

TRIBUNALE DI TIVOLI
- SEZIONE LAVORO -
RICORSO EX ART. 700 c.p.c.

Per: **BALLINI ALICE** (C.F. BLLLCA85B58L182Z), nata a Tivoli il 18/02/1985 e residente a Castel Madama (RM), in via della libertà 39, rappresentata e difesa dall'Avv.to Gianluca Magnani del foro di Velletri (MGNGLC72E13H501I - Fax. 06/88932890 - P.E.C.: gianluca.magnani@oav.legalmail.it), giusta procura in allegato al presente atto ai sensi dell'art. 83, III° comma c.p.c. e art. 10 DPR 123/2001 e con quest'ultimo elettivamente domiciliata presso il suo studio legale sito in Via Virgilio, 12 ad Albano Laziale (RM);

- ricorrente -

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, in persona del ministro *pro tempore*, avente sede a Roma in Viale Trastevere 76, rappresentato e difeso *ex lege* dall'*Avvocatura Generale dello Stato* con sede in via dei Portoghesi, 12 a Roma;

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL LAZIO, in persona del dirigente generale *pro tempore*, con sede in viale G. Ribotta 44 a Roma, rappresentato e difeso *ex lege* dall'*Avvocatura Generale dello Stato* con sede in via dei Portoghesi, 12 a Roma;

USR LAZIO – AMBITO TERRITORIALE PROVINCIA DI ROMA, in persona del dirigente generale *pro tempore*, con sede in via Frangipane 41 a Roma, rappresentato e difeso *ex lege* dall'*Avvocatura Generale dello Stato* con sede in via dei Portoghesi, 12 a Roma;

ISTITUTO COMPRENSIVO TIVOLI I° - TIVOLI CENTRO (C.F.: 94065540588), in persona del dirigente scolastico *pro tempore* rappresentato e difeso *ex lege* dall'*Avvocatura Generale dello Stato* con sede in via dei Portoghesi, 12 a Roma;

ISTITUTO COMPRENSIVO CASTEL MADAMA (CF: 86001280584), in persona del dirigente scolastico *pro tempore* rappresentato e difeso *ex lege* dall'*Avvocatura Generale dello Stato* con sede in via dei Portoghesi, 12 a Roma;

- resistenti -

IN FATTO

1. Ballini Alice, di anni 37, è una docente a tempo indeterminato di scuola primaria statale per l'insegnamento su posto di sostegno agli alunni con handicap (ADEE), la quale è stata immessa in ruolo all'esito dell'incarico annuale a ciò finalizzato, conferitole lo scorso anno scolastico 2021/2022, ai sensi dell'art. 59 comma 4 del DL 73/2021 convertito con modifiche dalla legge 23 luglio 2021, n. 106 (v. doc. 4);
2. In base alla richiamata disposizione di legge, i beneficiari della suddetta tipologia di incarico



a tempo determinato nell'a.s. 2021/2022 tramite utile scorrimento delle graduatorie provinciali per supplenze (GPS), avrebbero conseguito il ruolo, in caso di esito positivo del periodo di prova svolto nel medesimo anno scolastico, con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2021 e decorrenza economica dal 1° settembre 2022;

3. La norma in argomento così recita: “[...] *In via straordinaria, esclusivamente per l'anno scolastico 2021/2022, i posti comuni e di sostegno vacanti e disponibili che residuano dopo le immissioni in ruolo ai sensi dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo, salvi i posti di cui ai concorsi per il personale docente banditi con decreti del Capo del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell'istruzione nn. 498 e 499 del 21 aprile 2020, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, 4ª serie speciale, n. 34 del 28 aprile 2020, e successive modifiche, sono assegnati con contratto a tempo determinato, nel limite dell'autorizzazione di cui al comma 1 del presente articolo, ai docenti che sono iscritti nella prima fascia delle graduatorie provinciali per le supplenze di cui all'articolo 4, comma 6-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, per i posti comuni o di sostegno, o negli appositi elenchi aggiuntivi ai quali possono iscriversi, anche con riserva di accertamento del titolo, coloro che conseguono il titolo di abilitazione o di specializzazione entro il 31 luglio 2021. Per i docenti di posto comune, di cui al primo periodo del presente comma, e' altresì richiesto che abbiano svolto su posto comune, entro l'anno scolastico 2020/2021, almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, negli ultimi dieci anni scolastici oltre quello in corso, nelle istituzioni scolastiche statali, valutabili come tali ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124.*”
4. Avendo i requisiti per farlo, la ricorrente ha partecipato alla suddetta procedura ed ha ottenuto un incarico annuale finalizzato al ruolo presso l'Istituto comprensivo *Tivoli Centro*, dove la docente è stata confermata in via definitiva a decorrere dal corrente a.s. 2022/2023;
5. La prova è stata infatti da lei superata con formalizzazione della conferma in ruolo ad inizio estate 2022 (v. doc. 4-B);
6. L'istante vive a Castel Madama in via della Libertà 39, è *single* ed ha un figlio minore (Mario Moriconi) affetto da handicap grave di cui la prima è da sempre referente unico (cfr. certificato stato di famiglia e residenza in doc. 11 e verbale Commissione Medica ASL in doc. 8-D);
7. La ricorrente provvede in via esclusiva anche al mantenimento del minore;
8. In ragione del suo status, la Ballini, sin dal 2017, beneficia dei permessi mensili (3 giorni/mese) che la legge 104/1992 riconosce alla categoria cui ella appartiene e nel corso degli ultimi anni ella è stata anche costretta a fruire di alcuni giorni di congedo straordinario per handicap ex art. 42, comma 5 del d.lgs 151/1990, proprio al fine di occuparsi del figlio (cfr. doc. 5 e 6);
9. Per tali motivi, l'Ins. Ballini, la scorsa estate, ha provato ad inoltrare domanda telematica per una *l'assegnazione provvisoria* presso l'Istituto comprensivo di Castel Madama, dove sapeva si sarebbe



liberato un posto utile a tal fine;

