

Tribunale di Barcellona P.G. – Sezione Lavoro

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

RICORRENTE: MIANO Nina, (nata a Barcellona P.G. (ME) il 23.12.1977 ed ivi residente in via Vico VI Medici n. 9, Codice fiscale: MNI NNI 77T63 A638X, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Chiara Isgrò (C.F.: SGRMCH79H66G377V - PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it - FAX: 090.938.52.32) elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio presso l'indirizzo PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it, in virtù di mandato redatto su foglio separato allegato al presente atto.

CONTRO

RESISTENTI: 1) MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA nella persona del Ministro *pro-tempore*, **2) UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA LOMBARDIA** in persona del Direttore *pro tempore*, **3) AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MILANO**, in persona del Direttore *pro tempore* **4) UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA** in persona del Direttore *pro tempore*, **5) AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MESSINA**, in persona del Direttore *pro-tempore*; tutti domiciliati *ex lege*, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina con sede in Via dei Mille Is. 221 n. 65.

e nei confronti

di tutti i docenti che hanno partecipato alla procedura di mobilità territoriale per l'a.s. 2019/2020 ed inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale di ruolo della scuola primaria anno scolastico 2019/2020 e che, pertanto, sarebbero pregiudicati per effetto dell'accoglimento del presente ricorso.

FATTO

La ricorrente è una docente di scuola primaria (classe di concorso posto comune) assunta nell'anno scolastico 2015/2016 con contratto di lavoro a tempo indeterminato presso l'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia nell'Ambito Territoriale della Provincia di Milano, titolare presso l'Istituto Comprensivo "Copernico" di Milano;

Per il corrente anno scolastico 2019-2020, la ricorrente ha ottenuto l'assegnazione provvisoria presso l'Istituto "I.C. 1 Lipari" sede di Stromboli, giusto stralcio (della graduatoria utilizzazione /assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2019-2020), con termine fino al 31.8.2020 (**Doc.1**).



La stessa docente convive in Barcellona P.G. (ME) con la mamma Sig.ra Valenti Carmela (**Doc. 2– certificato di stato di famiglia**), persona che assiste, alla quale è stato riconosciuto lo stato di handicap in situazione di gravità, ai sensi **dell’art. 3, comma 3**, della legge 104/1992, **non revisionabile** perché affetta da “*diabete mellito classe 3°, cardiopatia ipertensiva 2-3° classe NYA. Artrite reumatoide a marcata incidenza*” (**Doc. 3 – si allega verbale sanitario ASP di Messina**).

Detto grave stato di handicap, costringe la docente Miano che è unico familiare convivente a prestare continue cure ed assistenza alla madre disabile.

A ciò si aggiunga che il coniuge del disabile Sig. Miano Giuseppe è persona ultra settantacinquenne con invalidità pari al 100% ed anch’esso portatore di handicap ai sensi dell’art. 3 comma 1 e 3 L. 104/92 (si allega verbale **Doc.4**), essendo gli altri familiari Sig.ra Miano Masina, Miano Antonia e Miano Anna impossibilitate a prestare assistenza per motivi oggettivi così come documentato in domanda di mobilità (cfr. Doc. 7A).

Ne deriva che la ricorrente è l’unica figlia domiciliata e convivente, con meno di 65 anni di età, in grado di prestare assistenza alla povera madre.

A causa di tale grave situazione familiare, la docente Miano ha chiesto il trasferimento (si allega domanda **Doc.5** e lettera notifica Miur, da cui risulta l’attribuzione di 58 punti come punteggio base, 4 punti come punteggio figli e 6 punti come punteggio aggiuntivo per il comune di ricongiungimento, per un totale complessivo di 68 punti - **Doc.6**) -- ai sensi dell’OM n. 203/2019 e del CCNI sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA relativo al triennio 2019-2020, 2020-2021 e 2021-2022 del 06.3.2019 -- nel comune di Barcellona P.G.(ME) (comune di residenza del disabile), indicando come preferenze le seguenti scuole nell’ordine qui di seguito indicato:

- 1) Comune A068 Provincia Messina, Dizione Barcellona P.G.;
- 2) Distretto 037 Provincia Messina Dizione Distretto 037;
- 3) Distretto 038 Provincia Messina Dizione Distretto 038;
- 4) Scuola MECT70300C Provincia Messina Dizione CPIA Messina P.e. Patti;
- 5) Distretto 033 Provincia Messina Dizione Distretto 033 ect.ect....

Tuttavia -- stante l’impossibilità di chiedere di beneficiare di detta precedenza imposta dal sistema informativo (!!) – la ricorrente allegava alla propria domanda di trasferimento on line documentazione comprovante il proprio di diritto (**Doc.7 e Doc. 7A**).



