

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

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

La prof.ssa GIAMBOI Simona, nata a Baden il 28,2,1977 e
residente in Via Comunale, Annunziata, Messina, C.F.
GMBSMN77B68Z133E, rappresentato e difeso dall'avvocato
Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di
Messina, con studio in Messina , Via Cesare Battisti 108, ove
intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti
(fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per
procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,
ricorrente

contro

MINISTERO DELLA ISTRUZIONE,
DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in persona del
Ministro p.t.

nonché

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA
BASILICATA in persona del Direttore p.t.;

AMBITO TERRITORIALE PROVINCIALE DI TERAMO,
in persona del Direttore p.t.;

AMBITO TERRITORIALE PROVINCIALE DI MESSINA,
in persona del Direttore p.t.;

e nei confronti di



tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2018/2019 scuola secondaria di secondo grado di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2018/19, e provenienti da Gae, tutti i docenti scuola secondaria di secondo grado alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2018/019.

La professoressa Giamboi è stata assunta in data 1.9.010 quale docente di scuola secondaria secondo grado con contratto a tempo indeterminato (doc. 1) ed attualmente in servizio presso l'Istituto I.S. Minutoli di Messina (doc.2)

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n 207 del 9.3.018 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale. (doc. 3, 4).

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

In particolare la docente ha indicato quale ambito preferito quello della Regione Sicilia provincia di Messina (0013 e seguenti) chiedendo con apposita istanza (doc.5) l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei



padre, Sig. Giamboi Domenico, risulta portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale della Commissione medica Inps di Messina (doc. 6).

Dall'attuale condizione clinica del signor Giamboi non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.

Dalle condizioni di salute del padre della ricorrente non solo sono destinate ad aggravarsi ma non è lecito ammettersi neanche un minimo miglioramento (il verbale non è più soggetto a revisione).

Ne consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua della figlia Simona la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile” .

Sicchè con mail e lettera di notifica (doc. 7) alla ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 207/2018 attuativa del CCNI del 11.04.2017, prorogato.

Orbene la ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla l.104/1992 non si è vista riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali, sebbene la sussistenza di posti disponibili, come risultante dal bollettino



dei trasferimento della scuola secondaria di secondo grado ove risultano posti disponibili (7a).

A fronte di tali evidenti lesione in data 1.9.018 la ricorrente, si vedrà costretta a recarsi presso la scuola di titolarità di Roma, con conseguente irreparabile danno per il genitore disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

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

DIRITTO

1. Violazione e/o falsa applicazione degli art 21, 33 della Legge 104/92; Violazione del D.Lgs 297/94 art 601 ; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità: illegittimità dell'art 13 CCNI.

L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta “assistenza” in quanto “figlio referente unico” del “genitore con disabilità” solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92.

Difatti il CCNI dell'11.04.2017, prorogato, con la disposizione di cui all'art. 13, nel riconoscere il diritto di precedenza al docente figlio referente unico del genitore disabile solo per la mobilità provinciale, e non anche



interprovinciale, ha illegittimamente compresso e compromesso interessi primari costituzionalmente garantiti che non possono certamente essere disattesi né dalle esigenze organizzative del comparto scuola né da qualsivoglia scelta discrezionale del datore di lavoro né dalla contrattazione collettiva o dalla normativa regolamentare.

Più precisamente l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 11.04.2017 testualmente dispone che *“Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l' operazione a cui si applica”*.

Orbene il punto IV della superiore norma pattizia prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità al *“figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico”* purché *“in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai*



sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni”.

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

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

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

Il docente viene trattato con precedenza su tutte le preferenze di scuola indicate e su tutte le preferenze ai fini della titolarità su ambito”.

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

Tale operazione, però, non è in linea con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al d.Lgs 16 aprile 1994 n 297, in particolare



dall'art. 601, laddove dispone: (1)“*Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico.* (2) *Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.*

Appare evidente che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017)

Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che : “*La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab.A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda”*

Inoltre, il richiamato art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3:) *il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità* (comma 5:) **ha diritto di scegliere**, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

La predetta disposizione normativa, **non derogabile**, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della



persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata".

La nozione legale di trasferimento è stata elaborata dalla giurisprudenza consolidata dalla Corte di Cassazione come mutamento geografico definitivo del luogo della prestazione.

