021, è avvenuto in data 10.3.2021.

E' evidente, quindi, che ricorrono tutte le condizioni per la deroga al vincolo triennale di permanenza sia nella formulazione allora vigente sia nella formulazione attuale.

Ne consegue l'inapplicabilità del vincolo di permanenza presso la sede di servizio, con conseguente diritto dell'insegnante Bongiorno di partecipare a tutte le operazioni di mobilità territoriale, professionale ed annuale.

Sul punto si richiama l'ordinanza di Codesto Illustrissimo Tribunale emessa in data del 24/02/2022 (n. cronol. 1149/2022 RG n. 1689/2021) su ricorso della stessa ricorrente che ha disapplicato per quanto riguarda il vincolo quinquennale previsto dal C.C.N.L. di Comparto, la disposizione perchè in contrasto con la norma di rango superiore rappresentata dall'art. 33 della Legge N°104/1992. (cfr. ordinanza allegata).

Sul periculum in mora

Il *fumus boni iuris* è insito nei motivi. Invero, nonostante la sussistenza di tutti i requisiti *ex lege* previsti la ricorrente non ha ottenuto la valutazione del diritto di precedenza invocato ai fini del trasferimento interprovinciale in ragione delle illegittime scelte dell'amministrazione.

Parimenti sussistente nel caso di specie è il *periculum in mora*, in quanto il comportamento posto in essere dall'amministrazione convenuta arreca un pregiudizio imminente ed irreparabile al genitore gravemente disabile della odierna istante, poiché impedisce a quest'ultima di assisterlo continuativamente.



La notevole distanza fra la città [REDACTED], attuale residenza del padre disabile con lei convivente, e la città di [REDACTED] attuale sede di servizio della docente, comporta irrimediabilmente una limitazione *in peius* del livello di assistenza cui il soggetto disabile ha diritto.

Meritano di essere riconosciute le ragioni di urgenza, in considerazione dei pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente, che si arrecano sia alla docente che al genitore con disabilità grave (ex multis ordinanza n. 1883/17 del Tribunale di Lodi, ordinanza n. 2882/17 del Tribunale di Ravenna sez. Lavoro, ordinanza n. 12060/17 del Tribunale di Cagliari, ordinanza n. 16314/14 del Tribunale di Brindisi).

Invero, non vi è nessun altro familiare che possa prendersi cura del padre della Sig.ra Bongiorno (la coniuge del disabile è, infatti, soggetto ultrasessantacinquenne impossibilitato a prestare assistenza cfr. cert. stato famiglia) e le patologie di cui soffre il disabile, purtroppo, per loro stessa natura determinano un continuo peggioramento.

Deve, peraltro, rilevarsi che la ricorrente ha presentato domanda di assegnazione provvisoria; tuttavia l'utilità anelata non è stata conseguita (doc. n. 9).

Nel caso di specie appare impossibile attendere la durata, anche fisiologica, di un giudizio di cognizione ordinario, il quale, da un lato frusterebbe le pur legittime aspettative di essere beneficiaria del trasferimento interprovinciale richiesto, dall'altro aggraverebbe la posizione in cui versa la ricorrente visto l'inizio del nuovo a.s. 2022/2023, che costringe quest'ultima ad allontanarsi dal padre disabile per un intero anno, privandolo totalmente di qualsiasi tipo di assistenza.

La domanda cautelare oggi spiegata appare per la ricorrente l'unica forma di tutela immediata ed efficace al fine di poter ottenere, con la celerità tipica della procedura d'urgenza, una effettiva soddisfazione delle proprie ragioni.



A tale riguardo, va rilevato che, per giurisprudenza consolidata, *“in caso di trasferimento, sussiste il "periculum in mora", necessario per l'emanazione di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., quando dal provvedimento derivino al lavoratore comprovati pregiudizi alla vita familiare e di relazione”* (Trib. Roma 26 gennaio 2000, in DL, 2000, p. 400).

Sull'assegnazione della ricorrente nella provincia richiesta, anche in soprannumero.

La recente giurisprudenza intervenuta su analoghi casi ha sancito la possibilità per il docente, una volta accertata l'illegittimità della procedura di mobilità, di essere assegnato negli ambiti prioritariamente richiesti anche in soprannumero.

Nella specie, viene in rilievo una recente ordinanza cautelare con la quale si è sancito non solo il diritto del docente con punteggio superiore ad essere collocato con precedenza in uno degli ambiti prescelti rispetto ai colleghi con punteggio inferiore, ma, altresì, il suo diritto ad essere assegnato a detti ambiti in soprannumero; ciò in quanto, come nel caso di specie, la docente non rivendica una determinata sede di servizio, ma un ambito territoriale (Tribunale di Vercelli ordinanza del 03/01/2017; Tribunale di Pavia ordinanza del 17/01/2017).

L'ambito, come è noto, rappresenta una suddivisione regionale in aree geografiche la cui ampiezza è inferiore alle attuali province o città metropolitane, da cui i dirigenti possono attingere per gli incarichi triennali nelle scuole.

Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra domiciliata, rappresentata e difesa chiede che l'On.le Tribunale adito, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa:

in via cautelare, previa annullamento e/o disapplicazione degli atti di cui in epigrafe, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento interprovinciale a.s. 2022/23 su posto comune scuola primaria, con diritto di precedenza per assistenza al padre disabile grave, senza alcun vincolo per il



passaggio al posto comune e con assegnazione di una delle sedi disponibili nella provincia di Agrigento e, ove occorra, in sovrannumero;

2) ordinare all'amministrazione intimata di adottare tutti gli atti consequenziali;

3) condannare l'amministrazione resistente alle spese di giudizio.

Ai fini della procedibilità del ricorso, si dichiara che il contenuto e le domande dell'eventuale giudizio di merito saranno le medesime di quelle svolte nel presente giudizio cautelare.

Dichiarazione di valore

I sottoscritti avvocati, ai fini del contributo unificato, dichiarano che il presente procedimento verte in materia di lavoro – pubblico impiego- è di valore indeterminabile ed è esente dal contributo unificato per ragioni di reddito come da autocertificazione che si produce.

Istanza per la determinazione delle modalità di notifica ex art. 151 c.p.c

I sottoscritti difensori, ai fini della notifica del presente ricorso a eventuali controinteressati, considerato che la notificazione nei modi ordinari risulta difficile stante il numero rilevante dei destinatari; considerato che la notifica per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c. non si ritiene idonea al raggiungimento dello scopo, chiedono che la notifica del ricorso sia eseguita mediante inserimento di apposito avviso nel sito ufficiale del Ministero dell'Istruzione, come già disposta da altri Tribunali in situazioni analoghe.

Si produce

1. attestazione anno di immissione in ruolo;
2. cedolino con sede di titolarità;
3. domanda di trasferimento interprovinciale as 2022/23;
4. verbale di riconoscimento status ex lege 104/92;
5. richiesta permessi 3 giorni per legge 104/92;
6. certificato stato di famiglia;
7. lettera notifica trasferimento interprovinciale;
8. tabulato movimenti provincia di Agrigento;



9. domanda di assegnazione provvisoria;
10. CCNI sulla mobilità per il triennio 2022/2025;
11. Ordinanza del Tribunale di Bologna su ricorso della ricorrente.
11. giurisprudenza.

Favara, 16.9.2022

Avv. Giuseppe Limblici

Avv. Francesca Palumbo