A seguito della pubblicazione dei movimenti, la docente non ha ottenuto il trasferimento (si allega e mail di mancato trasferimento **Doc.8**) e ciò nonostante la disponibilità dei posti nelle sedi scolastiche scelte dalla docente in domanda.

Nello specifico, dall'analisi del prospetto della disponibilità dei posti prima dei trasferimenti, pubblicato sul sito dell'ATP di Messina in data 04.06.2019 (**Doc. 9**) e confermati dal prospetto di disponibilità dopo i trasferimenti pubblicato il 17.7.2019 (**Doc.10**) risulta che:

- presso la scuola Fraz. S. Antonino (Barcellona P.G.) codice MEEE82503L, vi è la disponibilità di n. 1 posto;
- presso la scuola Destra Longano (Barcellona P.G.), codice MEEE827016, vi è la disponibilità di n. 4 posti;
- presso la scuola Capuana (Barcellona P.G.) codice MEEE88102X, vi è la disponibilità di n. 8 posti;
- presso la scuola Militi (Barcellona P.G.), codice MEEE898018, vi è la disponibilità di n. 2 posti;
- presso la scuola Via II Salita del Carmine (Barcellona P.G.), codice MEEE899014, vi è la disponibilità di n. 2 posti;
- presso la scuola Tono (Milazzo), codice MEEE88301E, vi è la disponibilità di n. 2 posti confermati anche successivamente ai trasferimenti;
- presso la scuola S. Filippo del Mela Centro (S. Filippo del Mela), codice MEEE85201V, vi è la disponibilità di n. 1 posto e successivamente ai trasferimenti di n. 3 posti;
- presso la scuola S. Lucia dl Mela (s. Lucia del Mela), codice MEEE85501A, vi è la disponibilità di n. 2 posti;

DIRITTO

Nullità, ai sensi dell'artt. 1418 e 1419 del codice civile, dell'art. 13 del CCNI del 06.3.2019 sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA ATA relativo al triennio 2019-2020, 2020-2021 e 2021-2022 del 06.3.2019 per violazione dell'art. 33, commi 3 e 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e dell'art. 601 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297. Violazione degli artt. 4 e 38 della Costituzione.

Ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/92, *“il genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado*



handicappato ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Il punto IV dell’art. 13 del CCNI del 06.3.2019 (**Doc.11**), che disciplina il diritto di precedenza per l’assistenza al coniuge, alla prole, al genitore da parte del figlio e da parte di chi esercita la tutela legale, specifica che ***“viene riconosciuta la precedenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase (trasferimento all’interno del comune) solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti (trasferimento tra comuni della stessa provincia), al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità”.***

La norma continua asserendo che ***“nei trasferimenti interprovinciali (III fase, ndr) è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall’autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela [...] e successivamente al coniuge del disabile in situazioni di gravità. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità.”***

Sostanzialmente, l’art. 13 del citato CCNI prevede, ma solo per le mobilità di I e II fase, delle condizioni affinché venga riconosciuta la precedenza al figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico.

Ed, invece, **nelle operazioni di mobilità interprovinciale, la disciplina pattizia**, applicata anche nella mobilità 2019/20, **non prevede il diritto di precedenza per il figlio che assiste il genitore disabile.**

- *****

In realtà, la ricorrente ha partecipato alle operazioni di mobilità interprovinciale con la precedenza prevista dall’art. **601 del d.lgs. 297/1994** (Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), il quale al primo comma, **sancisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992** *“si applicano al personale di cui al presente testo unico”*, mentre, al secondo comma, dispone che tali norme ***“comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”***.

Detto art. 601 D. Lgs. 297/94 che è una norma speciale dettata specificamente in materia di diritto scolastico, accomuna due categorie di lavoratori: quella di cui all’art. 21 (docenti con handicap) e



quelli dell'art. 33 (docenti che assistono parenti con handicap) **sancendo il diritto univoco di precedenza all'atto di assunzione ed in sede di mobilità.**

Sostanzialmente, **detta norma (art. 601)**, non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo, a differenza della disciplina generale, **presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale**, con la conseguenza che non è giustificata l'ulteriore disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

La stessa norma **riconosce al personale/docente, che si trova nelle condizioni di cui all'art. 33 ed art. 21 L. 104/92, una precedenza assoluta in sede di mobilità rispetto ai docenti che non si trovino nella medesima condizione, senza alcuna interferenza da parte della normativa contrattuale che introduce le fasi provinciali / interprovinciali.**

Ne deriva che -- poiché la norma contenuta nell'art. 601 D. Lgs. 297/94 ha natura imperativa ed inderogabile alla stregua dell'art. 33 comma 5 L. 104/92 -- l'art. 13 CCNI risulta affetto da nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.

In realtà ed alla luce delle argomentazioni sopra esposte, **la ricorrente -- rispetto ai docenti che hanno ottenuto il trasferimento provinciale senza precedenza -- godeva e gode di precedenza assoluta risultando del tutto irrilevante il punteggio posseduto dagli altri docenti privi di precedenza** (si allega bollettino dei trasferimenti – **Doc.12**).

