

ILL.MO TRIBUNALE DI POTENZA

SEZIONE LAVORO

**RECLAMO EX ART 669 C.P.C AVVERSO L' ORDINANZA DEL 04.12.2018 (GIUDIZIO DI PRIMO
GRADO R.G. 2683/2018)**

Per la docente Mastrogiovanni Luisa, C.F.: MSTLSU62D64H686V, nata a Salento (SA) il 24.04.1962 ed ivi residente alla via Capo D'Aiuti, 17, scuola secondaria II grado posto comune classe di concorso A046, rappresentata e difesa, in virtù di mandato in calce al presente atto, dall' avvocato Adriana Cioffi, C.F:CFFDRN74H47H703H, presso il cui studio in Montecorvino Rovella (SA), alla via Del Carmine, 17 elettivamente domicilia e la quale richiede che ogni comunicazione venga inviata e fatta ricevere all' indirizzo pec: avvadrianacioffi@pec.ordineforense.salerno.it o al numero di fax 089808272

Reclamante

CONTRO

- **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ex lege dall'Avvocatura dello Stato;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ex lege dall' l'Avvocatura dello Stato;
- **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI SALERNO**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ex lege dall' l'Avvocatura dello Stato;
- **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA Basilicata**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ex lege dall' l'Avvocatura dello Stato;
- **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI Potenza**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ex lege dall' l'Avvocatura dello Stato;



- **Reclamati**

E nei confronti dei docenti controinteressati contumaci che in esito alle operazioni di mobilità interprovinciale hanno ottenuto per l'anno scolastico 2018/2019, il trasferimento nella provincia di Salerno, per la classe dell'odierna reclamante, A046, senza alcuna precedenza.

Si propone formale reclamo avverso l'ordinanza resa dal Giudice dott. ssa De Bonis comunicata a mezzo pec in data 04.12.2018, con la quale l'Ill.mo Giudicante dell'intestato Tribunale rigettava il ricorso cautelare proposto dalla docente Mastrogiovanni classe di concorso A046 avente ad oggetto il riconoscimento del diritto alla precedenza dell'odierna ricorrente nei trasferimenti interprovinciali per assistenza al genitore in condizione di handicap grave e con il quale ricorso la docente rassegnava le seguenti conclusioni che si riportano integralmente e nel cui senso si chiede la riforma dell'ordinanza di rigetto del cautelare proposto: Voglia, inaudita altera parte ovvero, in subordine, previa fissazione della comparizione delle parti in contraddittorio, previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo dell'11 aprile 2017 (prorogato anche per il 2018/2019), nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento con decorrenza dall'a.s. 2018/2019, per la classe di concorso Scienze Giuridiche ed economiche/ A-046 nella provincia di Salerno, preferenza espressa nella domanda con tutte le sedi e gli ambiti in essa ricompresi, con precedenza in quanto referente unica per l'assistenza della madre disabile in condizioni di gravità.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, con attribuzione “.

FATTI di CAUSA



Con ricorso depositato il 03.09.2018, La prof.ssa Mastrogiovanni, insegnante di ruolo, classe di concorso A046, con sede di titolarità presso l'istituto di Istruzione Omnicomprensivo XVI AGOSTO 1870 Corleto Perticara Potenza, adiva l' intestato Tribunale per vedersi riconosciuto il diritto al trasferimento per assistere la madre anziana (98) , non avendo ottenuto , pur presentando la relativa domanda il movimento richiesto né l' assegnazione;

Debitamente specificando che la prof.ssa Mastrogiovanni, nella qualità di referente unica, presta assistenza globale e permanente alla madre, sig.ra Palazzo Virginia, ANNI 98, residente in Salento (SA) alla via Capo D'Aiuti, 17, persona portatrice di handicap con connotazione di gravità, non rivedibile, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 104/1992.

Espletati gli adempimenti di rito, all' udienza del 06.11. 2018 si costituiva il M.i.u.r, USR Basilicata e ATP Potenza eccependo la carenza dei requisiti legittimanti la tutela cautelare invocata, in quanto la Mastrogiovanni usufruiva del Congedo parentale.

