

Avv. SERGIO ALGIERI

Patrocinante in Cassazione

Via P. Calamandrei, 10 – 87041 Acri (CS)

Tel/fax 0984.915027 – Cell. 339.2804673

E-mail avvocatoalgieri@virgilio.it – PEC avv.sergioalgieri@pec.giuffre.it

Tribunale Ordinario di Siena

Sez. Lavoro

RICORSO EX ART. 414 CPC

CON CONTESTUALE ISTANZA CAUTELARE EX ART. 700 CPC

Nell'interesse di **BALYBINA Marina**, nata a Tambov (Federazione Russa) l'11/04/1978 e residente a Monteriggioni (SI) alla Via della Libertà n. 15 (BLYMRN78D51Z154O), rappresentata e difesa, giusta procura in calce rilasciata su foglio separato ed inserito nella busta telematica contenente il presente ricorso, dall'**Avv. SERGIO ALGIERI**, del foro di Cosenza, presso il cui Studio in Acri (CS) alla Via P. Calamandrei n. 10 elegge domicilio ed al cui numero di fax 0984.915027 e/o indirizzo pec avv.sergioalgieri@pec.giuffre.it si dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria)

- *ricorrente*

Contro

Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro *pro-tempore*, elettivamente domiciliato per la carica presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Firenze (C.F. 80039250487) con sede in Firenze alla Via degli Arazzieri n. 4 (PEC: ads.fi@mailcert.avvocaturastato.it)

- *resistente*

OGGETTO: Mobilità interprovinciale 2021/2021 del personale docente immesso in ruolo nell'a.s. 2019/2020 con la procedura FIT (DDG. N. 85/2018)

La ricorrente - **DOCENTE DI SCUOLA SECONDARIA DI II GRADO TIPO DI POSTO NORMALE CL AD24 (Lingue e culture straniere negli Istituti di Istruzione di II grado - Tedesco)**, attualmente in assegnazione provvisoria presso l'IIS 'Roncalli' in Poggibonsi (per n. 15 ore) con completamento (per n. 3 ore) presso l'IIS "Ricasoli" in Siena - doc 9) - nell'anno scolastico 2019/2020 è stata individuata destinataria di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 01/09/2019 ed economica dalla data di effettiva assunzione in servizio per n. 18 ore settimanali sulla classe di concorso AD24 con sede di titolarità presso l'IIS 'R. Foresi' di Portoferraio (LI). (**doc. 2**).



In particolare, è stata immessa in ruolo, giustappunto in forza del predetto contratto del 06/09/2019 (doc. 1 - 2), siccome utilmente inserita nelle graduatorie di merito della Regione Toscana (CL AD24) di cui al **concorso indetto con DDG n. 85/2018** (ex art. 17 comma 23 lett. b) del DL 59/2017 - **doc. 13**), con sede di titolarità presso l'Istituto di Istruzione Superiore 'R. Foresi' di Portoferraio (LI) (doc. 1 - 2).

Essa ricorrente per l'anno scolastico 2021/2022 ha presentato domanda di partecipazione alle operazioni di mobilità interprovinciale disciplinate dall'Ordinanza Ministeriale n. 106 del 29.3.2020 (doc. 12), attuativa del CCNI 2019/2022 (doc. 11), chiedendo il trasferimento nella provincia di Siena (doc. 5).

Nella medesima domanda ha invocato il riconoscimento del **diritto di precedenza ex art. 33 comma 5 legge 104/1992 per assistenza al figlio minore disabile, BOCCUTI Michele (di anni 8)**, allegando il Verbale Inps di riconoscimento dell'handicap (*doc 5- 6 - 7*).

Il Ministero resistente, in un primo momento ha acquisito, attraverso il portale polis/*istanze on line*, la domanda di mobilità presentata dalla ricorrente, **per poi escluderla nella fase di convalida** (doc. 8).

Infatti, con decreto prot. 1515 del 14/05/2021 (doc. 8) l'AT di Livorno ha disposto la esclusione della odierna ricorrente dalla procedura di mobilità in organico di diritto per l'a.s. 2021/2022 in base alla motivazione che *'non sono state riscontrate le condizioni per concedere la deroga al vincolo di cui all'art. 1, comma 4 della sopracitata O.M. 106/2021'*.

In particolare, la ricorrente, la cui assunzione è avvenuta con decorrenza giuridica dal 01/09/2019, è stata esclusa dalla predetta procedura di mobilità perché non ha raggiunto cinque anni scolastici di ruolo nella sede di prima titolarità (n. 1 anno di assunzione + 4 di permanenza).

Tale limite si incontra nell'art. 1 comma 4 della predetta Ordinanza, in cui è scritto che *"il personale docente di cui all'art. 13, comma 3, del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 19 immesso in ruolo antecedentemente all'anno scolastico 2020/2021, è tenuto a rimanere presso la istituzione scolastica di immissione in ruolo, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni dopo il percorso annuale di formazione iniziale e prova, salvo in caso di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'art. 33, commi 5 e 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso"* (tale è la modifica apportata



all'art. 13 comma 3 del dlgs 59/2017 dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 792, lett. M), 3)

Ebbene, il provvedimento negatorio e di esclusione dalla procedura di mobilità è illegittimo per le motivazioni tutte in appresso illustrate.

Preliminarmente è opportuno evidenziare che sul piano normativo il blocco quinquennale è stato introdotto per tutti i neoassunti dall'a.s. 2020/21, da qualsivoglia graduatoria attinti, in virtù di una modifica al T.U. scuola operata dal **comma 17-octies dell'art. 1 del testo del decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126**, coordinato con la legge di conversione 20 dicembre 2019, n. 159 in cui è disposto: *“Il comma 3 dell'articolo 399 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e' sostituito dai seguenti: «3. A decorrere dalle immissioni in ruolo disposte per l'anno scolastico 2020/2021, i docenti a qualunque titolo destinatari di nomina a tempo indeterminato possono chiedere il trasferimento, l'assegnazione provvisoria o l'utilizzazione in altra istituzione scolastica ovvero ricoprire incarichi di insegnamento a tempo determinato in altro ruolo o classe di concorso soltanto dopo cinque anni scolastici di effettivo servizio nell'istituzione scolastica di titolarita', fatte salve le situazioni sopravvenute di esubero o soprannumero. La disposizione del presente comma non si applica al personale di cui all'articolo 33, commi 3 e 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, purché le condizioni ivi previste siano intervenute successivamente alla data di iscrizione ai rispettivi bandi concorsuali ovvero all'inserimento periodico nelle graduatorie di cui all'articolo 401 del presente testo unico”.*

A prima vista, dunque, appare del tutto incongruo – fonte di una prima evidente discriminazione – anticipare di un anno, soltanto per alcuni docenti (i Fit), il blocco quinquennale per tramite delle modifiche apportate al D.Lgs 59/17 dalla Legge finanziaria 2019 (L. 145/2018 Art. 1 comma 792), applicabile agli assunti a decorrere dall'a.s. 2019/20.

Ma ancor più evidente è la discriminazione posta in essere in danno della ricorrente ove si pensi - pur volendo prescindere dalla dubbia legittimità della anticipazione alle immissioni in ruolo per l'a.s. 2019/20 del vincolo quinquennale nei riguardi dei soli docenti Fit (operata, giustappunto, dall'art. 1 comma 792 Legge 145/2018, che ha modificato l'art. 13 Dlgs 59/2017) – che la stessa si trova nella medesima graduatoria di merito con colleghi che, sebbene partecipanti alla stessa procedura concorsuale di cui al DDG 85/2018, hanno preso servizio



nell'a.s. 2018/19 e, conseguentemente, sono sfuggiti all'applicazione del vincolo di cinque anni **imposto solo a decorrere dall'a.s. 2019/20!!**

Dunque, pare proprio questo il caso di una discriminazione nella discriminazione.

Ed invero, l'esclusione della ricorrente dalle procedure di mobilità territoriale promana giustappunto (anche) dall'Ordinanza Ministeriale n. 106/2021 che, nel ricalcare le novellate previsioni di cui all'art. 13 D.Lgs 59/2017, sulla posizione della ricorrente riflette due ulteriori profili di illegittimità che la affliggono.