Ne deriva che, qualsiasi sede libera e disponibile, deve essere messa a disposizione del personale con precedenza, senza alcuna distinzione di fasi provinciale /interprovinciale.

Diversamente opinando, si finirebbe con lo svuotare di significato la portata precettiva dell'art. 601 del D. Lgs. 297/94, in quanto numerose sede andrebbero assegnate a docenti senza precedenza.

In definitiva, **non vi è alcuna disposizione normativa interna o comunitaria che consente di distinguere i “disabili” o che giustifichi una norma contrattuale che ritenga degna di maggiore tutela la condizione di un disabile rispetto ad un altro.**

La persona affetta da disabilità grave è meritevole di assoluta tutela omnicomprensiva.

Ed ancora, la nozione di “**posto richiedibile**” è fornita dalla postilla in calce all'art. 13, punto 5, secondo la quale “*per posto richiedibile si intende l'esistenza nel comune di una istituzione*



scolastica corrispondente al ruolo di appartenenza dell'interessato a prescindere dall'effettiva vacanza di un posto o di una cattedra assegnabile per trasferimento al medesimo”.

Pertanto, il CCNI attribuisce, in applicazione alla normativa a tutela del disabile in condizione di gravità (art. 601 d.lgs 297/1994; art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), un diritto di precedenza assoluto nell'assegnazione a prescindere dalla effettiva vacanza di una cattedra (e dunque anche in soprannumero), condizionato solo – ovviamente – dall'esistenza di un istituto scolastico.

Sul punto, si richiama quanto statuito, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto avvocato, concluso con **ordinanza resa dal Tribunale di Genova n. 616/2019 (Doc.13)**, ma anche dal **Tribunale di Milano che, con sentenza n. 1267 del 17.5.2018 (Doc.14)**, ha disposto il trasferimento in via definitiva di una docente, madre di un figlio minore riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità, ritenendo che *“secondo la nota esplicativa dell'art. 13 CCNL non è richiesto un posto vacante, ma la presenza di un istituto scolastico idoneo per il ruolo della docente interessata”*.

Ne deriva che, in assenza di posti disponibili nella sede indicata (nel caso in esame Barcellona P.G., domicilio e residenza del disabile-assistito), l'amministrazione scolastica avrebbe dovuto, quindi, concedere il trasferimento, in virtù del grave stato di invalidità del genitore in altro sede scolastica /comune, nel rispetto del **principio di vicinarietà**, nell'ordine indicato in domanda.

Ciò perché la ricorrente deve essere messa in condizione di espletare la propria attività lavorativa **presso sedi – scuole ubicate nel comune di residenza del disabile**.

Sul punto, occorre rilevare che l'amministrazione nell'esaminare la domanda di mobilità della ricorrente **aveva l'obbligo, in caso di assenza di posti, di rispettare i criteri di vicinanza rispetto alle sedi scolastiche indicati**, così come disposto dal CCNI e dello stesso art 33 della legge 104/1992, che al comma 5, il quale dispone espressamente che il coniuge/ lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità *“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”*.



Sotto altro profilo, occorre considerare che **i trasferimenti provinciali precedono quelli interprovinciali, pertanto, le domande presentate dai docenti in ambito provinciale vengono soddisfatte prima di quelle interprovinciali, determinando un’ingiustificata discriminazione tra docenti, atteso i diversi criteri di partecipazioni disposti dal CCNI rispetto all’accesso a tali procedure.**

In definitiva, il CCNI non può in alcun modo subordinare il diritto al trasferimento in qualunque procedura, sia essa provinciale od interprovinciale, alle esigenze dell’organizzazione scolastica, tenuto conto che **occorre tutelare i diritti dei disabili che sono soggetti deboli e meritevoli di tutela dalla Costituzione.**

A tal proposito con **Ordinanza emessa dal Tribunale di Messina 03.09.2018** *“deve ritenersi illegittima la clausola che limita l’applicabilità del diritto di precedenza solo ad alcune tipologie di trasferimento. Ne consegue che, essendo stato l’ambito 0013 Sicilia assegnato a docenti non titolari di precedenza, deve ritenersi illegittimo il mancato trasferimento della ricorrente presso l’ambito richiesto”* (si allegano pronunce giurisprudenziali – **Doc.15**).

Nella fattispecie, dall’esame del detto bollettino dei trasferimenti, pubblicato il 24.6.2019 (cfr. Doc. 12) sul sito dell’ATP di Messina, nelle sedi scolastiche facenti parti della Provincia di Messina reclamate dalla ricorrente, risultano trasferiti docenti privi di precedenza, ovvero con precedenza, ma senza specificazione della tipologia, con la conseguenza che non è dato sapere se essa sia prevalente a quella spettante alla Miano.