Normalmente tale mutamento avviene tra due distinte unità produttive e non è configurabile quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima attività produttiva ma ciò non vale nei casi in cui l'attività produttiva comprenda uffici notevolmente distanti tra loro e siti in comuni diversi (Cfr Cass. 12097/2010).

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

Orbene la predetta disposizione normativa, che non può essere derogata o posta in contrasto dal CCNI, nel tutelare in via generale ed eccezionale le persone portatrici di handicap nel pieno rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla



Costituzione (artt. 2, 3, 32) racchiude in sé disposizioni, come l'art. 33, alle quali è pacificamente riconosciuto il rango di *lex specialis* rispetto alla norma di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (Cfr *Tribunale di Matera ordinanza del 6.2.012*) ([doc 9](#))

Pertanto, le censure mosse nei confronti dell'art. 13 del CCNI si fondano tanto sulla palese violazione delle disposizioni della legge 104 quanto sulla scarsa sensibilità della contrattazione collettiva allo status, al diritto del disabile e alle stesse finalità della predetta legge dai quali emerge in modo incontrovertibile la portata imperativa delle disposizioni legislative violate.

Difatti, le norme imperative impongono un preciso assetto di interessi, peraltro non modificabile da qualunque fonte del diritto e in nessun caso se trattasi di una fonte subordinata ed inferiore alle stesse come per il caso in esame il CCNI.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, infatti, statuisce che *“l'art. 33 comma 5 della legge 104/92 deve essere interpretato in termini costituzionalmente orientati alla luce dell'art. 3 comma 2 Cost. , dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13.12.2006 sui diritti dei disabili con L. n. 18/2009 in funzione della tutela della persona disabile”* (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante *“esterno”*, sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti



acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi consentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva.

Orbene, nel caso in esame, **l'amministrazione** ha **illegittimamente limitato i benefici** previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità.

È pacifico che, in virtù del sistema gerarchico vigente nel nostro ordinamento, la contrattazione collettiva si presenta **gerarchicamente subordinata** alla legge.

La precedenza prevista da una *lex specialis* che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti di integrazione sociale, e assistenza alla persona disabile(art 2 l. 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale ne da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di trasferimenti.

Nel caso di specie il CCNI 2017/018 ha surrettiziamente annullato/ eliminato il diritto sancito dalla legge 104/1992 ne può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede dalla l. 104/92 del dipendente che assiste il familiare disabile.

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: *"la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i*



principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Ord. Trib. Vercelli del 12.01.2017 , Trib Messina -Trib . Potenza- Trib Ravenna- Trib. Genova, Trib. Termini Imerese, Trib. Latina doc. 10,11,12,13 ,14,15,16, 17, 18).

Orbene dalla documentazione versata in atti si evince la grave patologia della quale è affetto il padre della ricorrente per il quale la stessa è l'unico referente a doversene prendere cura in virtù della oggettiva impossibilità degli altri parenti prossimi (l'unico fratello risiede in altro comune) di poter prestare assistenza con esclusività e continuità al genitore disabile,(la madre risulta ultrasessantacinquenne) diversamente operando si avrebbe una chiara vanificazione delle finalità proprie della legge nonché una violazione dei diritti costituzionali a tutela del diritto alla salute ed alla assistenza .

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

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

Sulla scorta di tali argomentazioni la giurisprudenza di merito ha reiteratamente stigmatizzato il principio secondo cui il CCNI non può porsi in contrasto con le superiori



disposizioni normative “il CCNI mobilità si pone in contrasto con l’art. 33 dal momento che tale previsione comporta quale conseguenza la sostanziale vanificazione della tutela apprestata dalla L. 104/92; la conseguenza di quanto sin qui esposto comporta l’affermazione del diritto della ricorrente alla precedenza nel trasferimento interprovinciale presso uno degli ambiti della provincia di... o altro ambito su sede compatibile con la necessità di assistenza del disabile come indicati dalla ricorrente nella domanda di mobilità; deve pertanto trovare applicazione il trasferimento tra province diverse” (cfr. Ord. Trib. Vercelli del 12.1.017).

Sul punto, anche la Corte di Appello di Sassari ha disposto l’annullamento della disposizione del Contratto Nazionale Integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e ATA perché in palese contrasto **e violazione con la norma imperativa** di cui all’art.33 L. 104/92 per l’assistenza, l’integrazione sociale dei diritti delle persone disabili, in quanto la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti che non possono essere disattesi nel nome di situazioni in cui la legge non assicura la medesima tutela con la conseguente nullità per contrasto con una norma imperativa delle disposizioni del contratto nazionale per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate.