Da un alto, infatti, vi è il profilo di illegittimità legato alla discriminazione – immotivata, irragionevole – perpetrata in danno della ricorrente (e di colleghi in simile posizione), la quale pur avendo partecipato alla medesima procedura concorsuale, quella di cui al DDG N. 85/2018 (DM 631/2018) e pur appartenendo alle medesime graduatorie di merito – ha visto slittare – senza colpa alcuna e per evidenti problemi organizzativi e gestionali del MI – la propria assunzione al 1 settembre 2019, con ciò andando soggetta alla regola del blocco quinquennale introdotta soltanto nel dicembre 2018 (a graduatorie di merito approvate), con la modifica dell'art. 13 D.Lgs 59/17.

Regola cui non risultano essere andati soggetti i colleghi della medesima graduatoria di merito, assunti nell'a.s. 2018/19!!!

Regola che non esisteva all'atto della partecipazione alla procedura concorsuale!!!

Regola che non esisteva nel panorama giuridico all'atto della emanazione della graduatoria di merito AD24 cui appartiene la ricorrente!!!

Regola che, al contrario, è venuta fuori nello *spatium temporis* tra la emanazione della graduatoria di merito e l'assunzione (tardiva) della stessa!!!

Ed infatti, la gran parte degli idonei al ridetto concorso, inseriti nelle rispettive graduatorie di merito regionali, ha avuto rituale e tempestiva immissione in ruolo al 1.09.2018, sottraendosi così alla nefasta regola del blocco dei cinque anni.

Invero, per la classe di concorso della docente Balybina, come per altre, si è verificato un notevole ritardo nella pubblicazione delle graduatorie di merito del concorso ex DDG 85/2018 (successivamente al 31.08.2018), ragion per non si è potuto procedere ad immissione in ruolo tempestiva (ossia, per l'a.s. 2018/2019).

Ed infatti, per le graduatorie di merito pubblicate tra il 31.08 ed il 31.12.2018 - medesima procedura concorsuale ex DDG 85/18 - è stata prevista l'immissione in ruolo solo a decorrere dal 01.09.2019, ovvero per l'a.s. successivo.



Ciò ha comportato che la ricorrente è andata soggetta alla nefasta regola introdotta dalla finanziaria 2019 (**L. 145/2018 Art. 1 comma 792**) - assurdamente applicata ai vincitori di concorso 2018 - che modificando le originali previsioni del D.Lgs 59/2017 (**nel caso di interesse, quelle di cui all'art. 13**) ha imposto un vincolo quinquennale di permanenza, soltanto ai neo assunti a partire dal 01.09/2019 (A.S. 2019/2020), tra i quali rientrano - questo è il punto - i partecipanti a procedura concorsuale tenutasi (e superata) nella **NON vigenza del vincolo.**

Sotto diverso profilo, l'O.M. 106/2021 reca altro *vulnus* alla posizione della ricorrente, là dove, pur volendo prescindere dalla applicazione più o meno legittima del vincolo quinquennale, rimane esclusa finanche dalla deroga prevista al blocco, legata all'applicazione, come espressamente previsto, dell'art. 33, commi 5 e 6 L. 104/92, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze di partecipazione al concorso.

In altre parole, il vincolo quinquennale subisce una deroga per quei docenti cui risultano applicabili le previsioni dei commi 5 e 6 art. 33 L. 104/92, a patto che - stabilisce l'O.M. 106/2021 - si tratti di fatti sopraggiunti in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione al concorso.

Dunque, le condizioni di salute del figlio della ricorrente, pur ampiamente documentate - anche ai fini della fruizione dei benefici ex olegge 104/92 - in sede di domanda di mobilità non hanno alcun rilievo per un mero criterio temporale, trattandosi di patologia preesistente alla partecipazione al concorso.

Riassumendo i profili discriminatori e/o di illegittimità:

1) la odierna ricorrente appartiene alla categoria dei docenti FIT, ai quali è stato imposto (e anticipato), ad opera del novellato art. 13 D.Lgs 59/17, il vincolo quinquennale (ad oggi, e di recente, introdotto nel T.U. scuola per tutte le immissioni in ruolo a decorrere dall'a.s. 2020/21) di permanenza presso la sede di prima presa di servizio.

2) essa ricorrente, partecipante alla procedura concorsuale di cui al DDG 85/2018, è stata assunta, a decorrere dall'a.s. 2019/20, dalle medesime graduatorie di merito (stessa procedura concorsuale) di coloro che, assunti nell'anno scolastico precedente 2018/19, non scontano il vincolo quinquennale, poiché non era ancora intervenuta la modifica dell'art. 13 D.Lgs 59/17; dunque stessa graduatoria di merito, con docenti che scontano il vincolo e docenti che non lo scontano.



3) la ricorrente, e con lei il figlio minore disabile, sconta un'ancor più macroscopica discriminazione laddove è previsto che, in deroga al vincolo quinquennale, possono partecipare alle operazioni di mobilità coloro i quali si trovino nelle condizioni di applicabilità dell'art. 33 commi 5 e 6 L. 104/92, limitatamente a fatti sopraggiunti, dunque acclarati e/o diagnosticati, successivamente al termine di presentazione delle domande di partecipazione alla procedura concorsuale.

Da un lato, dunque, soggetti disabili (sono loro al centro delle tutele apprestate dalla L. 104) che potranno fare affidamento sul riavvicinamento di un parente e, dall'altro, soggetti disabili che non possono fare affidamento (almeno per un quinquennio) sul riavvicinamento di un parente.

Lo stesso dicasi per il soggetto familiare e lavoratore che presta assistenza!

Questi i motivi di censura dell'atto negatorio della mobilità.

DIRITTO

A)

I

ILLEGITTIMITÀ DEL DINIEGO E DEL BLOCCO QUINQUENNALE

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE T.U. SCUOLA E, SEGNOTAMENTE, ART. 399 COMMA TERZO

Questo il tenore letterale dell'**art. 399 comma terzo del TU (come modificato dal comma 17- octies dell'art. 1 del testo del decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126, coordinato con la legge di conversione 20 dicembre 2019):** *3. A decorrere dalle immissioni in ruolo disposte per l'anno scolastico 2020/2021, i docenti a qualunque titolo destinatari di nomina a tempo indeterminato possono chiedere il trasferimento, l'assegnazione provvisoria o l'utilizzazione in altra istituzione scolastica ovvero ricoprire incarichi di insegnamento a tempo determinato in altro ruolo o classe di concorso soltanto dopo cinque anni scolastici di effettivo servizio nell'istituzione scolastica di titolarità, fatte salve le situazioni sopravvenute di esubero o soprannumero. La disposizione del presente comma non si applica al personale di cui all'articolo 33, commi 3 e 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, purché le condizioni ivi previste siano intervenute successivamente alla data di iscrizione ai rispettivi bandi concorsuali ovvero all'inserimento periodico nelle graduatorie di cui all'articolo 401 del presente testo unico.*

La norma è inserita in un copro normativo che è cardine dell'ordinamento scolastico.

Ragion per cui appare *prima facie* evidente che la previsione di un vincolo quinquennale di permanenza **per tutti i docenti, a qualunque titolo immessi in ruolo** (dunque vi



rientrano anche i decenti assunti Fit) a decorrere dall'a.s. 2020/21 **non possa e non debba trovare deroghe ad opera di interventi e/o modifiche legislative (anteriori)**, ovvero che queste ultime, ove presenti, debbano necessariamente cedere il passo alle disposizioni successive contenute nel T.U. scuola (le modifiche al T.U. sono intervenute sul finire del 2019, a fronte del vincolo Fit introdotto nel finire del 2018 ad opera delle finanziaria 2019).

Parrebbe, dunque, a tutti gli effetti un problema di coordinamento tra norme, all'esito del quale **non può che prevalere la norma principale**, ovvero le disposizioni del T.U. scuola di cui al D.Lgs 297/94.

Né parrebbe questo il terreno di applicazione del noto principio per cui *lex specialis derogat generali*, laddove è evidente che le disposizioni restrittive ed anticipatorie del vincolo di cui all'art. 13 D.Lgs 59/17, nella loro versione novellata, sono comunque anteriori ad un intervento normativo di ampio respiro, a modifica del T.U. scuola del dicembre 2019.