All' Udienza del 04 dicembre il Giudice del Lavoro si riservava e a scioglimento della riserva pronunciava ordinanza di rigetto del cautelare proposto per insussistenza del periculum in mora richiesto dall' art. 700 c.p.c., compensando le spese relative ed osservando il Giudice designato che:

secondo quanto previsto dalla norma citata, costituisce condizione di ammissibilità della domanda di provvedimento di urgenza l'esistenza di fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria sia minacciato da un pregiudizio grave e irreparabile, che non può identificarsi sic et simpliciter , nel mancato accoglimento della domanda di trasferimento nella provincia di Salerno , ma è dato, aggiunge il Giudice dal pregiudizio che può derivare al lavoratore dalla decisione di merito....Si legge ancora nell' ordinanza oggetto del presente reclamo che spetta a colui che promuove il giudizio cautelare allegare e provare con fatti specifici che il protrarsi della situazione antigiuridica possa arrecargli danni gravi non ristorabili neppure successivamente, asserendo l' Ill.mo Giudice, che questa difesa non abbia provato con allegazioni precise e puntuali sulle circostanze di fatto dalle quali possa desumersi il concreto rischio, che nel tempo occorrente per l' espletamento della procedura di merito la sua professionalità venga effettivamente a depauperarsi e ne venga compromessa la situazione personale e familiare o il suo equilibrio psicofisico e dalle quali emerga che la situazione di lavoro attuale nel tempo occorrente per il giudizio ordinario, possa configurarsi quale fonte di pregiudizio irreparabile. Nella specie, la ricorrente usufruisce dei permessi per l'assistenza al genitore portatore di Handicap grave e del



congedo biennale retribuito e tanto è sufficiente, scrive il Giudice, ad escludere la sussistenza del presupposto in argomento”.

Orbene, l’ordinanza di rigetto del cautelare proposto va riformata nel senso di riconoscere all’odierna reclamante quanto richiesto nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, come non potrà non valutare l’Ecc.mo Collegio adito per i motivi di seguito dispiegati.

Erronea applicazione della norma - sussistenza del requisito del periculum in mora

Il Giudice di prime cure rigettando il cautelare proposto è incorso in un errore, come non potrà non valutare l’ Ill.mo Collegio adito, non riconoscendo sussistere nel caso di specie il periculum in mora e asserendo che questa difesa non abbia provato che i tempi occorrenti per lo svolgersi del giudizio ordinario comprometterebbero i diritti della ricorrente oggi reclamante.

In merito a ciò si osserva che:

La ricorrente, per potere prestare assistenza alla madre fino allo scorso anno è stata costretta a ricorrere alla strumento del congedo parentale non avendo avuto i movimenti richiesti, ossia né assegnazione né trasferimento; per l’anno in corso usufruisce del congedo parentale. Tale circostanza non esclude la sussistenza del requisito del periculum in mora, in quanto la docente non avendo avuto né trasferimento né assegnazione ha dovuto optare per il congedo che consiste nell’astensione dal lavoro ricorrendone i presupposti (nel caso di specie disabile grave).

La legge per la tutela del disabile prevede il doppio binario, trasferimento o assegnazione, il congedo è l’astensione dal lavoro per potere assistere il disabile. Il fatto che la docente sia in congedo non esclude la **sussistenza del periculum in mora, che consiste nel fatto che il congedo ha una durata limitata**, non è illimitato come osservato nel giudizio di prime cure. Dalla documentazione depositata anche da controparte, la docente Mastrogiovanni già ha usufruito per l’anno scorso del congedo, non avendo ottenuto i movimenti richiesti (trasferimento e assegnazione) e ha dovuto ricorrere al congedo anche per l’anno in corso per un totale di 313 giorni fino ad ora. Orbene, ha a disposizione poco più di 365 giorni di congedo. Il Giudice di prime cure ritiene che nel caso di specie il tempo occorrente per il giudizio ordinario non possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile. E’ palese che il Giudice sia incorso in errore, in quanto nessun giudizio ordinario si conclude per esigenze di ruolo o altro in un anno e un mese! Quindi ci si chiede azionando la tutela



ordinaria, finito il limite temporale per il congedo come la docente Mastrogiovanni potrà assistere l' Anziana madre . Si ribadisce, come dichiarato nelle rispettive domande:

- che la madre, Palazzo Virginia , è portatrice di handicap grave con carattere permanente, come da documentazione allegata al modulo-domanda (certificazione rilasciata da INPS) (fascicolo telematico I° grado);
- che la signora palazzo Virginia non è ricoverata permanentemente in alcun istituto di cura e necessita di assistenza continuativa che può essere assicurata esclusivamente dalla ricorrente;
- che la signora Palazzo Virginia è residente in Salento (SA) alla via Capo D'Aiuti, 17 ;
- che la docente svolge nei confronti della propria madre, attività di assistenza continuativa ed esclusiva;
- che è l'unico soggetto che ha chiesto di fruire per l'intero anno scolastico dei tre giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, comma 5, del D.L. vo n. 151/2001;
- che la signora Palazzo Virginia è vedova;
- di essere l'unica figlia in grado di prestare assistenza al genitore disabile grave essendo figlia unica;
- che presentava anche istanza al fine che tale precedenza le venisse riconosciuta nel movimento richiesto (trasferimento).