10. Infatti, la Collega Venettacci Barbara, titolare di un posto sostegno scuola primaria (ADEE) presso il suddetto istituto scolastico di Castel Madama ha chiesto ed ottenuto a sua volta una *assegnazione provvisoria* presso l'Istituto comprensivo Colleferro II° per l'anno scolastico in corso (2022/2023), lasciando quindi che si creasse una disponibilità nella sua scuola di titolarità su tale tipologia di posto, nell'ambito delle medesime operazioni (v. doc. 9);
11. Come noto, le procedure di Utilizzazione ed assegnazione provvisoria seguono quelle relative alla mobilità territoriale/professionale ed alle immissioni in ruolo e vertono su posti vacanti tanto in organico di diritto quanto in organico di fatto; a tale ultima categoria appartiene quello lasciato libero dalla suddetta docente Venettacci per l'a.s. 2022/2023 (v. doc. ed in diritto);
12. La disciplina relativa alle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie è contenuta nei CCNI dedicati che da annuali sono divenuti triennali a decorrere dal 2018, allorquando è stato stipulato tra le parti sociali l'ultimo CCNL di Comparto che ha così disposto e, per l'effetto, è stato stipulato anche il contratto collettivo nazionale integrativo per il triennio 2019/2022 (cfr. CCNL in doc. 1 e 2);
13. Orbene, la scorsa estate il sistema informatico messo a punto dal Ministero dell'Istruzione ha escluso la ricorrente dalla possibilità di presentare la sua domanda mediante la piattaforma telematica *Istanze on line* e questo perché l'amministrazione scolastica si è letteralmente dimenticata di regolamentare la posizione della suddetta categoria di immessi in ruolo, a differenza di quanto fatto, a suo tempo, per i cd docenti FIT assunti a seguito della procedura concorsuale indetta con DDG 85/2018, cui invece l'amministrazione scolastica consentì di partecipare alla fase delle assegnazioni provvisorie anche prima della loro formale assunzione a tempo indeterminato alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione (cfr. nota MIUR n.28978 del 20 giugno 2019 in doc. 3-A con nota Ministero dell'Istruzione prot. 23439 del 17 giugno 2022 IN DOC. 3-b);
14. Come esplicitato in tutti i contratti integrativi di settore, infatti, la mobilità annuale - quindi sia utilizzazioni che assegnazioni provvisorie - è riservata ai docenti in ruolo con contratto a tempo indeterminato; tuttavia, in favore dei docenti al terzo anno FIT – i quali avrebbero conseguito il ruolo soltanto all'esito (positivo) dell'anno di prova e formazione svolto nel 2018/2019 - il cit. CCNI sulla mobilità annuale aa.ss. 2019/2022 (già vigente) introdusse una eccezione all'art. 7 comma 2, laddove risulta stabilito quanto segue: “[...] *Non sono consentite le assegnazioni provvisorie nei confronti di personale scolastico assunto a tempo indeterminato con decorrenza giuridica coincidente all'inizio dell'anno scolastico 2019/20 ovvero 2020/21 e 2021/22, fatto salvo per i docenti che sono stati assunti con DDG 85/2018*” (v. CCNI in doc. 2);
15. Dunque, a suo tempo l'amministrazione convenuta ha riconosciuto la possibilità di accedere alle operazioni di assegnazione provvisoria a personale docente non ancora in ruolo alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande e che oltretutto, a differenza della categoria



cui appartiene la ricorrente, neppure aveva assicurata la decorrenza giuridica della sua stabilizzazione a decorrere dall'anno precedente a quello cui si riferivano le operazioni;

16. Invece, complice (con tutta probabilità) la nuova scansione temporale sui rinnovi dei CCNI sulle Utilizzazioni/assegnazioni provvisorie (da contratti annuali a contratti triennali a decorrere dal 2018, anno di stipula del CCNL Istruzione e Ricerca vigente), il sistema informatizzato messo a punto dall'amministrazione convenuta ed utilizzato per le assegnazioni provvisorie nell'a.s. 2022/2023 non è stato predisposto per estendere tale beneficio anche ai docenti nelle condizioni della ricorrente, perché (evidentemente) non li ha considerati a tempo indeterminato alla data di scadenza dei termini di presentazione delle domande di assegnazione provvisoria, al pari dei neo immessi in ruolo e, quanto all'a.s. 2019/2020, anche dei docenti FIT all'ultimo anno del loro percorso formativo pre ruolo;
17. Spinta dalle gravi esigenze familiari e ritenendo ingiusta tale forma di discriminazione, la ricorrente, in estate (nei termini di legge indicati dalla cit. nota prot. 23439 del 17.06.2022) ha comunque provveduto ad inoltrare la sua domanda in forma cartacea, nella speranza di un ravvedimento dell'amministrazione convenuta, vista la sua situazione personale e la finalità stessa cui è notoriamente preordinato l'istituto delle cd *assegnazioni provvisorie* disciplinate dalla contrattazione collettiva integrativa regionale del Comparto Scuola (v. domanda in doc. 7);
18. L'istituto della assegnazione provvisoria annuale è infatti istituzionalmente finalizzato ad accordare sistemazioni ponte e temporanee per fronteggiare situazioni personali e familiari gravi e tassativamente indicate (tra cui, appunto, quella documentata dalla ricorrente), sia pur nei limiti delle disponibilità in organico di fatto e di diritto delle scuole residue dalle operazioni di mobilità e di reclutamento a tempo indeterminato di nuovo personale (v. CCNI in doc. 2);
19. nella sua domanda cartacea, l'Ins. Ballini ha inserito tutti i dati necessari perché la sua richiesta venisse accolta:
 - Dati anagrafici suoi e del figlio minore da assistere;
 - Tipologia di precedenza vantata (art. 8, comma 1, punto IV - lett. g) del CCNI *Utilizzazioni ed Assegnazioni Provvisorie* per il triennio 2019-2022);
 - Estremi del verbale di accertamento dell'handicap grave del minore;
 - Scuola prescelta per la sua assegnazione provvisoria nell'a.s. 2022/2023;allegando alla stessa:
 - Stato di famiglia;
 - Carta di identità e tessera sanitaria personale;
 - Carta di identità e tessera sanitaria del figlio minore;
 - la documentazione medica comprovante l'handicap grave del figlio(v. domanda ed allegati in doc. 7 e 8)