A tal proposito si precisa che nei distretti 037 e 038 (primo e secondo distretto scelti dalla docente in domanda), sono stati trasferiti numerosi docenti, con precedenza, anche aventi un punteggio inferiore alla ricorrente (avente punti 68) e per i quali non è dato conoscere la tipologia di detta precedenza e se la stessa sia prevalente rispetto a quella spettante alla Miano.

Per completezza, si precisa che il bollettino dei trasferimenti non indica il tipo di precedenza posseduta dal docente (se è personale, per assistenza al coniuge, al figlio, ecc.), ma si limita genericamente a “spuntare” la colonna dedicata alla “precedenza” senza null’altro aggiungere.

Si rammenta, infine, il **principio della vicinanza della prova**, il quale prevede che l’onere della prova debba essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l’uno o per l’altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d’azione, per cui è ragionevole gravare dell’onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare.

Sull’**onere della prova**, si richiama quanto affermato dal **Tribunale di Pordenone, con sentenza del 17.5.2018 n. 58/2018**, (che si allega **Doc.16**), secondo cui *“l’onere della prova circa il rispetto*



delle procedure previste dalla legge e dal contratto collettivo nazionale integrativo per le operazioni di mobilità grava sul Ministero, il quale unico ha la disponibilità completa di tutti i dati, essendo la posizione del ricorrente quella di un normale creditore tenuto ad allegare soltanto l'inadempimento altrui".

Dello stesso avviso anche il **Tribunale di Pisa con sentenza del 19.6.2018 (Doc.17)** che ha disposto il trasferimento della docente, munita di precedenza, ad una delle sedi chieste e secondo l'ordine di preferenza indicato in domanda, tenuto conto che il MIUR *"ha lasciato in ombra sia di quale diritto di precedenza si tratti – tra i molti previsti dal contratto collettivo – sia chi se ne sia giovato"*.

In difetto di produzione e/o contestazione ad opera dell'Amministrazione, non può imputarsi alla ricorrente una carenza probatoria, in base al **principio della vicinanza della prova**, il quale prevede che l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare.

I diversi tribunali investiti della questione in maniera conforme hanno ormai definitivamente dichiarato la nullità del CCNI, ritenendo che la questione del contendere riguardi la nullità o meno della norma contrattuale (art. 13 CCNL) **ai sensi dell'art. 1418 c.c.** stante la natura imperativa della normativa di cui alla L. 104/92.

E' stato ripetutamente affermata dalla giurisprudenza la ricorribilità delle condizioni e presupposti per l'accoglimento del ricorso d'urgenza ex art.700 c.p.c. (cfr. Tribunale di Messina, ordinanza del 31.08.2017; Tribunale di Brindisi, ordinanza 20 settembre 2017; Tribunale di Ravenna, ordinanza 12 settembre 2017; Tribunale di Vercelli, Sez. Lavoro, ordinanza 12 gennaio 2017; Tribunale di Vasto, Sez. Lavoro, ordinanza 23 marzo 2017; Tribunale di Genova, Sez. Lavoro, ordinanza 20 settembre 2016; Tribunale di Lodi, Sez. Lavoro, ordinanza 07.11.2017 e, per ultimo il Tribunale di Messina Sezione Lavoro Ordinanza del 01.6.2018)

Il Tribunale di Messina Sezione Lavoro, con Ordinanza del 31.08.2017 (Doc.18), in via d'urgenza, ha affermato che *"Tale disposizione contrattuale, di rango secondario, si pone in contrasto con la norma imperativa e come tale inderogabile, contenuta nell'art. 33 della legge 104/92, che riconosce un diritto incondizionato a scegliere la sede di lavoro più vicina al familiare*



gravemente disabile ed impedisce il trasferimento del lavoratore che presti assistenza al familiare affetto da handicap grave senza il suo consenso, considerato che la locazione “ove possibile” è stata letta come portatrice dell’esigenza pubblica ad un assetto dell’amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione (Cass. Sez. lav. 7945/08 e n. 1396/06) e che l’onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all’esercizio del diritto grava, in ogni caso, sul datore di lavoro (Cass. Sez. lav. 3896/2009)”

Ed ancora, “Tale disposizione inderogabile di legge è, peraltro, espressamente richiamata dal T.U. scuola, ed in particolare dall’art. 601 del d. lgs. N. 297/1994 secondo cui l’art. 33, nonché l’art. 21 della legge 104/92 si applicano al personale di cui al presente testo unico” (comma 1)” e che “tali norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, all’assunzione come non di ruolo e in **sede di mobilità**” (comma 2).