Ragion per cui, è evidente che le disposizioni di cui al comma terzo art. 399 citato vanno in conflitto con il vigente art. 13 D.lgs 59, il quale dovrà necessariamente cedere il passo alle previsioni di rango superiore, le quali palesano in modo chiaro le intenzioni del legislatore, ovvero quelle di sottoporre a vincolo quinquennale **soltanto gli immessi in ruolo (qualunque sia la natura o la fonte dell'assunzione in ruolo) **a decorrere dall'a.s. 2020/21**.**

II

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE CCNI MOBILITÀ 2019/2022 - EVIDENTE E MANIFESTA
DISPARITÀ DI TRATTAMENTO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 3 COSTITUZIONE -
NECESSARIA DISAPPLICAZIONE O.M. 106/21 NELLA PARTE IN CUI IMPONE IL VINCOLO



QUINQUENNALE AI NEO ASSUNTI A PARTIRE DALL'A.S. 2019/20 MA PARTECIPANTI ALLA
PROCEDURA CONCORSUALE BANDITA NEL 2018 E FINALIZZATA ALL'ASSUNZIONE PER L'A.S.
2018/19 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE BANDO EX DDG 85/2018.

La disciplina della mobilità scolastica è contenuta nel CCNI Mobilità sottoscritto nel 2019 valido per il triennio 2019/22.

Il corpo normativo, di matrice contrattuale, non contiene previsioni in ordine ad un obbligo di permanenza presso la sede di prima assunzione in capo al docente Fit neoassunto, né fornisce indicazioni in ordine alla durata del vincolo.

Simile previsione è prevista per altre ipotesi, come ad esempio l'obbligo di permanenza su posto di sostegno di cui all'art. 23 comma 7 del richiamato CCNI.

Ad oggi, pertanto, appare del tutto illegittima l'introduzione di un obbligo di permanenza istituito a mezzo di una ordinanza ministeriale successiva alla stipula del CCNI; ragion per cui non si ravvedono valide ragioni affinché il MI, a mezzo della Ordinanza Ministeriale 106/21, possa introdurre regole restrittive non previste, né prevedibili, in sede di contrattazione collettiva di settore.

Ma vi è di più!

Ancor più evidente si palesa la illegittimità della previsione del vincolo quinquennale laddove dello stesso venga fatta applicazione nei confronti di soggetti - i vincitori di concorso 2018 - **allorché non vi era, nel panorama legislativo - alcuna previsione di vincolo di permanenza.**

In altre parole, chi si è iscritto al concorso ex DDG 85/2018 ed è risultato idoneo e, dunque, inserito nelle relative graduatorie di merito, lo ha fatto sulla base di un bando (DDG 85/2018) che non prevedeva alcun vincolo quinquennale, poiché l'art. 13 Dlgs 59/17, nella sua **versione ante L. 145/2018, non prevedeva ancora tale vincolo per i neo assunti da procedura Fit.**

Di tal ché, in virtù del noto slittamento della pubblicazione delle graduatorie di merito per molte classi di concorso (ivi inclusa quella della ricorrente), questa si è vista applicare (ingiustamente) una regola restrittiva non prevista, né prevedibile, all'atto della partecipazione alle prove concorsuali, all'atto della pubblicazione delle graduatorie di merito, né nel momento della prevista assunzione in ruolo (a.s. 2018/19).



Allora, il diniego alla mobilità, fondato sulla sussistenza del vincolo quinquennale è, nel caso de *quo*, del tutto illegittimo, poiché fondato su regola introdotta soltanto in epoca successiva alla emissione del bando di cui al DDG 85/18, successiva alla partecipazione alla procedura concorsuale e finanche successiva alla dichiarazione di idoneità della ricorrente.

Del resto, il fenomeno discriminatorio appare ancor più nitido ove si pensi che gran parte degli appartenenti alle medesime graduatorie di merito non sono andati soggetti al vincolo poiché assunti nell'a.s. 2018/19.

Ragion per cui, la norma in questione (**Art. 13 D.Lgs 59/17**), nella parte in cui impone la permanenza per un quinquennio nella sede di prima assunzione, va necessariamente disapplicata nei confronti della ricorrente.

III

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 33 COMMA 5 L. 104/92

Come si è detto poc' anzi, la istante è stata penalizzata anche sotto un ulteriore aspetto.

Non solo le è stato imposto un vincolo quinquennale del tutto illegittimamente per le ragioni anzidette, ma, in aggiunta, non le è stato permesso di fruire della deroga al vincolo quinquennale – prevista in caso di applicabilità dei commi 5 e 6 dell'art. 33 L. 104/92 (nel suo caso si tratterebbe del comma 5) – pur a fronte di un figlio minore bisognoso di cure continuative ed affetto da patologia certificata anche ai sensi della Legge 104.

Infatti, il figlioletto della ricorrente, di nome Michele Boccuti e di appena 8 anni, presenta **disturbi dello spettro autistico** così come risulta dalla documentazione sanitaria che si deposita e necessita, a causa di tale severa patologia, di continuità assistenziale *'con la presenta continua dei fignitori, in specie della madre'* (doc. 6 – 7).

E allora, l'esame della documentazione medica allegata alla domanda di mobilità avrebbe dovuto condurre all'applicazione della ridetta deroga, con conseguente ammissione alle procedure di mobilità.

Questo il tenore dell'art. 13 Dlgs 59/2017, come modificato dalla Legge 145/18
".....omissis.....Il docente e' tenuto a rimanere nella predetta istituzione scolastica, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni, salvo che in caso di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente **a fatti**



sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso”.

Dunque, ciò che più si presta a censura è proprio la costruzione della norma di cui al richiamato art. 13 Dlgs 59/2017 che, nel dettare una deroga al divieto di movimentazioni nel quinquennio, parrebbe fare un utilizzo (vietato) dei principi di cui alla Legge 104/92 del tutto personalizzato e su misura, con ciò distorcendo le finalità costituzionali di una norma cardine nel sistema dell’assistenza e della solidarietà sociale, posta a tutela non solo e non tanto del soggetto lavoratore sano, ma, soprattutto, del soggetto lavoratore affetto da disabilità o del soggetto disabile legato al lavoratore da vincolo di parentela.

L’intero impianto normativo di cui alla legge 104 è improntato a finalità – diffuse e comuni ad ogni ordinamento moderno – di assistenza e solidarietà, mirato alla massima conciliazione del diritto alla salute ed all’assistenza sanitaria con il diritto al lavoro.

Di qui la mole di norme, tutte tese a valorizzare il rapporto tra disabilità e lavoro e tra lavoro e assistenza di familiari disabili.

E, probabilmente, la situazione della ricorrente, il rapporto madre/figlio disabile, rappresenta proprio la massima espressione dei principi e dei valori su richiamati.

Va poi evidenziato come l’impianto normativo abbia come oggetto principale di tutela proprio il soggetto disabile, sia esso lavoratore, sia esso parente di lavoratore.

Dunque, al centro vi è il soggetto affetto da disabilità e non tanto – o quanto meno non solo – il familiare che si trova a prestargli assistenza.

E allora, appare evidente come il legislatore, per tramite della norma novellata di cui al richiamato art. 13, abbia fatto un uso distorto, piegato ad esigenze ed interessi che, pur laddove riscontrabili (ma a nostro parere sono di difficile comprensione le finalità di tali contorti interventi normativi), non possono che cedere il passo ai principi ed ai valori cristallizzati nella legge 104/92.

In altre parole, il diritto ad essere assistiti da un familiare – nel caso di specie il diritto sancito dal comma 5 dell’art. 33 L. 104 – **non può essere a tempo**, non può essere **limitato a fatti sopravvenuti** (alla domanda di partecipazione al concorso!), **non può essere dosato dal datore di lavoro (MI) a proprio piacimento**,



poiché non è in ballo tanto (o solo) il diritto del lavoratore che presta l'assistenza al familiare, bensì **vi è in gioco il diritto sacrosanto ed innegabile del soggetto affetto da disabilità ad essere assistito nella quotidiana battaglia contro la malattia (e, quindi, il diritto alla continuità dell'assistenza!)**.