20. neanche tale ulteriore tentativo ha tuttavia sortito gli effetti sperati e tutto questo nonostante il posto in questione a Castel Madama fosse rimasto libero all'esito della suddetta procedura (siccome non richiesto da nessun altro docente);
21. Infatti, con disposizione dirigenziale USR Lazio – ATP Roma prot. 26388 del 01.08.2022, rettificato con successivo decreto prot. 27259 del 8 agosto 2022, è stato pubblicato l'elenco dei docenti beneficiari di assegnazione provvisoria nella provincia di Roma nel quale non risulta inserita la ricorrente e dal quale si evince che il posto liberato a Castel Madama dall'Ins. Venettacci non è stato assegnato provvisoriamente a nessun aspirante (v. doc. 9);
22. Per quanto consta, poi, il posto comune di scuola primaria in questione risulta ancora libero non essendo stato assegnato neppure in sede di reclutamento a tempo determinato tramite scorrimento GPS (v. bollettini nomine docenti a tempo determinato tramite GPS in doc.10);
23. premesso quanto sopra, Alice Ballini è l'unica persona a potersi occupare del figlio minore affetto da handicap grave (v. certificato stato di famiglia in doc 5, 6, 8-D, 11);
24. la ricorrente ha chiesto assegnazione provvisoria per lavorare presso l'istituto del paese in cui risiede col figlio, il quale necessita di una gestione, monitoraggio e controllo continuo, quotidiano, soprattutto nella preparazione dei pasti e nella gestione delle prime ore della mattina. Tutto questo richiede la presenza a casa della ricorrente per il maggior tempo possibile e tale possibilità avrebbe concreta attuazione se le fosse concesso di lavorare nel suo Comune;
25. la scuola di Castel Madama ambita dalla ricorrente dista poche centinaia di metri dalla sua abitazione e dunque la diversa sistemazione reclamata con il presente ricorso avrebbe ovvie ricadute benefiche sul piano logistico, consentendo alla Ballini di organizzare meglio la sua giornata ed avere anche più tempo a disposizione da dedicare al figlio durante l'arco della giornata feriali (v. doc. 12);
26. viceversa, l'attuale sistemazione lavorativa della ricorrente, quantunque non lontanissima in termini assoluti, porta via alla ricorrente più di un'ora tra andata e ritorno, anche a causa dell'elevato traffico per e da Tivoli e ciò indice negativamente sulla salute del figlio perché toglie tempo alla cura di quest'ultimo;
27. sussistevano e sussistono le condizioni di legge e le disponibilità di posti per assecondare le esigenze della ricorrente di assegnazione provvisoria presso l'Istituto comprensivo di Castel Madama (v. in diritto);
28. in ogni caso, non sussistono né sono dimostrabili, nel caso di specie, ragioni oggettive contrarie a quelle dell'Ins. Ballini che rendano prevalente l'interesse organizzativo della PA a mantenere la ricorrente presso sede scolastica di attuale titolarità e, dunque, recessivo l'interesse di quest'ultima



alla tutela del disabile (in condizioni di gravità) cui ella presta assistenza in qualità di referente unico (v. in diritto);

29. per tutti e ciascuno dei motivi in fatto e diritto riepilogati nel presente ricorso, la mancata ammissione della ricorrente alle operazioni di assegnazione provvisoria per l'a.s. 2022/2023 pregiudica ingiustamente ed irrimediabilmente, *sine die*, la possibilità per quest'ultima di assistere al meglio il figlio minore affetto da handicap grave, in qualità di *referente unico*;
30. da ultimo, corre l'obbligo di evidenziare al giudicante che i motivi della ritardata proposizione del presente ricorso rispetto alla tempistica di definizione delle operazioni aventi ad oggetto le assegnazioni provvisorie derivano da un contrattempo derivante da disservizio di Poste Italiane che ha smarrito la cartolina di ricevimento del plico raccomandato contenente la sua domanda (cartacea) all'amministrazione convenuta; tutto il tempo trascorso dalla data di pubblicazione del bollettino dei docenti beneficiari di assegnazione provvisoria ad oggi è infatti risultato necessario alla ricorrente per chiedere ed ottenere dalla prima un duplicato della suddetta cartolina, una volta compreso che non trattavasi di semplice ritardo (v. in doc. 13);

IN DIRITTO

1. preliminarmente: sulla valenza e portata della legge 104/1992 e, segnatamente, della disposizione di cui all'art. 33 comma 5

L'art. 33, comma 5, della L. 5 febbraio 1992 n. 104 legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, nel testo originario, disponeva che *"Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso in altra sede"*. Detta norma è stata poi modificata dall'art. 19 della L. 8 marzo 2000 n. 53, in particolare con la soppressione dell'inciso "con lui convivente".

Nel contempo, l'art. 20 della stessa L. n. 53/2000 aveva previsto che *"Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 19 della presente legge, si applicano (...) ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente"*.

Successivamente, però, l'art. 33 della L. n. 104/1992 è stato modificato dall'art. 24 della L. 4 novembre 2010 n. 183, il quale ha eliminato i requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza per fruire dei permessi mensili retribuiti, introducendo il principio del "referente unico" per ciascun disabile, ovvero del riconoscimento del permesso mensile retribuito a non più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità, fatta salva la possibilità per i



genitori, anche adottivi, di fruirne alternativamente, per l'assistenza dello stesso figlio affetto da grave disabilità.

L'art. 24 della L. 183/2010, infine, ha espunto dalla formulazione dell'art. 33, comma 3, della L. 104/1992 quel il requisito della "convivenza" già deprecato dalla giurisprudenza. Il legislatore è poi intervenuto nuovamente nella materia dei permessi mensili retribuiti per l'assistenza a persone con disabilità grave, in sede di attuazione della delega di cui all'art. 23 L. 183/2010 cit, poi attuata dal D.Lgs. n. 119/2011 ed in particolare dall'art. 6 con cui si è disciplinata la disciplinata l'ipotesi del cumulo dei permessi mensili retribuiti in capo al dipendente che presti assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave.

Pertanto, nell'attuale formulazione, risultante anche dalle ulteriori modifiche introdotte dall'art. 6, comma 1, lett. a), D. Lgs. 18 luglio 2011, n. 119), l'art. 33 L. 104/1992 così recita:

al comma 3: ***"A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste 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 fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti";***

al comma 5: ***"Il lavoratore di cui al 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 sostanza, per effetto delle sopravvenute modifiche legislative, il diritto all'assegnazione presso la sede più vicina al domicilio della persona da assistere viene ora riconosciuto al lavoratore che assiste una o più persone con handicap in situazione di gravità, anche nel caso in cui difettino i requisiti della "continuità" e della "esclusività" dell'assistenza ed a prescindere dalla convivenza con il familiare.

In più occasioni la Consulta ha avuto modo di ribadire che la L. 104/1992 è finalizzata alla tutela della salute psico-fisica del disabile, e che il ruolo delle famiglie «... resta fondamentale nella cura e



nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap», spiegando anche che il diritto alla salute psico-fisica, ricomprensivo della assistenza e della socializzazione, va 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»*.

E' stato anche chiarito dalla Consulta che *“la legge n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, come ha più volte avuto occasione di affermare questa Corte anche con specifico riferimento all'art. 33, comma 5.”* (da Corte Costituzionale, 22/07/2002 n. 372).

Inoltre, l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003). Ne consegue che il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, deve essere 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»* (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010), ivi compresa appunto la comunità familiare.

Con specifico riferimento, poi, all'art. 33 comma 5 della Legge 104/91, va premesso che lo stesso persegue la duplice finalità di garantire continuità di assistenza al malato con handicap - e comunque il diritto dello stesso di essere assistito da persona di famiglia, ex se idonea a garantire l'affetto di cui ogni malato necessita – e di assicurare anche il diritto del lavoratore di prestare assistenza al proprio familiare.