*Ne consegue che la **clausola pattizia in questione, nel limitare il diritto di scelta** prioritaria del dipendente che assiste con continuità il genitore in status di handicap grave, **alla sola mobilità annuale ed escludendola in quella definitiva, deve ritenersi affetta da nullità, ai sensi dell’art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui al citato art. 33 comma 5 legge 104/92”.***

Dello stesso tenore, anche il Tribunale di Vercelli, che, con Ord. del 12.01.2017, occupandosi dell’esclusione dal diritto di precedenza nelle procedure di mobilità interprovinciale ha così stabilito “viene così eluso il sistema preferenziale previsto per tali categorie di soggetti, cui la legge 104 riconosce espressamente “la precedenza in sede i trasferimento a domanda”. Il contratto integrativo nazionale della scuola non può subordinare alle esigenze organizzative dell’amministrazione il diritto al trasferimento di sede, stabiliti dalla legge 104/1992, del dipendente che assiste un familiare disabile. Il contratto nazionale della scuola, così disponendo, viola la norma imperativa fissata dall’art. 33 legge 104/92 per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. Infatti, detta norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela. Tra queste situazioni ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuole che tuttavia devono passare in secondo piano, effettuato un bilanciamento degli interessi tutelati, di fronte al diritto del disabile all’assistenza. Infatti, è indiscutibile che il contratto risponda all’esigenza di dare un ordinato assetto dell’organizzazione amministrativa, ma questo non comporta che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea



a comprimere il diritto del disabile, perché altrimenti questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro”.

Stesso avviso anche il **Tribunale di Brindisi** Sezione Lavoro (ordinanza 20 settembre 2017 – **Doc. 19**), che accogliendo, **in via d’urgenza** il ricorso presentato da una docente ha così statuito ***“la natura di norma imperativa di tale disposizione è, comunque, evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all’interno di una legge contenente “i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata” (art. 21 L. 104/92) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà ed autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività , nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazione fisiche, psichiche e sensoriali, l’assicurazione di servizi e prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economia della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione ed esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 L. 104/92)”***

Ebbene, nel caso di specie, l’interesse pubblico, tutelato dalle norme a tutela della disabilità, è preminente rispetto alle norme che disciplinano l’organizzazione del personale scolastico.

Ed ancora, il **Tribunale di Brindisi**, con l’Ordinanza sopra citata, ha ribadito che ***“non si giustifica tale disparità di trattamento tra i docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli, come l’odierna ricorrente, che partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria”***

La *ratio legis* dell’art. 33 della legge 104/1992 è quella di tutelare l’interesse di un disabile che ha bisogno di assistenza continua prevedendo espressamente che il lavoratore dipendente che assiste il portatore di *handicap* ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

Anche, il **Tribunale di Cagliari** sezione lavoro (ordinanza 7 settembre 2017 – **Doc.20**), ha ritenuto che ***“dalla ratio e dal tenore testuale della disposizione di cui all’art. 33, comma 5, L. 104/1992, debba ricavarsi la natura imperativa della norma medesima, per la quale non è necessaria un’esplicita previsione di inderogabilità. Non pare si possa dubitare che la ratio dell’art. 33, c. 5***



della legge 104/1992 sia quella già (o non soltanto) di assegnare dei benefici a soggetti che hanno un parente disabile portatore di handicap, bensì quella di garantire a quest'ultimo la continuità dell'assistenza già in atto, per il caso che vi sia un parente che se ne occupi (Tar Lazio Roma, n. 6609 del 2008). La disciplina sancita dalla legge 104/1992 è volta, infatti, all'attuazione dei fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendosi l'eliminazione di tutti quegli ostacoli, materiali e giuridici, che ne possono limitare il regolare dispiegarsi della vita di relazione. Caratterizzandosi, dunque, come disposizione attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla carta costituzionale, l'art. 33, comma 5 in discorso non è derogabile per intervento e per effetto della contrattazione collettiva".

Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno affermato che “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 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” (Cassazione civile, Sezioni unite, 27 marzo 2008, sent. n. 7945).

In tale occasione, la Suprema Corte ha specificato che la Corte Costituzionale ha affermato che il familiare/lavoratore, che assista un proprio convivente, abbia una maggior tutela rispetto al non convivente.

A margine, si ribadisce che l'istante non ha indicato in domanda di beneficiare della precedenza, in quanto unico referente di genitore gravemente disabile, dal momento che detta precedenza non viene riconosciuta dalla contrattazione applicabile.

Difatti, il *format* (modello tipo informatico) di compilazione della domanda di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2019/2020, nell'area riservata al docente del sito del MIUR Istanze online, al punto “Precedenze” e precisamente il punto 29 (“Assistito per il quale il docente usufruisce della precedenza prevista dall'art.33 comma 5 e 7 della legge n. 104/1992 (nei limiti previsti dall'art.13, comma 1, punto IV del contratto di mobilità)”) non ha consentito di indicare il possesso del diritto di precedenza del figlio che assiste il genitore disabile in situazione di gravità ai sensi dell'art.33 comma 5 e 7 della legge n. 104/1992: ciò ha determinato illegittimamente una disparità di trattamento rispetto ai docenti che ne beneficiano nella mobilità provinciale.