Il rango di **norma inderogabile**, allora, deve necessariamente condurre alla disapplicazione della norma istitutiva della deroga nella parte in cui limita la sua operatività **ai soli fatti sopravvenuti rispetto alla data dell'istanza di partecipazione alla procedura concorsuale.**

Come detto, la legge 104 fissa dei principi solidi in tema di disabilità, lavoro ed assistenza, dei quali non è permesso fare uso su misura, tanto più ove il **datore di lavoro** (in questo caso il MI), come meglio si dirà in appresso, **non adduce particolari esigenze organizzative/gestionali tali da legittimare la compressione di un diritto, quello ex art. 33 comma 5 L. 104/92, di rango primario, di respiro europeo e costituzionale.**

Allora, pur volendo ammettere la legittimità dell'applicazione del vincolo quinquennale alla posizione della ricorrente (legittimità del tutto discutibile come argomentato in precedenza), va senz'altro evidenziato l'ulteriore profilo di censura cui si presta la norma di cui all'art. 13 Dlgs 59/2017, laddove limita temporalmente (ed illegittimamente) ai soli fatti sopraggiunti la operatività della norma di cui al richiamato art. 33 comma 5.

A tal proposito, si portano in evidenza al Giudicante alcuni interventi giurisprudenziali in tema di mobilità e precedenze ex L. 104, nei quali la magistratura, pur intrattenendosi su questioni non proprio simili a quella che oggi ci occupa, ha sostanzialmente sancito la illegittimità (e la conseguente disapplicazione) delle regole di cui al CCNI mobilità, **laddove limitano e/o comprimono (in maniera del tutto irragionevole) il diritto di precedenza per chi assiste i familiari disabili.**

La casistica, tuttavia, appare pienamente assimilabile al caso *de quo*, in cui la limitazione e la compressione dei diritti sanciti dalla L. 104 promana da un atto normativo (l'ordinanza ministeriale mobilità 106/21 e/o l'art. 13D.Lgs 59/2017, comunque entrambi sottordinati alla L. 104) e non da una fonte di natura contrattuale (CCNI Mobilità).

In ambedue i casi, è evidente, vi è comunque un uso, applicazione e/o interpretazione distorta **di norme di rango primario ed imperative ed inderogabili** (quelle



contenute nella Legge 104 e, segnatamente, quelle di cui all'art. 33 commi 5 e 6), con la comune ed inevitabile conseguenza della disapplicazione della norma di legge incompatibile e/o rimozione/sostituzione della norma di matrice contrattuale (CCNI).

Nello specifico, il Tribunale di Palermo (Sent. del 3.6.2020 Sez. Lavoro) nell'esaminare il caso di una docente cui veniva negato, in sede di mobilità, il diritto alla preferenza per assistenza della suocera disabile ex L. 104/92, ha ricondotto entro i giusti ranghi la legge 104/92, sottolineando il valore di **norma primaria ed inderogabile**, che fissa importanti principi in tema di conciliazione tra esigenze di lavoro e diritto all'assistenza del parente disabile, con ciò escludendo la possibilità di apportare deroghe al regime stabilito da tale norma; in particolare, il Tribunale di Palermo ha ricordato altresì come *a latere* delle norme di cui alla Legge 104, vi è anche il testo unico scolastico che, all'art. 601 Dlgs 297/94 stabilisce che quanto disposto dagli artt. 21 e 33 L. 104 trova applicazione anche al personale del settore scolastico e che le preferenze ivi stabilite devono essere riconosciute all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità. L'interpretazione – prosegue il giudice palermitano – si giova di ripetuti interventi della Corte costituzionale con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali (Nel caso esaminato, il tribunale ha sancito il diritto di precedenza della ricorrente, legato all'assistenza della suocera disabile di cui era referente unica, con ciò sovvertendo le regole di cui al CCNI e all'O.M. successiva, ponendo pertanto in prima linea i principi dettati dalla L. 104 e disapplicando tutto quanto, CCNI e Ordinanza Ministeriale, in conflitto con gli stessi).

Ancora: il Tribunale di Catania – Sez. Lavoro Ord. 18176/20 del 26 maggio 2020 ha affermato la illegittimità (con conseguente rimozione) della clausola di CCNI – art. 13 - che, in materia di mobilità, nega la preferenza negli spostamenti interprovinciali al dipendente referente unico di genitore affetto da handicap grave.

Il giudice ha motivato anche in questo caso sulla base del rango primario della normativa di cui alla L. 104/92 e in base ai principi costituzionali ed internazionali a tutela del disabile, negando a fonti di rango inferiore la possibilità di modellare e modulare i *diktat* della legge 104.

Su medesima questione è altresì intervenuto il Tribunale di Parma – Sent. 54/2020, che nell'addivenire a medesime conclusioni ha ribadito che i principi di cui alla L. 104 – nello specifico quanto sancito dall'art. 33 comma 5 – non sono suscettibili di restrizioni di alcun



genere, ragion per cui vanno disapplicate le norme in contrasto; il tribunale parmense ha poi posto quale unico limite (richiamando Cass. 6150/19) al soddisfacimento dell'esigenza di cui all'art. 33 comma 5 le esigenze di carattere tecnico-organizzativo del datore di lavoro, la cui sussistenza effettiva va provata dal datore di lavoro.

E allora, appare oltremodo evidente come l'applicazione di un regime di deroga al vincolo quinquennale – **nei termini sanciti dall'art. 13 D.Lgs 59/2017** - sia del tutto illegittima, arbitraria e discriminatoria, **poiché comprime indebitamente la tutela del soggetto disabile affermata dalla L. 104 (legge di rango primario ed inderogabile) e pone in essere una evidente discriminazione tra soggetti disabili, veri ed unici destinatari del sistema di tutele approntato dalla L. 104.**

Oltretutto, appare evidente come la limitazione temporale introdotta dal richiamato art. 13 sia del tutto non giustificata da plausibili esigenze di carattere organizzativo-tecnico-produttivo, delle quali lo stesso MI non pare in grado di fornire evidenza.

GIURISPRUDENZA SPECIFICA.

Di recente sono stati emessi tre distinti provvedimenti cautelare - Tribunale di Palmi Decreto 2886-2020 del 21.04.20 - Tribunale di Verona Decreto 2335-2020 del 23.04.20 - Tribunale di Patti - Ordinanza del 27 maggio 2021, con i quali è stata disposta la partecipazione alle procedure di mobilità di docenti, partecipanti alla procedura concorsuale ex DDG N. 85/2018 ed neoimmessi in ruolo nell'a.s. 2019/20 (dunque sottoposti al vincolo), esclusi dalle procedure proprio in virtù del ridetto vincolo quinquennale.

In particolare, è proprio nel richiamato ultimo provvedimento che vengono espressamente sollevate perplessità sulla *ragionevolezza e sulla conformità ai principi costituzionali di uguaglianza e di tutela del diritto alla salute del disabile* l'aver limitato l'applicabilità della deroga al vincolo quinquennale alle sole ipotesi di *'fatti sopravvenuti'*.



Si tratta, infatti, di stabilire se l'esigenza di assicurare la cd *continuità didattica* (tale sembra essere la *ratio* sottesa alla previsione del vincolo nonché alla rilevanza attribuita ai soli 'fatti sopravvenuti') debba (come si ritiene!) o meno retrocedere rispetto alla esigenza, di sicura valenza costituzionale, di assicurare al disabile la continuità dell'assistenza (del resto, le stesse scelte operate di recente dal legislatore devono far propendere per la ridetta retrocessione; infatti, col cd. Decreto sostegno *bis* n. 73/2021, il ridetto vincolo quinquennale è stato ridotto a tre anni con decorrenza dall'a.s. 2022/2023).

Quanto finora argomentato vale a dimostrare l'assoluta illegittimità dell'operato dell'Amministrazione là dove ha ritenuto di annullare la domanda di mobilità della ricorrente sul presupposto dell'applicabilità, nei suoi confronti, del ridetto vincolo quinquennale e della non rilevanza della mallegata situazione di handicap grave in cui versa il figlio minore disabile siccome situazione antecedente alla presentazione della domanda di partecipazione al concorso.