Ne consegue che il diritto di cui all'art. 33 comma 5 costituisce una effettiva forma di tutela del diritto alla salute. E' stato infatti chiarito che *“La garanzia della vicinanza del luogo di lavoro rispetto alla residenza è strumento che agevola la tutela dell'integrità fisica del disabile”* (da Corte Costituzionale, 18/07/1997 n. 246).

In applicazione dei principi sovranazionali della tutela della persona disabile, al quale va data attuazione mediante meccanismi di solidarietà, la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro Civile, anche con recente ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120, ha ribadito che al dipendente va riconosciuto il diritto soggettivo al lavoro presso una sede prossima alla residenza del congiunto (padre) da assistere.

La Suprema Corte ha precisato 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, dunque, intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo – riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. – che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017).

Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) sia pur 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).

Come chiarito anche recentissimamente dalla S.C. con ordinanza 6150 del 01/03/2019, *“ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.; tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte.”*

Non solo: la precedenza de qua rappresenta un vero e proprio diritto del ricorrente atteso che l'art.33 comma 5 e 7 della legge 104/1992, nella parte in cui statuisce che: “il lavoratore di cui al 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” è chiaramente “NORMA IMPERATIVA” perché collocata all'interno di una legge contenente “i Principi dell'Ordinamento in materia di diritti, integrazione sociali, e assistenza delle persone handicappate” che attua le garanzie del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia delle persone handicappate, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; nonché tutti i principi di rango costituzionale in materia di tutela del cittadino e della persona umana.

Sempre con riferimento al suddetto specifico istituto, la Cassazione, ha avuto modo di chiarire anche che il diritto di precedenza non opera solo in fase di costituzione del rapporto, bensì anche nel corso dello stesso: *“In materia di assistenza ai portatori di handicap, l'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992,*



nel testo modificato dalla l. n. 53 del 2000 e dalla l. n. 183 del 2010, circa il diritto del lavoratore che assiste un disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretato nel senso che ***tale diritto può essere esercitato, al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell'assunzione, anche nel corso del rapporto di lavoro***, deponendo in tal senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con le esigenze di tutela e garanzia dei diritti del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con l. n. 18 del 2009.” (Cassazione civile Sez. Lav., 01/03/2019, n.6150).

Quanto infine alla portata della richiamata disposizione anche la giurisprudenza di merito più autorevole ha chiarito che : “.. *tale norma di favore, benché non attribuisca un diritto assoluto, non può tuttavia essere pretermessa, ove si discuta della individuazione della sede di lavoro di un lavoratore che ne sia beneficiario, né consente che tale diritto sia sacrificato se non a fronte di rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, che è onere del datore di lavoro allegare, prima, e provare, poi.* (v. *ex multis* Tribunale Roma - Sez. Lav., 10/01/2019, n.111).

La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce dunque a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Corte di Cassazione, n. 25379/2016; Corte di Cassazione, n. 9201/2012).

2. sempre in via preliminare, sul recepimento dei principi di cui alla legge 104/1992 nel pubblico impiego e, segnatamente, nel comparto Scuola

Mette conto anzitutto premettere che la legge 104/92 trova applicazione in relazione a rapporti di lavoro sia pubblici che privati, ponendo, la stessa, principi diretti a tutelare diritti del disabile costituzionalmente protetti.

Fermo quanto sopra, l'art. 601 del D. Lgs. n. 297/94 (Testo Unico della Scuola), stabilisce che: “*Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità*”.



3. nel merito

Nonostante il pur chiaro tenore dei principi costituzionali e delle disposizioni di legge testé richiamati, la contrattazione integrativa nazionale sulle Utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie non prevede la possibilità per i docenti assunti ex art. 59 d.l. 73/2021 nel settembre 2021 di partecipare alle relative operazioni e tutto questo nonostante la ricorrente, alla data di apertura della finestra temporale per la presentazione delle domande, avesse già superato la prova e dovesse dunque considerarsi A TUTTI GLI EFFETTI DI LEGGE, una docente di ruolo con decorrenza giuridica al 1 settembre 2021.

Si è già spiegato in premessa che ben altro trattamento hanno ottenuto a suo tempo i docenti FIT al terzo ed ultimo anno di formazione e prova, i quali, alla consueta data estiva di apertura della finestra temporale per la presentazione delle domande di assegnazione, non potevano certo considerarsi di ruolo e che oltretutto, a differenza dei docenti assunti ex art. 59 d.l. 73/2021 con incarico annuale finalizzato all'assunzione a tempo indeterminato nell'a.s. 2021/2022, neppure potevano vantare a loro favore il diritto alla retrodatazione giuridica del ruolo.

E' stato anche accennato al fatto che la spiegazione di tale ingiusta discriminazione, fonda con tutta probabilità sul fatto che il CCNI sulle Utilizzazioni ed Assegnazioni provvisorie del personale docente ed ATA è ormai divenuto triennale dal 2018, anno in cui, se era già ben noto il percorso assunzionale dei docenti FIT, altrettanto non lo era quello dei docenti nelle condizioni della ricorrente, essendo del tutto ovvio che la loro categoria, creata appunto dal d.l. 73 del 25.05.2021 con la previsione di apposita e nuova procedura straordinaria finalizzata al ruolo mediante scorrimento delle GPS nell'a.s. 2021/2022, non potesse al tempo neppure concepirsi se non con il dono della divinazione.

Ciò spiega per quale motivo la normativa secondaria di dettaglio (i.e. nota Ministero Istruzione prot. 23439 del 17.06.2022 non ha neppure consentito alla ricorrente di inoltrare telematicamente la sua domanda, al pari di tutti gli altri aventi diritto.

Ad ogni modo, quale che sia il livello di lettura prescelto ai fini della comprensione della vicenda *sub iudice*, va da sé che, nei confronti della ricorrente, la disciplina contrattuale e regolamentare sulle assegnazioni provvisorie per l'a.s. 2022/2023 viola la previsione legislativa di cui all'art.33 della Legge 104/92, perché sacrifica diritti costituzionali tutelati dalla suddetta fonte normativa senza neppure una qualche plausibile esigenza organizzativa contraria del settore scolastico.

Si aggiunga pure che la scelta *de qua* operata dall'amministrazione scolastica, a mente delo status acquisito dalla ricorrente con l'assunzione ex art. 59 del d.l. 73/2021, non trova alcun fondamento né giustificazione all'interno del quadro normativo di riferimento nazionale e comunitario, né all'interno del T.U. in materia scolastica né all'interno della stessa Legge 107/2015, laddove non si rinviene alcuna disposizione che statuisca diversamente, ovvero che statuisca in senso contrario rispetto alla precedenza riconosciuta.