A tal proposito, si rileva come il **Tribunale di Messina**, con l'ordinanza sopra richiamata (cfr. Doc.18), ha statuito espressamente che **“né osta all'accoglimento della pretesa la circostanza che la odierna istante non abbia indicato in domanda di beneficiare della precedenza in quanto unico referente di genitore gravemente disabile, dal momento che detta precedenza non le veniva riconosciuta dalla contrattazione applicabile, ossia non era prevista per la procedura di mobilità cui essa partecipava”**.

Nella fattispecie, si rileva che la ricorrente possiede tutti e tre i requisiti stabiliti dall'art. 13 del CCNI sulla mobilità ai fini del riconoscimento del diritto di precedenza ed infatti:

a - b) la sig.ra Miano Nina è l'unica figlia che assiste il genitore disabile, con meno di 65 anni di età ed a poter essere nelle condizioni di prestargli assistenza.

c) la ricorrente fruisce dei tre giorni di permesso mensile (come risulta dalla dichiarazione personale per usufruire della precedenza art. 33 commi 5 e 7 L. 104/92 - **Doc.21**).

d) la disabile Valenti Carmela non è ricoverata presso alcun Istituto specializzato e non usufruisce di assistenza domiciliare da parte dell'ASP.

Sul punto, occorre rilevare che l'amministrazione nell'esaminare la domanda di mobilità della ricorrente aveva l'obbligo, in caso di assenza di posti nella prima istituzione scolastica, di rispettare i criteri di vicinanza, circostanza che, nel caso in esame, non ha rispettato in violazione delle previsioni normative del CCNI e dello stesso art 33 della legge 104/1992.

La finalità della superiore disposizione è, quindi, quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata che ha interesse ad essere assistita con soluzione di continuità.

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte e della giurisprudenza richiamata **è evidente l'illegittimità dell'art. 13 del CCNI nella parte in cui stabilisce il riconoscimento della precedenza ai docenti che si trovino nelle condizioni di essere figli unici referenti di genitori disabili esclusivamente nelle procedure di mobilità provinciale e non anche interprovinciale**, ledendo così in modo palese una norma imperativa quale è stata riconosciuta la Legge n. 104/1992. La *ratio* di detta legge è quella di garantire ai soggetti destinatari della stessa la continuità dell'assistenza, e, nel caso di specie, impedire che un genitore anziano e gravemente disabile sia privato *sic et simpliciter* dall'unico familiare, peraltro, convivente che se ne prende cura assiduamente ed in maniera continuativa.



In odine al *fumus boni iuris*, parte ricorrente richiama i motivi di diritto sopra esposti che meritano accoglimento.

Sotto il profilo il *periculum in mora*, il mancato accoglimento della presente istanza e la necessità di attendere la fine del giudizio determinerebbe un danno grade ed irreparabile per la ricorrente e soprattutto per la propria madre, attesi i tempi del giudizio ordinario (!!!), fermo restando la finalità della norma, che tende a tutelare una persona portatrice di handicap alla quale l'ordinamento giuridico ha assegnato una posizione particolarmente protetta.

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente ed alla **propria madre disabile che si vedrebbe privato della necessaria e quotidiana assistenza/cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto.**

Tenuto conto, che il portatore di handicap è un soggetto meritevole di assoluta tutela da parte dell'ordinamento giuridico l'assegnazione della docente presso l'I.C. 1 di Lipari ovvero Stromboli (sede altamente disagiata !!) priverebbe la disabile di ogni assistenza, con conseguente irreparabile danno insuscettibile di risarcimento per equivalente (lesione di diritti e/o beni essenziali della vita, quali il diritto alla salute, all'assistenza del disabile ed all'integrità della famiglia).

A tal proposito, **con Ordinanza del 25.09.2018 e con Ordinanza del 16.1.2019**, entrambe emesse **da codesto Tribunale adito**, in casi analoghi patrocinati dal sottoscritto avvocato, “*sussiste il **periculum in mora**, posto che i tempi necessariamente lunghi del giudizio ordinario non solo determinerebbero il permanere di una situazione antigiuridica, ma rischierebbero di pregiudicare il diritto-dovere della ricorrente, ormai scaduta l'assegnazione provvisoria (31.8.2018) di prestare anche per gli anni successivi la dovuta assistenza alla madre con lei convivente a Milazzo*” ed ancora “*se è pur vero che per il l'a.s. 2018-2019 ella ha ottenuto l'assegnazione provvisoria presso l'I.C. Lipari è innegabile che gli spostamenti giornalieri per mare verso e dall'isola sono assai disagiati, soprattutto nel periodo invernale, e aggravano in modo non trascurabile la condizione di lavoratrice rispetto ai viaggi per terra, anche in considerazione del documentato peggioramento delle condizioni di salute della disabile*” (si allegano pronunce – **Doc.21**)

Nella fattispecie, occorre tutelare il genitore della ricorrente, quale **soggetto portatore di handicap**, titolare di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.