Repetita iuvant!

Illegittimo, per quanto finora detto, è il vincolo quinquennale frapposto alla ricorrente (ed a quanti, come lei, sono stati immessi in ruolo nell'a.s. 2019/2020) ed, *a fortiori*, illegittima è risultata la non applicabilità alla stessa della deroga prevista in materia in relazione all'art. 33 comma 5 e 6 Legge 104/1992.

B)

Pertanto – per le finalità che si perseguono col presente ricorso (ossia, trasferimento della ricorrente nella provincia di Siena) - riconosciuto il predetto doppio profilo di illegittimità, dovrà essere riconosciuta VALENZA ASSOLUTA al ridetto titolo di precedenza allegato dalla ricorrente nella domanda di mobilità (illegittimamente annullata).

E valga il vero!



**NULLITÀ DELL'ART. 13 CCNI 06/03/2019 E DELLE NORME CONTRATTUALI CHE LIMITANO
L'OPERATIVITÀ DEL TITOLO DI PRECEDENZA DELL'ASSISTENZA AL FIGLIO DISABILE A
CIASCUNA DELLE TRE FASI DELLA MOBILITÀ; DIRITTO DELLA RICORRENTE AL
TRASFERIMENTO CON PRECEDENZA ASSOLUTA**

Esclusa l'applicabilità alla ricorrente del vincolo quinquennale e/o riconosciuta alla stessa la operatività della richiamata deroga e, quindi, la invocabilità del titolo di precedenza ex art. 33 comma 5 legge 104/1992, occorre che a tale titolo di precedenza venga riconosciuto valenza assoluta.

L'art. 33, III - V comma, legge 5.2.1992, n.104, come modificato dalla L. 53/2000, dispone che *"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 a patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti ... ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"*.

In conformità alla suindicata normativa, l'art. 601 decreto legislativo 16 aprile 1994, n.297 - rubricato il *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione* - prevede che: *"1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n.104 concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2 Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità."*.

Orbene, la ricorrente è in possesso di tutti i requisiti per usufruire della precedenza ex art. 33 comma 3 e 5 della L. 104/92, in quanto genitore di minore disabile (*doc. 6 - 7 - 10*) che necessità di assistenza continuativa e globale.

E però, il Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2021/2022 (così come accaduto anche per gli anni precedenti) ha previsto la possibilità per il docente genitore di disabile di usufruire della precedenza **all'interno di ciascuna fase delle operazioni di mobilità e non in via assoluta.**

L'art. 13 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA (sottoscritto in data 6 marzo 2019 per il triennio 2019/2021) prevede 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 1) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sotto elencata viene evidenziata l'operazione a cui si applica. In caso di parità di precedenza e di punteggio, prevale chi ha maggiore anzianità anagrafica".

Nello specifico, il **punto IV del citato art. 13** prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità per le ipotesi di **assistenza al figlio con disabilità**: "Nella I fase solo tra distretti dello stesso comune e nella II e III fase dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/1992, richiamato dall'art. 601 del D.lgs n. 297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile ...".

Ebbene, la norma pattizia prevede che la precedenza di cui al punto IV dell'art. 13 **NON opera come precedenza assoluta**, bensì solo all'interno di ciascuna delle tre fasi della mobilità, ossia quella intracomunale e provinciale prima e quella interprovinciale dopo, giacché l'art. 6 del CCNI sulla mobilità del personale della scuola prevede che si proceda **prima alla mobilità intracomunale e provinciale e poi, sui posti residui e vacanti, alla mobilità interprovinciale** secondo l'ordine di priorità di cui all'allegato I del CCNI.

Per completezza espositiva occorre aggiungere un altro elemento alla fattispecie che ci occupa: sempre il CCNI sulla mobilità sottoscritto il 6 marzo 2019 all'art. 8 prevede che una percentuale di posti disponibili per le operazioni di mobilità sia riservata nel modo che segue:

a) Per le immissioni in ruolo autorizzate per l'anno scolastico viene accantonato il 50% delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali.

b) **Sul restante 50%** (residuato dopo i trasferimenti intracomunali e provinciali), per l'a.s. 2020/2021 **solo il 30% è destinato alla mobilità interprovinciale**.

c) La mobilità professionale del personale docente si realizza nel limite del 20% delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali.

In conclusione, la norma pattizia pone una ulteriore condizione: solo il 30% dei posti disponibili al termine della fase della mobilità intracomunale e provinciale (che precedono quella interprovinciale) possono essere assegnati alla mobilità interprovinciale.

E' evidente che il CCNI sulla mobilità, limitando la operatività della precedenza per assistenza al figlio disabile (con le precisazioni innanzi articolate!) e quindi la priorità della scelta della sede alle singole fasi e con un limite significativo di posti disponibili al termine della fase della



mobilità provinciale, opera una ingiustificata e discriminatoria disparità di

trattamento: le citate norme pattizie operano una surrettizia deroga ai principi ed al dettato della L.104/92, escludendo, ILLEGITTIMAMENTE, l'operatività della precedenza in parola in termini assoluti.

Tali norme del CCNI sono nulle per contrarietà a norme imperative.

In proposito, va preliminarmente precisato che non trova applicazione, nel caso di specie, l'art. 2, terzo comma, del D.Lgs. 165/2001 - sulla derogabilità delle norme di legge in forza di successivi contratti o accordi collettivi - poiché la norma di fonte primaria (art. 33 legge 104/92) non riguarda soltanto i dipendenti delle pubbliche amministrazioni il cui rapporto di lavoro è regolato contrattualmente, ma si riferisce anche ai lavoratori del settore privato.

Come evidenziato dalla **Cass. Sez. Un. 27.3.2008 n. 7945**, *"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 di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti"*.

Il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, 5° co. l. 104/1992 è diretto a tutelare rende evidente che la norma in questione costituisce una **norma imperativa**, la cui VIOLAZIONE E/O LIMITAZIONE DA PARTE DI DISPOSIZIONI CONTRATTUALI COMPORTA LA NULLITÀ DI QUESTE ULTIME AI SENSI DELL'ART. 1418, 1° CO. C.C.

Pertanto, devono considerarsi illegittime le norme pattizie che limitano la operatività di tale titolo di precedenza alle singole fasi della mobilità, dovendo, di contro, essere riconosciuto allo stesso valore assoluto (analogamente a quanto viene oramai reiteratamente statuito dalla giurisprudenza per la precedenza ex art. 21 legge 104/1992 nonché per la precedenza per assistenza a genitore disabile).

Più precisamente, le norme del CCNI sottoscritto 6 marzo 2019 nella parte in cui dispongono diverse priorità, prevedendo un sistema di preferenze sostanzialmente elusivo dei ridetti principi, **in modo da non dare precedenza assoluta ai genitori di disabili** devono ritenersi nulle per contrarietà a norma imperativa.

In sostanza, il contratto collettivo integrativo, limitando e graduando, irragionevolmente, il diritto assoluto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le ipotesi di **genitori di disabili**, sacrifica



in maniera illegittima, di fronte alle esigenze organizzative del settore scolastico, diritti ed interessi di valenza costituzionale.

Nel caso a mano, dunque, l'operato della resistente amministrazione va esaminato **(oltre che per la intrinseca illegittimità concretatasi nel NON aver validato la domanda della ricorrente, anche)** attraverso il meccanismo contrattuale che esorbitando dalla linea tracciata dalla legge ed in particolare dall'art. 601 richiamato, "*costringe*" il diritto invocato in fasi delineate in sequenza successive.