Ad ogni buon conto, per granitica giurisprudenza, le disposizioni di tutela contenute nella suddetta legge si configurano quali disposizioni di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie. Detta disposizione, in quanto diretta a dare attuazione ai fondamentali principi di solidarietà sociale, non può essere derogata neppure da parte dei contratti collettivi e, comunque, se deroghe pattizie alla legge sono ammissibili ciò è consentito solo nel caso in cui le parti collettive abbiano introdotto clausole legittime. Di conseguenza, le prime non possono ritenersi implicitamente abrogate da fonti di rango secondario neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Ne deriva che le disposizioni del CCNI sulle Utilizzazioni ed Assegnazioni provvisorie aa.ss. 2019/2022 (prorogato all'a.s. 2022/2023), nella parte in cui non prevedono, per il personale docente assunto nel 2021/2022 ex art. 59 del d.l. 73/2021 (con retrodatazione giuridica al 01.09.2021), la possibilità di accedere alle operazioni di *assegnazione provvisoria*, devono ritenersi nulle e/o illegittime tanto più rispetto a docenti che risultino essere referenti unici di familiare disabile ex lege 104/1992, e tutto questo per palese contrarietà alla Costituzione ed a norme imperative di legge, con la conseguente sostituzione di diritto della clausola nulla con la prefata disposizione imperativa.

Né, infine, potrebbe riconoscersi in capo alle parti sociali il potere di derogare alla disciplina sancita dalla legge in forza in forza dell'art. 2, 2° comma d.l.vo 165/2001, essendo consentito alla contrattazione collettiva di disciplinare la materia già regolamentata da legge soltanto qualora si tratta di disposizioni di legge relative alla disciplina dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, mentre, come scritto, l'art.21 L. 104/92 trova applicazione in relazione a rapporti di lavoro sia pubblici che privati, ponendo essa principi diretti a tutelare diritti del disabile costituzionalmente protetti.

A tal fine, si ricorda che il posto in questione è rimasto libero all'esito della suddetta procedura (siccome non richiesto da nessun altro docente) ed anche all'esito delle operazioni di conferimento supplenze per l'a.s. 2022/2023.

4. sulla più recente ed autorevole giurisprudenza in tema di diritto a trasferimento nella sede più vicina ex art. 33 co. 5 legge 104/1992

Con riferimento al diverso ma simile sistema della mobilità territoriale dei docenti (Comparto Scuola) ed in particolare 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, autorevole e maggioritaria giurisprudenza di legittimità ha ormai da tempo stabilito che: *“la clausola pattizia appena citata, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che 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". (da Tribunale di Taranto, ordinanze GUL Dott. L. De Napoli del 13.08.2013 e GUL Dott. E. Palma, 15.09.2015; in senso conforme v. anche ordinanza del Tribunale di Palermo n. 7021/2018 e sentenza Tribunale di Pisa n. 277/2018 del 19.6.2018).

In particolare, si evidenziano, tra le tante, le seguenti recenti pronunce:

Tribunale di Velletri – Sez. Lavoro, sentenza n. 102 del 21/01/2020: “[...] *Imprescindibile il riferimento all'ultimo pronunciamento della S.C. in materia (si veda Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza 6150 del 2019) che dopo aver ricordato che le esigenze di tutela della persona affetta da disabilità trovano fondamento, a livello sovranazionale, nella stessa Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui disabili, ratificata con legge 18 del 2009 dell'Italia (Corte Costituzionale, sent. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea, con decisione 2010/48/CE (cfr. Cassazione, sentt. 12911/2017; 25379/2016; 2210/2016) ha poi ribadito che “non v'è dubbio che il diritto non sia incondizionato - come reso evidente dal l'inciso ove possibile contenuto nella norma - ma deve essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 41 Cost.”. Tale bilanciamento, come già statuito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. sent. 9201/2012) dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare del disabile, col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive allegate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte. In sostanza, posto che è pacifico trattasi di posizione giuridica soggettiva pienamente riconducibile ad un diritto soggetto e non certo ad mero interesse legittimo, tale diritto non è assoluto in quanto recede solo dinanzi alle 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 (cfr. Cass. sent. 1396/2006). Del resto, le esaminate pronunce confermano quanto autorevolmente già le Sezioni Unite, con pronuncia del 27 marzo 2008, n. 7945, avevano statuito: “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 da uno stretto vincolo di parentela o 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 di solidarietà tra i suoi componenti”. Ne consegue che l'esercizio del diritto di scelta non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro, svolta in base a generiche o astratte/probabili*



esigenze di organizzazione aziendale, ma può arretrare soltanto di fronte alla prova della sussistenza di esigenze che non possono essere diversamente soddisfatte. Infatti, il diritto al trasferimento deve ritenersi precluso soltanto in mancanza della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato, il cui onere di allegazione e di asseverazione è a carico di parte datoriale (cfr. Cass. 3896/2009). Ebbene, nel caso di specie il MIUR non ha in alcun modo assolto tale onere, non avendo sul punto nulla dedotto. Del resto, è ragionevole ritenere che l'Amministrazione ha, nel caso in esame, esclusivamente un interesse a coprire tutti i posti vacanti [...]"

Tribunale di Patti – Sez. Lavoro, 14/04/2020: *“L'art. 13, comma 1, punto 4 del CCNL 2019/22, che non riconosce il diritto di precedenza per assistenza ai genitori con disabilità grave (art. 3 L. n. 104/1992) ai docenti che si sottopongono a mobilità interprovinciale, risulta contrario a norme imperative e determina delle disparità non giustificate. Le disposizioni contrattuali appena richiamate appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, con il conseguente riconoscimento del diritto del docente a inserire nella domanda relativa alle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2020/2021 il suo diritto di precedenza in relazione alla sua condizione di referente unico per l'assistenza della madre portatrice di handicap grave ai sensi dell'art. 3, co. 3, L.n. 104/1992.*

Tribunale di Catania - Sez. Lavoro, 26/05/2020, (ud. 26/05/2020, dep. 26/05/2020): *“[...] a fronte del diritto del familiare del disabile di scegliere, "ove possibile", la sede più vicina al domicilio della persona da assistere, le disposizioni pattizie stabiliscono invece una differenza di tutela a seconda del tipo di parentela con il disabile, prevedendo la precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale per i genitori del disabile in situazione di gravità ed escludendola per il figlio referente unico dello stesso, in palese contrasto anche col principio di uguaglianza in senso sostanziale, poiché esse prevedono un trattamento differente per situazioni ritenute normativamente di pari rilevanza dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992, norma costituente lex specialis a tutela del disabile e non derogabile dalla normativa pattizia sulla mobilità del personale docente; [...] a tali conclusioni non può opporsi l'argomento secondo cui Part. 33, co. 5, l. 104/1992 riconosce il diritto in questione "ove possibile", posto che tale locuzione non attiene ai profili di natura soggettiva, inerenti all'individuazione dei titolari del diritto (che sul piano normativo sono quelli indicati dalla norma), ma alla condizione oggettiva che rende il diritto esercitabile (ovvero configurabile), in base all'effettiva possibilità di eseguire il trasferimento nella sede più vicina; come visto, invece, nel caso di specie le disposizioni pattizie precludono a monte la possibilità che il dipendente referente unico di genitori in stato di grave disabilità possa fruire del diritto riconosciuto dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992, ai fini della mobilità interprovinciale, restringendo arbitrariamente il novero dei soggetti che hanno diritto ai benefici ivi previsti (a prescindere dalla sussistenza di sedi disponibili), per di più con riguardo ai casi - quali quelli*



rientranti nella mobilità interprovinciale- in cui l'esigenza di riavvicinamento è quanto mai irrobustita nell'ottica della cura dei bisogni del disabile; [...]"