La ricorrente, tuttavia, non ha ottenuto il trasferimento richiesto in quanto il C.C.N.I. dell'11 aprile 2017 (prorogato anche per il 2018/2019) non prevede alcuna precedenza nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza dei genitori portatori di handicap con connotazione di gravità.

Occorre evidenziare altresì, la ricorrente ha indicato prioritariamente di voler ottenere il trasferimento interprovinciale su posti di scienze giuridiche ed economiche e poi, secondariamente su classe di concorso A-046 e che in esito alle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2018/2019, le seguenti sedi e/o Ambiti territoriali (in ordine) indicati dalla ricorrente nella domanda di trasferimento avevano disponibilità di posti:

- IIS "Angel Keys" Castelnuovo Cilento (SA) SAIS032003;
- SAIS07100N Vico De Vivo;
- SAPS10000T L.Da Vinci;



- SAIS06400E Ist. Sup. Cenni Marconi;
- CAM000028 Campania ambito 0028 Provincia SA;
- CAM000026 Campania ambito 0026 Provincia SA;
- CAM000027 Campania ambito 0027 Provincia SA;
- CAM000023 Campania ambito 0023 Provincia SA;
- CAM000024 Campania ambito 0024 Provincia SA;
- CAM000025 Campania ambito 0025 Provincia SA;
- Scuola PZIS001007 I.I.S. De Sarlo De Lorenzo Lagonegro

Le procedure di mobilità 2018/2019, infatti, permettevano al docente di inserire in ordine di preferenza fino a 5 scuole e fino a 10 ambiti o, ove ritenuto necessario dall'interessato, anche il codice dell'intera provincia.

Nella provincia di Salerno indicata dalla ricorrente nella sua domanda di mobilità, certamente più vicina alla residenza del genitore disabile () hanno ottenuto il trasferimento interprovinciale , per la classe concorsuale A046, altri insegnanti come si evince dall' allegato tabulato senza alcun ordine di precedenza. La circostanza che altri docenti senza ordine di precedenza come dal relativo tabulato abbiano ottenuto il movimento richiesto costituisce grave pregiudizio a parere di chi scrive per la reclamante.

Ed ancora il Giudice di prime cure afferma che l'esistenza del requisito del periculum in mora deve essere verificata in concreto in relazione all' effettiva situazione personale , professionale o socio economica del lavoratore. Al riguardo, si ribadisce:

che nel caso di specie si tratta di figlia unica, referente unica dell' anziana madre;

che si tratta di una docente che si è dovuta astenere dal lavoro per assistere il disabile genitore quando altri docenti della stessa classe di concorso hanno ottenuto il trasferimento senza alcun ordine di precedenza;

che l'astenersi dall'insegnare è già un pregiudizio richiesto dalla norma, in quanto si riflette sulla professionalità e situazione personale del docente.



Che i tempi occorrenti per un giudizio ordinario compromettono il diritto della reclamante che non potrebbe più usufruire del congedo, perchè ha una durata limitata nel tempo; dalla documentazione depositata da controparte si evincono i periodi di fruizione del congedo da parte della docente, che i permessi di cui gode la Mastrogiovanni non possono garantire l'assistenza continua di cui ha bisogno l'anziana madre, portatrice di handicap, art. 3.

Il giudice di prime cure non ha considerato che con l'esercizio della professione presso la sede di titolarità (Potenza), come specificato nel ricorso cautelare, l'assistenza al genitore non può essere svolta con continuità, attesa anche la distanza di centinaia di chilometri, andata e ritorno, oltre le ore di lavoro.