La ricorrente, infatti, **ha ottenuto l'assegnazione provvisoria a Stromboli (I.C. 1 Lipari), giornalmente sta viaggiando**, ma le **condizioni di salute del disabile genitore si sono ulteriormente aggravate** così come risulta dalla documentazione medica prodotta e ciò renderà palese il gravissimo disagio e l'irreparabile danno per la madre disabile **con inevitabili riflessi sull'unità e sulla serenità del nucleo familiare** (diritti sanciti dall'art. 29 e 31 della Costituzione), Nello specifico, la disabile risulta affetta da:

- ***“deficit cognitivo grave in soggetto con disturbo ansioso-depressivo cronico”***, con disorientamento spazio-temporale, così come risulta dalla documentazione medica rilasciata dall'ASP Dipartimento Salute Mentale di Barcellona P.G. del 09.07.2019 prot. N. 544 (**Doc.23**): in particolare dall'esame della valutazione psicodiagnostica risulta un deterioramento cognitivo grave (MMSE:10 e PSMS:22);
- ***“Artrite reumatoide, cefalea, sofferenza ischemica cronica, ipertensione arteriosa, vasculopatia cronica cerebrale, BPCO. Glaucoma, DMTII, gozzo multinodulare, artrosi ed osteoporosi fratturativa”***. Si allegano: certificato rilasciato dall'Ospedale di Milazzo U.O.C. Ortopedia del 14.8.2019, da cui risulta, tra l'altro, **“difficoltosa stazione che necessita di girello ed assistenza”**, certificato dell'ASP di Barcellona P.G. Ambulatorio di Neurologia del 21.6.2018, certificato rilasciato dall'ASP di Barcellona P.G. ambulatorio di cardiologia del 08.7.2019, certificato del Policlinico di Messina Reparto di Reumatologia del 05.07.2019 (tutti come **Doc. 24**);
- infine, la stessa disabile, dal 09 al 21 marzo 2019, è stata ricoverata presso l'Istituto ISMETT di Palermo con diagnosi ***“massa flottante adesa al lembo posteriore mitralico, pregresso evento ischemico cerebrale”*** per rimozione di massa atriale sinistra (si allega relazione di dimissioni **Doc.25**).

Sul punto, il **Tribunale di Cagliari**, con Ordinanza sopra citata, ha precisato che la notevole distanza tra l'attuale residenza della docente e della madre disabile e quella di servizio ***“è un fattore obiettivamente (e, trattandosi di regioni diverse e scarsamente collegate, in maniera più che evidente), in grado di limitare in senso peggiorativo il livello di assistenza cui il soggetto handicappato ha diritto. La gravità del pregiudizio va, infatti, riguardata per i riflessi spiegati sulle necessità del portatore di handicap, le cui condizioni non possono tollerare il rischio di vedere diminuite le capacità assistenziali del proprio familiare”***.



In definitiva la docente deve essere messa in condizione di assistere la propria madre e, nel contempo, di espletare la propria attività lavorativa (vista la disponibilità dei posti e l'esistenza di sedi scolastiche) nel comune di residenza e/o nel comune vicinore a quello del disabile.

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

Il pregiudizio si configura come grave ed irreparabile a causa della concreta lesione di diritti e/o beni essenziali della vita, quali il diritto alla salute, all'assistenza della disabile ed all'integrità della famiglia.

Alla luce del quadro clinico sopra descritto, è evidente che le condizioni di salute del disabile sono sensibilmente peggiorante, con la conseguenza che la ricorrente per raggiungere la sede assegnata di Stromboli, avrebbe grosse difficoltà di spostamento logistiche, **con conseguente inevitabile stress psico-fisico** (derivante dal **concreto rischio di essere costretta a lasciare solo il disabile genitore**) e rilevanti esborsi economici (trasferta, spese vive ect...) che nel lungo termine diventeranno insostenibili.

Sul punto, con l'Ord. del 21.11.2011 il Tribunale di Messina ha statuito che *“la ratio della norma va individuata, evidentemente, nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa. Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto”*.

Ed ancora il Tribunale di Brindisi Ord. n. 16314/2017 del 20.09.2017 sopra richiamata ha statuito che *“il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario potrebbe frustare 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 spettantegli, qual ad esempio i posti vacanti nell'ambito territoriale del comune di residenza, frustandone così il diritto a essere preferito, o in caso a essere posta in comparazione, nella destinazione presso tali sedi”* ed ancora *“potendo imporre un **facere** alla pubblica amministrazione, il provvedimento può contenere, allo stato, l'ordine della procedura da seguire per l'adozione del provvedimento di destinazione, fermo restando l'individuazione della sede specifica da parte dell'amministrazione”*.