Tribunale di Cosenza - Sez. Lavoro, 28/01/2020, (ud. 28/01/2020, dep. 28/01/2020), n.174: *"[...] Il contratto collettivo può in alcuni casi derogare alle norme pubblicistiche ma ciò non è possibile qualora si tratti 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 una espressa previsione in tal senso.

La disciplina di cui alla legge n. 104/1992 è volta infatti ad attuare qui fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendosi 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 l'intervento e per effetto di una contrattazione collettiva.

Ne consegue che la precedenza prevista da una lex specialis 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.

Pertanto 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, come nella specie (cfr. fasc. ricorrente).

La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità 2019/2020 non è dunque legittima. [...]"

Tribunale di Marsala – Sez. Lavoro, 07/01/2020, (ud. 07/01/2020, dep. 07/01/2020), n.1: *"[...] Tale disposizione contrattuale di rango secondario si pone in contrasto con la norma imperativa contenuta nell'art. 33 comma 5 della legge n.104/92 ove si prevede, senza alcuna limitazione, che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado "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".*



Pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33 c. 5 della legge n. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "i principi dell'ordinamento in materia ai diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata" (art. 21 l. 104/1992) e avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; [...] Il rilievo, anche costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 325 del 1996 e Corte Cost. n. 406 del 1992) dei diritti che l'art. 33 co. 5 della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell'art. 1418, comma primo, cc. [...] Ed invero, per consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, il diritto di scelta da parte del familiare del disabile della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso "ove possibile" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite, 27.03.2008, n. 7945).

Ma nel caso di specie l'amministrazione scolastica non ha fornito prova di esigenze economiche e organizzative incompatibili con il diritto garantito dall'art. 33 co. 5 della legge n. 104 del 1992.

Ed invero, il Ministero non ha provato l'indisponibilità di posti negli Istituti e negli Ambiti richiesti dalla ricorrente nella domanda, ma anzi la ricorrente ha documentalmente provato la sussistenza di siffatti posti disponibili presso l'ambito territoriale richiesto e la loro assegnazione a docenti che non fruiscono della precedenza ex art. 33 L. 104/92 (cfr. bollettino dei trasferimenti 2019/2020) la quale deve precedere ogni altro titolo valido per la mobilità. [...]"

Tribunale di Roma – Sez. Lavoro n. 320/2019 pubbl. il 18/03/2019 RG n. 20157/2017: “[...] 7. La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza n. 25379/2016 ha affermato 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. 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".

Atteso anche il tenore dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite sopra citata, deve ritenersi che pure in relazione all'assegnazione del posto di lavoro 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- sia 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 d'insussistenza di qualsiasi posto di lavoro scoperto nel luogo di lavoro in questione, e non invece da includere in detta accezione il contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto senza usufruire della preferenza ex art. 33 cit..

9. Ne consegue che la clausola pattizia sopra citata, nel limitare alla sola mobilità provinciale la preferenza accordata al docente figlio referente unico che assista genitore affetto da handicap in situazione di gravità, accordandola invece in sede di mobilità al di fuori dell'ambito provinciale solo ai genitori di figli disabili, viola la norma imperativa primaria del citato art. 33 l. 104/1992 e succ. mod., dal momento che tale disposizione non opera distinzioni tra i familiari affetti da handicap grave all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbia diritto, alternativamente, ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito "ove possibile". [...]"

Anche la Giustizia amministrativa, sia pure con posizioni più sfumate, appare unanime nel chiarire che la pretesa di chi chiede la precedenza nella scelta di sede ex art. 33 comma 3 della legge 104/1992 possa disattendersi solo ed unicamente laddove l'esaudimento della richiesta contrasti con comprovate e superiori ragioni di carattere organizzativo e sia di concreto ostacolo al corretto funzionamento della struttura organizzativa in cui viene svolta l'attività lavorativa.

T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 15/03/2018, n.738: *"La posizione del dipendente pubblico, il quale chieda l'assegnazione per trasferimento ad altra sede di servizio ai sensi della predetta norma deve essere qualificata in termini non di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, dovendo l'Amministrazione valutare l'istanza alla luce delle proprie esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio. In tal senso depone il chiaro disposto della legge "ove possibile". Nondimeno*



il trasferimento ex art. 33 comma 5, L. n. 104/1992 può essere negato solo se sussistono effettive e ben individuate esigenze di servizio che, peraltro, l'Amministrazione deve indicare in maniera compiuta. [...] Il trasferimento può essere negato solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l'Amministrazione, la quale ha l'onere di indicarle in maniera compiuta per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione, mentre non può limitarsi ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento.”;

T.A.R. Torino, (Piemonte) sez. I, 27/02/2018, n.265: *“La domanda di trasferimento di pubblico dipendente, presentata ai sensi della l. n. 104 del 1992, può essere negata solo nell'ipotesi in cui il trasferimento ostacoli il corretto funzionamento della struttura organizzativa in cui viene svolta l'attività lavorativa e se non vi è disponibilità di organico nella sede richiesta; la Pubblica amministrazione ha però l'onere di indicare in maniera compiuta le ragioni organizzative che ostano all'accoglimento della domanda, per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione, mentre non può limitarsi ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento.”* (in senso conforme v. anche T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 24/10/2016, n.2634);

Consiglio di Stato sez. III, 10/11/2015, n.5113: *“Il diritto del dipendente pubblico ad ottenere il trasferimento a una sede di lavoro che consenta di prestare assistenza al congiunto disabile (configurabile, ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, "ove possibile") non viene meno nel caso in cui l'amministrazione che si oppone non dia adeguata prova delle ragioni oggettive che rendono prevalente l'interesse organizzativo a trattenere il dipendente nell'attuale sede e, dunque, recessivo l'interesse alla tutela del disabile al quale prestare assistenza.”*