Sussistono, pertanto, i requisiti del provvedimento cautelare invocato, come non potrà non valutare l'Ill.mo Giudice adito. Difatti è noto che la tutela cautelare si appresta anche ad evitare (come afferma il Giudice di prime cure) che i tempi di un giudizio ordinario possano compromettere e ledere i diritti di chi come nel caso in questione non ha ottenuto il trasferimento e la sede di titolarità non si concilia con le esigenze di assistenza del disabile genitore. Nelle more del giudizio di merito la sede vicina è stata attribuita ad altri docenti che non godono neanche di precedenza (come si evince dal relativo tabulato), ledendo la ratio dell'art. 33 che, come affermato dalle Sezioni Unite, presenta un vero e proprio diritto soggettivo nella scelta da parte del familiare – lavoratore che presta assistenza con continuità a persone con grave handicap ed a esso legate da un vincolo di parentela o di affinità. Si rappresenta che l'odierna ricorrente non ha ottenuto neanche l'assegnazione richiesta e se la P.A. non dovesse rivedere la propria posizione in seguito al reclamo, i danni si paleserebbero ancora più gravi. Si precisa, altresì, che i tempi occorrenti per un giudizio ordinario, diversamente da quanto già deciso, compromettono i diritti della docente e del genitore disabile, avendo il congedo ha una durata limitata. Chi assisterà la madre al termine imminente del congedo?!

Il pregiudizio subito dalla ricorrente è peraltro “irreparabile”, atteso che i relativi effetti lesivi non ricadrebbero su interessi meramente patrimoniali, ma andrebbero ad intaccare la stessa sfera del diritto all'assistenza della madre della ricorrente.

Come affermato e provato nel giudizio di prime cure **la docente subisce i seguenti danni:**



- è privata dell'insegnamento, pur volendo insegnare e avendo studiato per questo non lo può fare; è incontrovertibile che ciò si ripercuota sulla professionalità della docente e sulla sua sfera personale;

- ha uno stipendio sempre uguale senza emolumenti;

- non percepirà la tredicesima;

- E soprattutto il congedo non è illimitato, anzi ha una durata di tempo limitato (la docente in attesa del presente giudizio di volta in volta richiede dei periodi), già come risulta dalla stessa documentazione adottata da controparte, la Mastrogiovanni né ha usufruito per l'anno 2016/2017 per potere assistere la madre. Ha A DISPOSIZIONE POCO PIÙ DI UN ANNO (il conto è matematico dalla documentazione in atti depositata anche da controparte), è noto che tale periodo non è sufficiente per l'espletamento di un giudizio ordinario.

- Oltre a ribadire:

- che usufruire del congedo (astensione dal lavoro per non avere ottenuto né il trasferimento né l'assegnazione) non può essere considerato idoneo ad escludere la tutela cautelare; il sistema difatti non lo prevede, come afferma lo stesso Giudice .

- che come risulta dal bollettino mobilità trasferimenti docenti il grado agli atti la reclamante è stata scavalcata da altri docenti che non usufruiscono di alcun ordine di precedenza.

A parere di questa difesa e come provato, nel caso di specie sussistono i requisiti dell' invocata tutela cautelare, come non potrà valutare il Collegio adito.

Sulla illegittimità della norma di cui all' art. 13 CCNL mobilità si osserva quanto segue:

Il Giudice di prime cure sostiene che neanche le doglianze inerenti la nullità dell' art. 13 siano infondate, in quanto il sistema abbia garantito attraverso una dettagliata graduazione di tutte le varie tipologie di precedenza , l' assistenza attraverso la mobilità annuale sulle assegnazioni e utilizzazioni provvisorie (si noti il sistema non prevede il congedo, ciò che si vuole affermare è che non può essere considerato idoneo ad escludere la sussistenza del requisito del periculum anche perché il sistema prevede trasferimento, assegnazione utilizzazione)



Questa difesa, sostiene che il quadro normativo di riferimento è rappresentato anzitutto dall'articolo 33, comma 5, della legge 104/92 a norma del quale il lavoratore che assiste persona con handicap in situazione di gravità "[...] 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 [...]".

L'art. 601 del decreto legislativo n.297/1994 (T.U. Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione) stabilisce che "Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità".

La Cassazione, con molte pronunce (per tutte cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 18-12-2013, n. 28320 e, più recentemente, Cass. civ. Sez. lavoro, 03-08-2015, n. 16298) ha chiarito che la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore "che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato" di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento. La ratio della norma è infatti quella di favorire l'assistenza al parente o affine handicappato, ed è irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all'epoca dell'inizio del rapporto stesso.

Recentemente la Suprema Corte, con ordinanza n. 7120/2018, si pronuncia sulla materia e precisa che la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell'art. 3 comma 2° Costituzione, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile.

Le misure previste dall'art. 33 comma 5° devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo – riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. – che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017).

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



non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro (cfr. sull'onere probatorio Corte di Cassazione, 18.2.2009 n. 3896).

Essa ha più volte evidenziato la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile (da ultimo, Corte Cost. 329/2011 e, in precedenza, Corte Cost. 233/2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia (si vedano, fra le altre, sent. nn. 158 del 2007, n. 350 del 2003, e n. 19 del 2009).