Per quanto esposto, appaiono dimostrati i requisiti per la richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., tanto sotto 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 stante il perdurare del giudizio ordinario.

Ciò premesso e considerato la ricorrente come sopra domiciliata, rappresentata e difesa,

CHIEDE

Che Ill.mo Giudice adito, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

- 1) In via cautelare**, accertato il *fumus boni juris* riguardo alla domanda della ricorrente di trasferimento presso la sede disponibile tra quelle indicate nella domanda di mobilità interprovinciale (Barcellona P.G.), ovvero in quelle più prossime, secondo le preferenze indicate in domanda tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 Legge 104/92, nonché il *periculum in mora*, ordinare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, e per esso anche alle sue articolazioni territoriali, di disporre il trasferimento della ricorrente, tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 legge 104/92, nella sede disponibile presso l'ambito territoriale della provincia di Messina per gli anni scolastici 2019-20 e seguenti, anche in sovrannumero, secondo le preferenze indicate in domanda.
- 2) Nel merito**, previa conferma del provvedimento cautelare emesso così come richiesto e previo espletamento e/o accertamento di rito o di merito, in via definitiva, e previo riconoscimento del diritto in esame, ordinare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, e per esso anche alle sue articolazioni territoriali, di disporre il trasferimento della ricorrente, tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 legge 104/92, nella sede disponibile tra quelle indicate nella domanda di mobilità, ovvero in quelli più prossimi, per gli anni scolastici 2019 – 20 e seguenti, anche in sovrannumero, secondo le preferenze indicate in domanda.
- 3) Condannare le amministrazioni resistenti**, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore alla rifusione delle spese processuali, comprensivi di diritti, onorari, spese non imponibili, spese generali, cassa ed iva da distrarsi in favore del sottoscritto avvocato che se ne dichiara anticipatario. Si allegano i documenti da n. 1 al n. 26.

Dichiarazione fiscale: Ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 115/2002 e ss. mod. ed int., si dichiara che il procedimento ha ad oggetto una controversia di pubblico impiego, è di valore indeterminabile ed è esente da contributo unificato come da autocertificazione che si allega (**Doc.26**).

Pace del Mela, lì 16 Settembre 2019

Avv. Maria Chiara Isgrò



**ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITA' DELLA
NOTIFICAZIONE AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C.**

La docente Miano Nina, rappresentata dal sottoscritto procuratore Avv. Maria Chiara Isgrò, in virtù di mandato in calce all'atto introduttivo

PREMESSO CHE

Il ricorso ha per oggetto il diritto della docente Miano Nina ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione presso l'ambito della provincia di Messina o comunque in uno degli ambiti territoriali di cui alla domanda secondo l'ordine indicato. Che, ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso *ut supra* deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati che hanno partecipato alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale per l'a.s. 2019/2020 ed inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale di ruolo della scuola primaria anno scolastico 2019/2020 e che, pertanto, sarebbero pregiudicati per effetto dell'accoglimento del presente ricorso.

RITENUTO CHE

- la notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe impossibile, non soltanto per l'immenso numero dei destinatari, ma soprattutto per l'impossibilità di identificare i docenti stessi;
- il Giudice adito può autorizzare, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., che la notificazione avvenga con qualsiasi altro mezzo idoneo tra cui la pubblicazione in via telematica, in considerazione anche di particolari esigenze di celerità;
- la giurisprudenza amministrativa e lavorista si è espressa, in diverse occasioni, in senso favorevole, quale forma alternativa a quella tradizionale per pubblici proclami *ex art. 150 c.p.c.* per la pubblicazione del testo del ricorso sul sito internet del ramo di amministrazione interessata;
- nel caso in oggetto, l'amministrazione interessata è il MIUR il cui sito internet dedicato alla pubblicazione dei ricorsi per pubblici proclami è www.pubblicazioni.comunicazione@istruzione.it, nonché l'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia negli appositi siti internet.

Tutto ciò premesso, rilevato e considerato, il sottoscritto procuratore

CHIEDE

All'Ill.mo Signor Giudice del Lavoro del Tribunale di Barcellona P.G., di voler, valutata l'opportunità, autorizzare la notificazione, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., con modalità diverse da quelle



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Tel. e Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536

e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

stabilite dalla legge, in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami in G.U. ed esattamente:

- a) Per quanto attiene ai potenziali controinteressati evocati in giudizio, mediante la pubblicazione del testo integrale del ricorso sul sito internet del MIUR, da eseguirsi ad opera del MIUR stesso;
- b) Quanto alle Amministrazioni convenute, mediante consegna di copia del ricorso e del pedissequo decreto all'Avvocatura distrettuale dello Stato.

Pace del Mela, lì 16 settembre 2019

Avv. Maria Chiara Isgrò

-