In ogni caso, tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale affermatosi negli anni, non può validamente sostenersi che sia stato operato dal MIUR un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, e/o che nel caso di specie operassero comunque cause ostative alla richiesta di assegnazione in Abruzzo del ricorrente per incompatibilità con divergenti esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, tali da determinare un danno per la collettività (da Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Come ricordato infatti da Autorevole giurisprudenza amministrativa (TAR Lombardia, sent. 1000/2014 del 29.9.2014) ***“... il rischio di problemi organizzativi deve essere valutato in rapporto allo specifico settore di impiego del soggetto che chiede il trasferimento. Poiché la situazione di scopertura delle piante organiche in diversi settori dell'amministrazione ha ormai assunto un carattere stabile e quasi fisiologico, un'analisi astratta delle conseguenze della sottrazione di un dipendente porterebbe alla sostanziale disapplicazione dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992, aprendo la strada a dinieghi basati su clausole di stile. Per evitare questo risultato, certamente non voluto dal legislatore, e salvaguardare invece il significato e l'utilità sociale dell'assistenza prestata dai lavoratori ai propri familiari invalidi, è necessario riferire l'inciso “ove possibile” contenuto nel comma 5 dell'art. 33 della***



legge 104/1992 all'unità organizzativa in cui il dipendente è inserito. Se non sono in corso ristrutturazioni con passaggio di dipendenti da un settore all'altro all'interno della medesima sede, ai fini del trasferimento vanno considerate solo le ripercussioni che potrebbero verificarsi nel breve periodo sull'attività istituzionale svolta dal richiedente;"

5. onere della prova

Con specifico riferimento, infine, all'onere di dimostrare le cause tecniche organizzative e/o produttive ostative all'applicazione dell'art. 33 comma 5 in favore della Sig.ra Ballini e/o l'insussistenza di posto presso l'Istituto comprensivo di Castel Madama su cui disporre la sua assegnazione provvisoria è tutto a carico dell'amministrazione convenuta. Infatti ***“Deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto “più vicino” al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole. Pertanto, è l'azienda datrice di lavoro il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e produttive e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lui più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la l. n. 104/1992 ha introdotto.”*** Tribunale Bari sez. lav., 26/06/2018.

Tale onere incombe dunque sull'amministrazione convenuta, la quale a tal fine dovrà dare conto anche dei motivi per i quali ha negato al ricorrente il diritto di chiedere ed ottenere *assegnazione provvisoria* nonostante la disponibilità di posto presso la struttura scolastica prescelta per l'a.s. 2022/2023 e nonostante la sussistenza di gravi motivi alla base della suddetta richiesta, connessi all'art. 33 comma 5 della legge 104/1992.

Concludendo, dunque, non v'è chi non veda come la regolamentazione censurata si traduca in una vulnerazione sostanziale e gravissima dell'esigenza di tutela della famiglia e delle persone affette da handicap grave e tutto questo senza che operi in direzione opposta un qualche diverso e contrapposto motivo di carattere organizzativo e/o diritto costituzionalmente tutelato di controinteressati.

SUSSISTENZA DEI REQUISITI LEGITTIMANTI L'INVOCATA TUTELA D'URGENZA

Riguardo al *fumus boni juris* lo stesso è rappresentato da quanto fin qui esposto e comprovato a mezzo della produzione documentale effettuata per cui la domanda appare di tutta evidenza fondata e meritevole di accoglimento anche alla luce della



sopra richiamata giurisprudenza.

Ciò fermo e quanto invece al *Periculum in mora*, la mancata assegnazione provvisoria della ricorrente presso la sede scolastica di Castel Madama risulta in ogni caso assolutamente controindicata e lesiva.

Si rimarca ancora una volta il fatto che, come documentato, la ricorrente è referente unico convivente del figlio minore affetto da handicap grave e che quindi la sua assegnazione a scuola sita nello stesso comune di residenza gioverebbe e non poco alla salute e benessere della persona da assistere.

Né, d'altronde, la Ballini può attendere i tempi della giustizia ordinaria senza con ciò subire un evidente pregiudizio neppure riparabile, siccome non risarcibile per equivalente, toccando valori personalissimi e fondanti, costituzionalmente presidiati.

Sotto distinto ed ultimo profilo, si evidenzia che le propalate ragioni di urgenza della ricorrente dovranno necessariamente valutarsi anche e soprattutto in relazione alla tipologia di vicenda dedotta in giudizio: nella fattispecie, un eventuale giudizio ordinario, a mente dei tempi medi di definizione delle cause anche presso Codesto Tribunale di Tivoli, vanificherebbe certamente qualsivoglia aspettativa e pretesa di giustizia, atteso che vertesi in tema di mobilità annuale e che dunque nessuna concreta utilità avrebbe una pronuncia intervenuta nel 2023.

ISTANZA PER PROVVEDIMENTO INAUDITA ALTERA PARTE EX ART. 669 SEXIES COMMA 2 C.P.C.

Per quanto sopra argomentato appare, inoltre, necessario l'intervento di una preventiva misura cautelare da adottarsi *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 669 sexies comma 2 c.p.c. , in quanto un eventuale provvedimento di accoglimento che intervenisse all'esito di cognizione sommaria non potrebbe impedire, frattanto, le conseguenze assolutamente pregiudizievoli per la salute ed il benessere del figlio della ricorrente, non adeguatamente reintegrabili successivamente neppure per equivalenza.

Tutto ciò premesso in fatto e diritto, BALLINI ALICE, come sopra rappresentata, difesa ed elett.te domiciliata

RICORRE

all'Ill.mo Tribunale di Tivoli adito, in funzione di Giudice Unico del Lavoro perché, previa fissazione dell'udienza e disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, ai sensi degli artt. 414 e 700 c.p.c. Voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI



1. in via cautelare ed urgente, anche *inaudita altera parte*

ravvisati i presupposti del fumus e del periculum in mora

- a) ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d.lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., se del caso previa disapplicazione della normativa pattizia e regolamentare contraria, disporre la immediata sospensione e disapplicazione, nei confronti della ricorrente, delle operazioni legate alle *Assegnazioni provvisorie* per l'a.s. 2022/2023 nella provincia di Roma, per posti comuni di scuola primaria;
- b) accertare e dichiarare l'esistenza presso l'Istituto Comprensivo Castel Madama di un posto comune di scuola primaria suscettibile di assegnazione provvisoria a beneficio della odierna ricorrente;
- c) conseguentemente e per l'effetto, disporre per l'immediata assegnazione provvisoria della ricorrente **BALLINI ALICE** presso l'Istituto comprensivo Castel Madama sul posto (comune) di scuola primaria lasciato vacante in organico di fatto dalla docente titolare Venettacci Barbara – risultando quest'ultima beneficiaria di *assegnazione provvisoria* presso l'Istituto comprensivo Colleferro II° per l'anno scolastico in corso -, se del caso previa revoca dell'incarico di supplenza eventualmente conferito a copertura del suddetto posto;
- c) in ogni caso dettare forme e modi per una corretta esecuzione dell'emananda ordinanza cautelare;

spese legali della fase cautelare integralmente rifeuse e distratte.