Infatti, l'art. 6 del CCNI sottoscritto in data 6 marzo 2019 prevede tre fasi (**intracomunale, provinciale ed, infine, interprovinciale**): **i trasferimenti intracomunali e provinciali precedono (ed hanno preceduto) quelli interprovinciali; di conseguenza, le domande all'interno della provincia vengono soddisfatte (e sono state soddisfatte) prima di quelle interprovinciali, anche con punteggio inferiore rispetto a chi, come la ricorrente, ha presentato domanda da fuori provincia.**

Tale impianto contrattuale relega i trasferimenti della fase interprovinciale in coda ai precedenti: così operando la precedenza per assistenza a figlio disabile (così come avviene per le altre precedenze ex legge 104/1992) viene sostanzialmente azzerata in favore di diversi movimenti di personale che egual precedenza non può vantare, ma che ha la fortuna di partecipare ad un'antecedente 'fase' di movimento. I trasferimenti provinciali che precedono quelli interprovinciali provocano, perciò, l'aberrante conseguenza che i genitori di disabili provenienti da altra provincia, **titolari di un diritto di precedenza e magari con maggior punteggio**, non ottengono la sede richiesta per i trasferimenti. Oltre, dunque, alla già illegittima distribuzione in fasi distinte, in tal modo, di fatto, solo ai docenti che chiedono la mobilità intracomunale e provinciale viene assicurata la scelta sui posti disponibili dell'ambito comunale/provinciale.

I docenti provenienti da altra provincia, **concorrendo nella sede provinciale di prima scelta in via subordinata rispetto ai primi**, indipendentemente dal punteggio posseduto ai fini della mobilità e, cosa ancor più grave, con mortificazione della propria precedenza per assistenza a figlio disabile risultano (e sono risultati!) gravemente danneggiati nei loro fondamentali diritti.

Infatti, solo ai docenti che partecipano (e che di fatto hanno partecipato) alla mobilità intracomunale/provinciale viene garantita (e di fatto è stata garantita) la sede nella provincia, in pregiudizio dei docenti che, provenendo da altra provincia, intendono (ed hanno inteso) scegliere (come



ha fatto l'odierno ricorrente) la sede definitiva in quella provincia in base al punteggio posseduto ed al sacrosanto diritto di precedenza.

Tale disparità di trattamento è ancora più grave ove si consideri che la diversità di punteggio è un criterio meritocratico che comporta, quali indicatori, l'esperienza del servizio pre-ruolo ed in ruolo (anzianità professionale), le esigenze di famiglia, i titoli generali e, da ultimo ma non per ultimo, le precedenze.

Ben è potuto accadere, dunque, come effettivamente è accaduto, che docenti aventi meno titoli della ricorrente hanno ottenuto la sede richiesta nella Provincia di Siena a scapito della ricorrente medesima.

Risulta documentalmente provato che, rispetto all'organico di diritto relativo alla mobilità 2021/2022, vi era la disponibilità sulla CI AD24 nella Scuola Secondaria di II Grado della provincia di Siena, ai quali la ricorrente avrebbe potuto legittimamente aspirare ove, le fosse stata validata la domanda e le fosse stata riconosciuta la **precedenza assoluta** reclamata (doc. 14)

In particolare, taluno dei posti vacanti e disponibili per i trasferimenti sulla classe di concorso AD24 **è stato assegnato** a docente privo di qualsivoglia precedenza (doc. 14); **posti sui quali, perciò, avrebbe potuto concorrere legittimamente la odierna istante ove non avesse operato la illegittima preclusione del vincolo quinquennale e, conseguentemente, quello della graduazione di cui all'art. 13 punto IV CCNI mobilità**

SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI PER LA CONCESSIONE DEL CHIESTO PROVVEDIMENTO

D'URGENZA:

IL FUMUS BONI IURIS ED IL PERICULUM IN MORA

A)

Alla luce di quanto sopra argomentato, la ricorrente si vede costretta a proporre il presente ricorso con istanza cautelare sussistendo indubitabilmente i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Quanto al **fumus boni iuris** è *ictu oculi* eclatantemente sussistente, in virtù dei suarticolati motivi, di per sé sufficienti a fondare il convincimento di questo Giudice sulla sicura e inequivocabile e determinante fondatezza, nel merito, delle istanze avanzate.

Infatti, quanto argomentato vale di per sé a dimostrare ampiamente la sussistenza di un elevato grado di probabilità (*rectius*: certezza!) che il ricorso sia accolto nella successiva fase di merito, nella quale verrà chiesto - previa disapplicazione delle norme, anche contrattuali, richiamate nel presente atto, nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi nella parte in cui non riconoscono il diritto della ricorrente a partecipare alla mobilità



interprovinciale a.s. 2021/2022 (nonché, il diritto assoluto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali al docente che assiste il figlio disabile) – la conferma dell’adottando provvedimento cautelare.

Insomma, il *fumus* è in *re ipsa*, essendo senz’altro ravvisabile nei motivi innanzi espressi e che rendono il ricorso ammissibile e fondato nel merito: la ricorrente ha diritto a partecipare alla mobilità interprovinciale per l’a.s. 2021/2022 e, quindi, ad essere trasferita nel Comune di Siena e/o Comuni vicini e/o comunque nella Provincia di Siena, in una delle sedi prioritariamente indicate nella domanda di mobilità per l’a.s. **2021/2022** e compatibile con le necessità di assistenza al figlioletto disabile, dovendo essere disapplicate le ridette norme che prevedono il ridotto vincolo quinquennale, quelle che limitano la deroga all’applicabilità di tale vincolo nonché quelle del CCNI che escludono la operatività in via assoluta della precedenza per assistenza a figlio disabile grave.

La innegabile ed incontestabile fondatezza, nel merito, della proposta domanda non è in alcun modo intaccabile neppure dalla eventuale allegazione dell’Amministrazione intimata circa la eventuale situazione di esubero della classe di concorso AD24 per la provincia di Siena (ma che di fatto non sussiste – cfr. infra doc. 14).

Sul punto, vale innanzitutto evidenziare che in fattispecie simili a quella oggetto del presente giudizio, la giurisprudenza di merito (cfr. allegate pronunce della Corte di Appello di Torino e del Tribunale di La Spezia – *infra* doc. 15) ha riconosciuto il diritto del docente/ricorrente ad essere trasferito con la precedenza di cui all’art. 33 comma 5 legge 104/1992 nella Provincia ove risiede il familiare disabile ***‘anche in soprannumero’***: *“la ricorrente non rivendica una determinata sede di servizio, ma un ambito territoriale, e per questo motivo può essere assegnata anche in soprannumero”* (Tribunale di Cosenza – Sez. Lavoro, Ordinanza cron. 11648 del 29/07/2020, dott.ssa S. Ferrentino; Tribunale di Castrovillari – Sez. lavoro, Ordinanza cron. 9164 del 15/07/2020, dott. F. Santoro; Tribunale di Cosenza – Sez. lavoro, Ordinanza cron. 15066/2019 e cron. 15063/2019 del 04/09/2019, Dott. V. Lo Feudo; *idem* in tutte le altre Ordinanza del Tribunale di Cosenza – cfr. doc. 17_a).

La *ratio* della decisione è ineccepibile ed in linea con la **interpretazione restrittiva** oramai fornita dalla Suprema Corte dell’inciso *‘ove possibile’* di cui all’art. 33 legge 104/1992



(Cassazione, Sez. Lavoro, n. 25379/2016; n. 9201/2012, che richiamano l'art. 3, secondo comma, Cost., l'art. 26 della Carta di Nizza e la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2016 sui diritti dei disabili): all'eventuale trasferimento **'in sovrannumero'** non ostante supposte ragioni tecniche, produttive ed organizzative né si profila, come potrebbe far credere controparte, un *danno per l'interesse della collettività*, considerato che alla eventuale mancanza di posto in organico di diritto si *'rimedia'* – **SISTEMATICAMENTE** – con l'attribuzione di uno dei **TANTI** posti in organico di fatto **in fase di utilizzazione/assegnazione provvisoria**.

Insomma, la eventuale situazione di sovrannumerarietà (che, comunque, nella fattispecie in trattazione non sussiste) NON vale a concretare un impedimento di natura economica, produttiva o organizzativa tale da generare *'un danno per la collettività'*: i docenti eventualmente in sovrannumero vengono giustappunto *'assorbiti'* sull'organico di fatto **in fase di utilizzazione**.