Sotto tale primo profilo e per l’assorbente motivo , la ricorrente ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell’art 33 l. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

2.Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 3,97 Cost.; Violazione dell'art. 3, secondo comma,



Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006

Alla luce delle superiori considerazioni non possono residuare dubbi che il citato CCNI ha operato una surrettizia deroga ai principi ed al dettato della legge 104/92 escludendo la operatività della precedenza in parola ai trasferimenti interprovinciali.

Nel caso di che trattasi è palese la disparità di trattamento perpetrata da parte dell'Amministrazione atteso che la sua condotta difetta di una giustificazione oggettiva e ragionevole che giustifichi la mancata valutazione ed il conseguente mancato riconoscimento del diritto alla precedenza per l'handicap del genitore.

Ed invero, non si giustifica dunque la disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierno ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

Ed invero, **l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso** (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), **in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito.**

Peraltro, diversamente opinando si perverrebbe ad una interpretazione della vigente normativa senz'altro contraria ai



principi di eguaglianza e d'imparzialità della p.a. (artt.3 e 97 Cost).

La Suprema Corte, sul punto, con la sentenza della Sezione Lavoro n. 25379/2016 ha ritenuto – in ipotesi in cui era anzi documentato solo un handicap non grave - che: *"In effetti questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, ha affermato il principio secondo cui "la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'art. 33 cit.], deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte"* (Cass. n. 9201/2012).

Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con l. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016).

Pertanto, in virtù di una lettura combinata dei valori costituzionali, dei principi di certezza del diritto e



affidamento del cittadino, appare giustificata la censura di disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

A ciò si aggiunga che *“L'onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all'esercizio del diritto grava sul datore di lavoro”* (Cfr. Cass. Sez. Lav. 18.02.2009 n. 3896).

In un caso analogo la giurisprudenza di merito ha sancito che *“ il MIUR, su cui gravava l'onere di dimostrare la sussistenza di ragioni impeditive che non hanno consentito di trasferire la ricorrente in Provincia di....., non ha svolto al riguardo alcuna allegazione concreta, limitandosi a richiamare nella sua memoria il fatto che la precedenza è concessa ove possibile e a dichiarare laconicamente che in fase interprovinciale la domanda non era stata accolta”(ord. Tribunale di La Spezia N. 497/2018 del 12 febbraio 2018).*

Ebbene, tenuto conto che l'art. 40, comma 1 ultimo capoverso, del d.lgs. 165/2001 prevede che *“Nelle materie della mobilità... la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”* e che il comma 3 quinquies del medesimo prevede che *“Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”* deve ritenersi che il CCNI richiamato, nella parte in cui esclude il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali limitandoli peraltro soltanto ad alcuni gradi di parentela viola – in una materia, quella della mobilità, in cui la



contrattazione collettiva è espressamente ammessa nei soli limiti previsti dalla legge, l'assetto normativo che precede.

In tale contesto la disposizione del CCNI risulta del tutto contrastante con l'evoluzione normativa(di rango superiore, nazionale, costituzionale, europea, internazionale) e giurisprudenziale sopra esposta e deve pertanto essere disapplicata.

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

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

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

Orbene l'art. 33 della legge 104/92 dispone (comma 3:) che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (comma 5:) ha diritto di scegliere, ove possibile, **la sede di lavoro più VICINA** al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Sul punto occorre rilevare che l'amministrazione nell'esaminare la domanda di mobilità della ricorrente aveva l'obbligo, in caso di assenza di posti nel primo ambito territoriale, di rispettare i criteri di vicinanza rispetto al primo ambito territoriale(ove non disponibile) indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle



previsioni normative del CCNI e dello stesso art 33 della legge 104/1992.

La finalità della superiore disposizione è quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata” contemperando le esigenze dell’amministrazione che, in assenza di posti disponibili, riconosce il diritto di precedenza al referente unico del disabile nel comune viciniore a quello del domicilio dell’assistito.

Ebbene nel caso di che trattasi l’amministrazione scolastica non ha rispettato , nell’ambito della procedura di mobilità, l’ordine delle sedi indicate dalla ricorrente facendo venir meno la tutela del diritto del disabile garantita di contro dalla stessa contrattazione collettiva nonché dalla L. 104/1992.