2. nell'eventuale merito instaurando

previa eventuale disapplicazione degli atti regolamentari e/o pattizi, presupposti, connessi e/o conseguenti, che dovessero risultare in contrasto con la normativa invocata

- a) ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d.lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della Famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., accertare e dichiarare il diritto della ricorrente **BALLINI ALICE** alla assegnazione provvisoria per l'a.s. 2022/2023 presso l'Istituto Comprensivo Castel Madama, sul posto ordinario di scuola primaria liberatosi in organico di fatto per effetto dell'assegnazione provvisoria ottenuta dalla docente Ins. Venettacci Barbara presso l'Istituto comprensivo Colleferro II° per l'anno scolastico in corso (2022/2023);
- b) per l'effetto, accertare e dichiarare illegittimo e/o annullare e/o disapplicare tutti i provvedimenti assunti dall'amministrazione convenuta in ordine alla gestione del suddetto posto per l'a.s. 2022/2023 ivi compresi quelli eventualmente connessi alla sua assegnazione ad altro docente nell'ambito della successiva fase delle nomine per incarichi a tempo determinato annuali e/o



supplenze;

f) in ogni caso, dettare forme e modi per una corretta esecuzione dell'emananda sentenza;

Con vittoria di spese ed onorari, oltre iva e cpa e 12,50% per spese generali da distrarsi.

In via istruttoria si chiede

- a) disporre per l'acquisizione del fascicolo personale della ricorrente;
- b) disporre affinché l'amministrazione scolastica convenuta fornisca dati sulla sede di effettivo servizio della docente scuola primaria Ins. Venettacci Barbara nel corrente a.s. 2022/2023;
- c) disporre affinché l'amministrazione scolastica convenuta fornisca informazioni sull'eventuale copertura del posto comune di scuola primaria lasciato libero dalla suddetta Ins. Venettacci presso l'Istituto Comprensivo Castel Madama con incarico a tempo determinato;
- d) disporre per la chiamata in causa degli eventuali controinteressati mediante notifica per pubblici proclami e nelle forme di cui all'art. 151 c.p.c.;
- e) acquisire ulteriore certificazione medica del familiare (figlio minore) che la ricorrente assiste in qualità di referente unico;
- f) ammettersi prova per interpellato del l.r.p.t. di controparte ed all'esito per testi sulle circostanze articolate in fatto ai nn. da 1 a 30) da intendersi qui integralmente trascritte, precedute da "Vero che", nonché, senza inversione dell'onere probatorio, prova diretta e contraria sui capitoli eventualmente ammessi a controparte;
- g) disporre CTU;

Con riserva di modificare ed integrare i mezzi di prova in virtù della condotta processuale di controparte.

Ai sensi del D.P.R. 115/2022, si dichiara che la presente causa ha valore indeterminato e che la parte ricorrente è esentata dal pagamento del contributo perché il suo nucleo familiare ha percepito un reddito complessivo ai fini dell'imponibile nell'anno 2021 inferiore al limite di cui agli artt. 9, comma 1 bis, e 76 del dpr 115/2002 e successive modifiche.

Si produce la seguente documentazione in copia:

- 1. [CCNL Comparto Istruzione e Ricerca 2016/2018;](#)
- 2. a) [vigente CCNI Utilizzazioni ed Assegnazioni provvisorie aa.ss. 2019/2022 con acclusa Tabella valutazione titoli \(Allegato 2\);](#)
b) [ultimo CCNI annuale sulle Utilizzazioni ed Assegnazioni Provvisorie del personale docente ed ATA \(a.s. 2018/2019\);](#)



3.
 - a) nota MIUR n.28978 del 20 giugno 2019;
 - b) nota Ministero Istruzione prot. 23439 del 17 giugno 2022 su *Utilizzazioni e Assegnazioni Provvisorie personale docente, educativo ed A.T.A. - a.s.2022/23.*
4.
 - a) bollettino assunzioni ex art. 59 d.l. 73/2021, recante menzione della ricorrente;
 - b) decreto Direttore Generale USR Lazio n. 812 del 02.08.20222 avente ad oggetto approvazione elenco candidati che hanno conseguito un giudizio positivo in esito alla procedura straordinaria di cui all'articolo 59, comma 4, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, per la classe di concorso ADEE - Sostegno scuola primaria per la Regione Lazio.
5. documentazione comprovante concessione permessi ex lege 104/1992 in favore della ricorrente, sin dal 2017, nella qualità di referente unica del figlio;
6. documentazione comprovante concessione congedo straordinario per handicap in favore della ricorrente, sin dal 2017, nella qualità di referente unica del figlio;
7. domanda (cartacea) di *Assegnazione provvisoria* della ricorrente per l'a.s. 2022/2023 con allegata documentazione comprovante il suo status per quell'anno scolastico;
8. tutti gli allegati alla suddetta domanda di *Assegnazione provvisoria* della ricorrente, ovverosia:
 - a) Stato di famiglia;
 - b) Carta di identità e tessera sanitaria personale;
 - c) Carta di identità e tessera sanitaria del figlio minore
 - d) la documentazione medica comprovante l'handicap grave del figlio;
9.
 - a) bollettino ATP Roma avente ad oggetto elenco beneficiari di assegnazioni provvisorie per l'a.s. 2022/2023 da cui si evince l'assegnazione provvisoria dell'Ins Venettacci Barbara presso l'Istituto comprensivo Collesferro II°;
 - b) decreto ATP Roma prot. 27259 del 8 agosto 2022;
10. bollettini nomine a tempo determinato mediante scorrimento GPS di Roma, già pubblicati alla data di deposito del presente ricorso;
11. certificato di residenza e stato di famiglia della ricorrente e del figlio minore;
12. stampa da *google maps* con calcolo distanze e tempi di percorrenze in auto ed a piedi tra la sede scolastica di Castel Madama reclamata dalla ricorrente e la sua abitazione;
13.
 - a) mail Balini Alice del 19 settembre us avente ad oggetto reclamo avverso disservizio per mancato rientro cartolina di ricevimento della raccomandata a.r. contenente la sua domanda cartacea di *assegnazione provvisoria* presso l'I.C. Castel Madama;
 - b) mail Poste Italiane di riscontro e apertura ticket;
 - c) mail Poste Italiane 01.10.2022 di comunicazione avvenuta emissione duplicato cartolina di ricevimento plico raccomandato;



d) duplicato della cartolina di ricevimento del plico raccomandato contenente la domanda cartacea
di assegnazione provvisoria della ricorrente;

Albano Laziale, 20 ottobre 2022

Avv. Gianluca Magnani