B)

Concorre, altresì, il requisito del *periculum in mora* posto che in conseguenza dei trasferimenti di cui alle domande di mobilità per l'a.s. 2021/2022 alla ricorrente NON è stato consentito di presentare la relativa domanda e, quindi, di usufruire del diritto assoluto alla precedenza (**nonostante la disponibilità, anche per l'a.s. 2021/2022, di posti sulla classe di concorso AD24 nella scuola secondaria di II nella provincia di Siena**); sicché, persistendo tale situazione, essa ricorrente sarebbe costretta a prendere servizio, a partire dal 01/09/2021, presso la sede di titolarità distante chilometri dal Comune/Provincia ove ridiede col figlioletto disabile.

E' evidente, perciò, la necessità **ANCHE** di una **tutela cautelare immediata** che possa paralizzare i gravi ed irreparabili danni che la ricorrente potrebbe subire dal mancato trasferimento e che sono insuscettibili di risarcimento per equivalente.

Repetita iuvant!

La prof.ssa Balybina, in **in assegnazione provvisoria fino al 31 agosto 2021** presso l'IIS 'Roncalli' in Poggibonsi (per n. 15 ore) con completamento (per n. 3 ore) presso l'IIS "Ricasoli" in Siena, dovrà prendere servizio già dal 1 settembre 2021 presso la sede di titolarità a **Portoferraio**, sull'Isola d'Elba (*doc. 9*), **notevolmente distante** dal luogo di residenza e raggiungibile con oltre 4 ore di viaggio.

Il trasferimento nella sede richiesta (in uno dei comuni vicini a quello di residenza o in altra sede della provincia di Siena, pure indicata nella domanda), consentirebbe alla ricorrente un avvicinamento



idoneo alle imprescindibili necessità di assistenza al figlioletto (il quale *'presenta un disturbo dello spettro autistico e necessità di continuità riabilitativa con la presenza costante dei genitori, in specie della madre'* - cfr. doc. 7)

Di contro, un allontanamento dal nucleo familiare, con tutte le difficoltà, anche economiche, di reperire un alloggio ed organizzare la permanenza in una nuova città, comporterebbe un danno grave ed irreparabile per la ricorrente ed il suo nucleo familiare, non risarcibile per equivalente: *"il requisito dell'imminenza deve essere apprezzato non soltanto in termini meramente cronologici, ma con riferimento a fatti o circostanze che siano in grado di far ritenere esistenti i presupposti dell'iter di formazione e di produzione del pregiudizio stesso"* (Tribunale di Benevento, ord. del 22.8.2017; nello stesso senso Trib. di Roma, ord. 797/2012; Trib. Agrigento, ord. 28.3.2001; Trib. Tivoli 4.2.2016; Tribunale di Benevento, ordinanza n.4232/2011; Trib. S. Maria C.V., sentenza 2299/2010 ; Tribunale di Frosinone, ordinanza n. 12076 del 17.12.2015).

La prof.ssa Bslybina, dopo essere rimasta a Siena in utilizzazione per l'intero anno scolastico 2020/2021, per riprendere servizio nella sede di titolarità (Portoferraio) dovrebbe affrontare notevoli sacrifici, esponendo a gravi disagi il figlioletto; sarebbe costretta a vivere a notevole distanza dal figlio minore, il quale subirebbe, con l'inizio del nuovo anno scolastico, una dannifera interruzione dell'assistenza ed accudimento giornalmente garantiti dalla madre e costituzionalmente rilevante (cfr. Certificato del Dott. Jousef Hayek del 18/06/2020 ove viene evidenziata la necessità, per il piccolo Michele, **della presenza costante dei familiari 'in specie della madre'**):

- *"Il particolare rilievo dei valori, anche costituzionali, sottesi all'assistenza a persone disabili, in uno con l'approssimarsi del nuovo anno scolastico, sono circostanza che consentono di poter affermare che solo un provvedimento urgente può scongiurare il determinarsi di un danno imminente, grave ed irreparabile"* - cfr. **Tribunale Di Roma, I Sez. Lavoro, Ordinanza del 28/02/2019; idem Tribunale di Messina, Ordinanza 62/2017 del 31/08/2017; idem Tribunale di Messina, ordinanza 24/2017 del 07/08/2017**);
- ed ancora: *"In via di premessa, si ricorda come la irreparabilità del pregiudizio astrattamente tutelabile nelle forme di cui all'articolo 700 c.p.c. vada intesa come ragionevole pericolo del determinarsi di una lesione ad un proprio diritto non altrimenti risarcibile se non con lo specifico provvedimento richiesto cautelamente, non*



sussistendo, per contro, un pregiudizio irreparabile laddove siano in discussione solamente aspetti di carattere prettamente economico e, inoltre, come il presupposto del *periculum in mora vada sempre ricercato e verificato in concreto, non potendosi certo ritenere sussistente in re ipsa*. Nel caso di specie, è stato dedotto e provato un concreto pericolo di danno imminente, grave, irreparabile e non tutelabile per equivalente ad un diritto della PRASTARO, peraltro presidiato anche a livello costituzionale: il diritto della medesima a prendersi cura del padre anziano. La ricorrente, infatti, ha documentato lo status di disabile grave permanente del padre Prastaro Giuseppe ai sensi dell'art. 3 comma 3 L. 104/92 (prod. 2), del quale la stessa assume la qualifica di "Unica Referente": dal momento che il disabile risiede a Galatone, in provincia di Lecce, è evidente come la permanenza (illegittima) della docente in una sede ad oltre 1200 chilometri di distanza comporti un grave pregiudizio al diritto della stessa di prestarvi assistenza e, al tempo stesso, al diritto alla salute ed all'integrità psico fisica del malato" (**Tribunale di Imperia, Ordinanza del 02/11/2018 - RG 863/2017**).

La notevole distanza fra la provincia di Siena (luogo di residenza della ricorrente e del figlio) e l'Isola d'Elba rappresenta un fattore obiettivamente in grado di limitare in senso peggiorativo il livello di assistenza cui il familiare disabile ha diritto (**Tribunale di Cagliari, ordinanza 12060/2017 del 07/09/2017**):

- 'E' indubbio che l'espletamento dell'attività didattica in un istituto scolastico lontano dalla residenza del disabile, impedisce alla ricorrente di prestare assistenza con carattere di continuità. Deve pertanto ritenersi che il mancato riconoscimento della precedenza determina il pericolo concreto che si verifichi un pregiudizio imminente e irreparabile di beni di rilevanza costituzionale qual è il diritto alla salute del (familiare - ndr) in situazione di handicap grave' (**Tribunale di Cosenza, ordinanza del 27/07/2018 - Dott.ssa S. Ferrentino; idem Tribunale di Palermo, Ordinanza del 09/10/2019**).
- "Il *periculum* è ravvisabile, ove si consideri che il (ricorrente) è figlio che assiste in via esclusiva la madre disabile...e in relazione ai bisogni di cura ed accudimento anche di quest'ultima, lo spostamento in sede lontana dalla propria residenza esporrebbe a pregiudizio grave ed irreparabile alla propria vita personale e familiare, con totale e assoluta inconciliabilità tra le esigenze di vita, gli obblighi e le esigenze genitoriali e la sede indicata nel provvedimento impugnato. Invero, nel tempo necessario per la



instaurazione e la definizione del giudizio di merito, avendo il ricorrente preso servizio nell'Ambito Territoriale del Lazio, il diritto del genitore disabile del sig. Franci risulta inammissibilmente violato, posto che il ricorrente ha documentato di essere l'unico figlio"(**Tribunale di Latina, Sez. Lavoro, Ordinanza cron. 4852/2018 del 04/04/2018 RG 3425/2017**).

Deve ulteriormente osservarsi che il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario potrebbe frustrare le aspettative della ricorrente a ottenere una tutela effettiva all'esito del giudizio, in quanto, nelle more dello stesso, l'Amministrazione potrebbe destinare altri dipendenti al posto in astratto spettantele, quali ad esempio i posti disponibili nell'ambito territoriale del comune di residenza, frustando così il diritto ad essere preferita, o quantomeno a essere posta in comparazione nella destinazione presso tali sedi (**Tribunale di Roma, Sez. III Lavoro, Ordinanza cron. 84594/2019 del 02/09/2019 - n. 27357/2018 RG; Tribunale di Brindisi, Sez. lavoro, ordinanza 16314/2017 del 20/09/2017**); a ciò si aggiunga che i posti disponibili per i trasferimenti variano da un anno scolastico all'altro, subendo - causa anche le nuove immissioni in ruolo - una drastica riduzione (così come è accaduto per l'a.s. 2021/2022 rispetto all'a.s. 2020/2021), riducendosi, conseguentemente, la possibilità di ottenere il trasferimento per assistenza al familiare disabile (onde la urgenza del sollecitato provvedimento, posto che i tempi del giudizio ordinario sicuramente si protrarrebbero - deleteriamente ed irrimediabilmente - oltre le operazioni di mobilità del prossimo anno scolastico 2021/2022).