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito e, tra tutte, **dal Tribunale di Pisa** che, con recentissima



ordinanza, ha così disposto: “L’esame della precedenza ex art. 33 L. 104/1992, imponeva che a seguito dell’esame della domanda di mobilità presentata dal deducente, in caso di assenza di posti nel primo ambito territoriale indicato nella domanda di mobilità, il rispetto dei criteri di vicinanza rispetto al primo ambito territoriale indicato, circostanza che nel caso in esame non rispettata in violazione delle previsioni normative del CCNI. Il MIUR, quindi, avrebbe dovuto riconoscere tale precedenza, atteso anche che l’Amministrazione era stata messa al corrente della delicata posizione del ricorrente. Infatti, l’art. 601 del D.Lgs. n. 297/94, stabilisce che: “Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. Le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.

Orbene, nel caso in esame, l’amministrazione così operando ha illegittimamente limitato i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una procedura che interferisce in modo arbitrario sul riconoscimento del diritto alla precedenza del lavoratore dinanzi all’interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità, quando invece in virtù delle superiori norme avrebbe dovuto riconoscere alla ricorrente, in virtù di una corretta valutazione della domanda di mobilità il proprio diritto alla precedenza ed il conseguenziale trasferimento presso la sede richiesta (Agrigento o Palermo le sedi equidistanti dal luogo ove risiede il disabile e richieste dalla ricorrente).



Sul punto reiteratamente la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui “ *Tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell’art. 601, che non pone alcuna limitazione all’esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente Tribunale Messina 7.8.2017(doc. 11) e Tribunale Taranto 3.8.2017) La scelta di limitare l’operatività della L. 104 alle sole mobilità provinciali non ha alcun fondamento logico e giuridico ed è in contrasto con norme primarie inderogabili*”

Inoltre il **Tribunale di Potenza** ha disposto che “ *Il contratto collettivo della nazionale della scuola non può subordinare alle esigenze organizzative dell’amministrazione il diritto al trasferimento di sede , stabilito dalla legge 104/1992 del dipendente che assiste un familiare disabile*” e che “*l’intervento operato dal CCNL ha di fatto introdotto una grave limitazione dei benefici della legge 104/1992 ” disponendo il diritto della ricorrente alla precedenza nelle operazioni di mobilità ex legge 104/1992 rimettendo ai competenti uffici del Miur l’adozione dei consequenziali provvedimenti*”

Che in ordine all’assegnazione della sede e del trasferimento il **Tribunale di Lodi**, su ricorso patrocinato da questo difensore , in composizione collegiale ha disposto che non osta a tale conclusione la “locuzione ove possibile” di cui all’art 33 c. 5 della legge 104 /1992 non avendo l’amministrazione scolastica provato e nemmeno dedotto la mancata vacanza del posto rivendicato né la sua indisponibilità . “ .

In ultimo anche questo **Tribunale di Roma**, dott.ssa Falato con ordinanza del 14.9.17 ha statuito che “*la norma di*



rango primario, applicabile come visto al personale docente, consente al lavoratore che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato che non può essere assistito da altri che non il lavoratore interessato, il diritto di scegliere, ove possibile la sede più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”

Inoltre la Suprema Corte con l’ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120,)precisa che la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell'art. 3 comma 2° Costituzione, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. Corte di Cassazione, 7.6.2012 n. 9201).Le misure previste dall'art. 33 comma 5° devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017).Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro (cfr. sull'onere probatorio Corte di Cassazione, 18.2.2009 n. 3896).



Ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità provvisoria (non definitiva) provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all'art 33 c. 5 l. 104/92, art 601 del dlgs 297/1994 e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

Istanza cautelare ex art 700 cpc

In ordine al *fumus boni iuris* si rinvia ai superiori motivi di diritto che certamente devono essere accolti.

In ordine al periculum in mora

Il mancato accoglimento della presente istanza e la necessità di attendere la fine del giudizio determinerebbe un danno grave ed irreparabile per la ricorrente, attesi i tempi del giudizio ordinario.

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente e al genitore disabile che si vede privato della necessaria quotidiana assistenza e cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto, quale pregiudizio e danno concreto ed irreparabile del suo generale stato personale e di salute che non può in alcun modo essere ristorato.