Pertanto, è di tutta evidenza, nel caso di specie, la sussistenza del *periculum in mora* e l'urgenza della concessione del chiesto provvedimento cautelare.

Tanto premesso, la ricorrente, come sopra rappresentata, difesa

Chiede

che questo Giudice fissi con decreto l'udienza di comparizione delle parti - **prioritariamente per la decisione sulla istanza cautelare** - affinché, respinta ogni avversa deduzione, difesa ed eccezione, accolga le seguenti

CONCLUSIONI

I

IN VIA CAUTELARE ED URGENTE

Accertata e riconosciuta la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 700 cpc, accogliere il presente ricorso e per l'effetto:



ritenere e dichiarare:

- la illegittimità dell'annullamento/omessa validazione da parte dell'amministrazione resistente della domanda di mobilità presentata dalla ricorrente per l'a.s. 2021/2022;
- la non applicabilità alla odierna ricorrente del vincolo quinquennale di cui all'art. 13 Dlgs 59/2017, come modificato dalla Legge 145/18 e richiamato dalla ordinanza ministeriale n. 106/2021 e/o la operatività della deroga al predetto vincolo prevista dalle medesime norme con riferimento all'art. 33 comma 5 e 6 Legge 104/1992; conseguentemente,
- la illegittimità, con disapplicazione, delle norme del CCNI sulla mobilità richiamate nel presente atto, nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi (fra cui OM n. 106 del 29 marzo 2021 per quanto necessario), nella parte in cui non riconoscono il **diritto alla precedenza, in termini assoluti, nei trasferimenti interprovinciali**, al docente che assiste il figlio disabile; **conseguentemente:**

ritenere e dichiarare

- la sussistenza del diritto della ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2021/2022 nonché il diritto **alla precedenza assoluta ex art. 13 punto IV CCNI mobilità (siccome genitore di figlio disabile)** nelle operazioni di mobilità territoriale (interprovinciale) per l'assegnazione della sede di titolarità definitiva e, quindi, il diritto ad essere trasferita con precedenza assoluta - **a partire dall'anno scolastico 2021/2022** - presso una delle Istituzioni scolastiche del Comune di Siena o comuni vicini indicati in domanda e/o Provincia di Siena (**ove risiede col figlio al quale presta assistenza continuativa**);



- per l'effetto - previa sospensione e/o disapplicazione e/o annullamento di ogni contrario provvedimento (in particolare, i bollettini dei trasferimenti Scuola secondaria di II grado degli Ambiti Territoriali di Livorno e di Siena, nella parte in cui non includono il nominativo della ricorrente nei movimenti in uscita, quanto all'ambito Territoriale di Livorno, e nei movimenti in entrata, quanto all'ambito Territoriali della Provincia di Siena) - ordinare all'Amministrazione resistente di provvedere ad assegnare e/o trasferire, **ora per allora**, la prof.ssa BALYBINA Marina, **immediatamente ed in via d'urgenza, con decorrenza 01/09/2021, ed eventualmente anche in soprannumero** - in una delle Istituzioni scolastiche e/o Comuni indicati nella istanza di mobilità e secondo l'ordine di preferenza nella stessa riportato e, quindi, in una delle Istituzioni scolastiche del Comune di Siena o comuni vicini o Provincia di Siena come da relativa domanda di mobilità tempestivamente presentata per l'anno scolastico 2021/2022 ed illegittimamente annullata.
- **IN OGNI CASO (TENUTO CONTO, IN OGNI CASO, DEL CONTENUTO SOSTANZIALE DELLA PRETESA, DESUMIBILE DALLA SITUAZIONE DEDOTTA, E DEL PROVVEDIMENTO RICHIESTO IN CONCRETO)** adottare tutti quei provvedimenti che - in applicazione dei principi richiamati nel presente ricorso - verranno ritenuti idonei per la tutela anticipatoria e conservativa della ricorrente, con le conseguenziali statuizioni ordinatorie nei confronti dell'Amministrazione intimata.
- **Vittoria di spese e compensi professionali di causa della fase cautelare**

In via istruttoria si chiede:

- che sia fatto carico all'Amministrazione intimata, ove non si provveda, di produrre in giudizio tutta la documentazione inerente la presente controversia;
- **che, ove ritenuto necessario, venga sentito come informatore il sig. Boccuti Antonio, nato il 20/11/1975, sulle circostanze di fatto di cui al presente ricorso.**

II

NEL MERITO

Prevvia conferma del provvedimento cautelare di accoglimento, così come richiesto; previo espletamento e/o accertamento di rito e di merito; previo accertamento della illegittimità dell'operato dell'Amministrazione resistente (là dove ha omesso di validare la domanda di mobilità della ricorrente)



e, quindi, della illegittimità del vincolo quinquennale, richiamato nel presente atto, opposto alla ricorrente nonché della non applicabilità della richiamata deroga al predetto vincolo quinquennale (in relazione alla norma dell'art. 33 comma 5 Legge 104/1992); previo accertamento della illegittimità, per le ragioni articolate, delle norme del CCNI sulla mobilità **per l'a.s. 2021/2022** richiamate nel presente atto (nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi), con conseguente disapplicazione; previo riconoscimento in capo alla ricorrente del diritto a partecipare alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2021/2022 nonché il diritto alla precedenza ex art. 13 punto IV CCNI mobilità **in via assoluta** (e, quindi, della illegittimità del mancato riconoscimento del diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'anno scolastico 2021/2022), **ordinare e/o dichiarare tenuta** l'Amministrazione resistente a provvedere ad assegnare/trasferire la prof.ssa BASLYBINA Marina, **ora per allora ed in via definitiva**, con decorrenza dal 01/09/2021 (**eventualmente anche in soprannumero**) - in una delle Istituzioni scolastiche e/o Comuni (e/o Provincia di Siena) per come indicati nella domanda di mobilità e secondo l'ordine di preferenza nella stessa riportato e, quindi, in una delle Istituzioni scolastiche del Comune di Siena e/o Comuni vicini e/o Provincia di Siena come da relativa domanda di mobilità presentata nei termini.

In via istruttoria, si chiede che il Giudice ordini all'amministrazione di produrre tutta la documentazione relativa alla odierna ricorrente.

Si allegano, per la fase cautelare e di merito, i seguenti documenti:

- 1) Domanda di partecipazione al concorso di cui al DDG n. 85/2018;
- 2) Contratto di lavoro a tempo indeterminato;
- 3) Domanda di mobilità a.s. 2020/2021;
- 4) Domanda di assegnazione provvisoria a.s. 2020/2021;ù
- 5) **DOMANDA DI MOBILITA' 2021/2022 con relativi allegati;**
- 6) **Verbale Inps riconoscimento handicap grave del figlio minore ricorrente**
- 7) Documentazione sanitaria del minore;
- 8) Decreto prot- 1515 del 14/05/2021 (Annullamento domanda di mobilità);
- 9) Sede di assegnazione provvisoria a.s. 2020/2021;
- 10) Stato di famiglia della ricorrente;
- 11) CCNI sottoscritto in data 6 marzo 2019 per triennio 2019/2021;
- 12) O.M. n. 106 del 29/03/2021;



- 13) Decreto direttoriale n. 85/2018;
- 14) AT di Siena_Bollettino movimenti secondaria II grado a.s. 2021/2022;
- 15) Precedenti giurisprudenziali;

Si dichiara che il presente procedimento, di valore indeterminato, va esente dal pagamento del contributo unificato giusta autocertificazione della ricorrente che si allega.

Acri (CS), 12 luglio 2021

Avv. SERGIO ALGIERI