L'adozione del provvedimento cautelare ha la pregnante finalità di evitare il prodursi ed il protrarsi dell'evento lesivo, per inibire le ulteriori conseguenze pregiudizievoli della



condotta illecita già verificatasi, esigenza particolarmente pregnante nel caso di specie in quanto tale finalità è volta alla tutela dei genitori della ricorrente, soggetti portatori di handicap, titolari di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.

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

Al pari la madre ultrasessantacinquenne della ricorrente non può prendersi cura del disabile con la conseguenza che la stessa, convivente con il disabile, è referente unica ed il fratello risiede in altro comune(doc. 18 , 19).

L'assegnazione della ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dal genitore disabile certamente cagionerebbe **gravi disagi alla vita familiare** della stessa e irreparabile nocumento alle esigenze di cura del genitore, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.

La chiesta cautela si impone anche sotto ulteriore profilo garantito dalla Carta Costituzionale.

Difatti, tale condizione rappresenta un inevitabile **“pregiudizio per l'unità della famiglia”** nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria , sono state “gravemente compromesse l'unità e la serenità del nucleo familiare, in considerazione dell'attuale distanza tra luogo di lavoro e di residenza della famiglia.

I principi costituzionali, tra cui gli artt. 29 e 31, tutelano in modo chiarissimo l'unità familiare e così facendo vengono



del tutti violati ne si possono creare le condizioni di andarla a minare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni nazionali contrarie.

Ne consegue che devono essere riconosciute la sussistenza attuale di ragioni d'urgenza, stante il pregiudizio effettivo alla vita familiare da ritenersi irreparabile - come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia di mobilità - giacché non risarcibile per equivalente, ricadendo i relativi effetti lesivi, non su interessi meramente patrimoniali, bensì sulla stessa sfera dei diritti personali, in quanto tali insuscettibili di reintegrazione ex post.

La ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2018, stante la scadenza della assegnazione provvisoria, si vedrà costretta a trasferirsi a Teramo, nell'attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per la stessa e per il genitore disabile.

E' evidente, pertanto, la concreta ed attuale imminenza del pericolo che fonda la richiesta di provvedimento d'urgenza.

Per quanto esposto, appaiono dimostrati i requisiti per la richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., tanto sotto il profilo del *fumus* che del *periculum*, atteso il grave ed irreparabile danno che la ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo sig. Giudice adito non adotti il provvedimento cautelare richiesto.

Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra dom.ta, rapp.ta e difesa



CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt 1339 , 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2018/2019 poiché in contrasto con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della ricorrente presso l'ambito 0013 della provincia di Messina anche in sovrannumero e comunque in uno degli Ambiti Territoriali di cui alla domanda secondo l'ordine indicato e che le consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei padre signor Giamboi Domenico e ciò con effetto immediato ;

2. Accertare e dichiarare la sussistenza del *fumus boni iuris e del periculum in mora* e contestualmente ex art 700 c.p.c. **emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto della ricorrente con particolare riferimento alla** disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva della stessa che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Sicilia scuola secondaria di secondo grado pubblicato il 13.7.018 con il quale non è stata assegnata la precedenza alla ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai



sensi della legge 104/1992 per assistenza al genitore disabile per gli anni scolastici 2018/2019 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 13.07.018 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso l'ambito territoriale "0013" nella Provincia di Messina ovvero in via ulteriormente gradata ad uno degli Ambiti Territoriali di cui alla domanda, secondo l'ordine anche delle scuole indicato garantendo il diritto all'assistenza del genitore e comunque adottare ogni provvedimento utile e conducente con contestuale revoca delle assegnazioni ottenute dai resistente di cui infra.

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

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso soggiace al pagamento dell'importo di € 259,00 (doc. 21).*

Messina 14.7.018

Avvocato

Vincenzo La Cava

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

Il sottoscritto avvocato Vincenzo La Cava, considerata la numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio;

considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del



presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per la ricorrente, formula espressa

istanza

Affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge , ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U.e pertanto

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2018/2019 scuola secondaria di II grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI - Mobilità Scuola 2018/019, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2018/19, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di II grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2018/019 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR.
<http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami/2> ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;

b) nome della ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;

c) sunto dei motivi del ricorso ;

d) indicazione dei controinteressati genericamente



individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2017/2018 scuola secondaria di II grado, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2017/18, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di II grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2018/019;

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

Messina 14.7.018

Avvocato

Vincenzo La Cava