L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza.

E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art. 33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti soprattutto quando la lontananza della sede di servizio provoca ricadute sovente pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti non di rado oltre che sul piano economico anche su quello familiare per interrompere, per tempi non limitati, quei rapporti di affetti e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare.

A questi ultimi particolare attenzione è stata dedicata, come innanzi osservato, dal legislatore italiano che, con l'art. 33 c. 5 della legge n. 104 del 1992, nel contesto normativo sovranazionale sopra richiamato, ha inteso regolare più incisivamente i poteri del datore di lavoro nei casi nei quali il lavoratore sia parte di una comunità familiare nella quale vi siano persone con disabilità che richiedano un impegno più pregnante e gravoso da parte del familiare lavoratore, impegno che anche l'immobilità di quest'ultimo può garantire.

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



essere diversamente soddisfatte (Corte di Cassazione, n. 25379/2016; Corte di Cassazione, n. 9201/2012).

La pronuncia in esame è immune da censure, quindi, perché la Corte territoriale, con accertamento di fatto insindacabile in questa sede, sulla base della documentazione prodotta, ha rilevato la sussistenza di numerosi vuoti di organico, destinati alla copertura, per le stesse mansioni della lavoratrice nelle sedi dipendenti della filiale di Fantasia ed ha ravvisato anche un ulteriore profilo, non oggetto di specifiche censure, legittimante la pretesa di Gaia, costituita dal fatto che la madre di quest'ultima era divenuta ultrasessantacinquenne ed era portatrice a sua volta di gravi disabilità con la conseguenza che i presupposti di cui all'art. 33 per ottenere il mutamento di sede comunque si sarebbero realizzati nel giugno del 2010.

Pertanto, l'esigenza di consentire l'effettività del diritto al lavoro della persona in qualche modo svantaggiata a causa dalla situazione di handicap è stata comparata con gli altri interessi implicati senza ritenere, nel caso concreto, lese le esigenze economiche, produttive ed organizzative della società atteso che, se ci sono posti disponibili cui collocare la lavoratrice, non si viola l'iniziativa imprenditoriale ma si contemperano e si bilanciano appunto i due interessi contrapposti.

Le sopra citate norme imperative non sono state correttamente applicate in sede di contrattazione integrativa sulla mobilità del personale docente. L'art.13 del vigente CCNI prevede, invero, 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. (...). Il punto IV del citato art. 13, prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità, per le ipotesi di "ASSISTENZA AL CONIUGE, ED AL FIGLIO CON DISABILITÀ; ASSISTENZA DA PARTE DEL FIGLIO REFERENTE UNICO DEL GENITORE CON DISABILITÀ". Secondo tale disposizione, "Viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità. (...) Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità".

Dunque, secondo la norma pattizia sopra trascritta, la precedenza del figlio referente unico del genitore portatore d'handicap può essere fatta valere unicamente nella fase di trasferimento all'interno della stessa provincia, mentre non viene riconosciuta nei trasferimenti interprovinciali; e ciò inspiegabilmente in quanto l'esigenza di ricongiungimento è più evidente quando la sede di



titolarità dell'insegnante si trova in una provincia diversa rispetto a quella in cui risiede il genitore disabile.

Già più volte la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione, precisando che ove esista il posto da assegnare ai trasferimenti, le precedenze di cui alla Legge 104/92 devono essere riconosciute senza alcuna limitazione territoriale. E, così, per esempio, la Corte d'Appello di Sassari ha annullato una simile disposizione del Contratto nazionale integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e Ata, in quanto viola la norma imperativa fissata dall'articolo 33 della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. La Corte sarda ha riaffermato che la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali "non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela", con la conseguente nullità, per contrasto con una norma imperativa, delle disposizioni del contratto nazionale per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate. Tra queste "situazioni" ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che tuttavia "devono passare in secondo piano di fronte al diritto del disabile all'assistenza". Secondo la Corte d'Appello di Sassari è indiscutibile che il contratto collettivo sulla mobilità 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, con il conseguente diritto del lavoratore che presta assistenza al disabile grave all'assegnazione del primo posto disponibile, tra quelli indicati nella domanda, non assegnato ad altri soggetti con diritto di precedenza.

Per la nullità delle disposizioni pattizie che negano il diritto di precedenza degli insegnanti nei trasferimenti interprovinciali per assistenza al genitore in condizione di handicap grave, inoltre, si sono pronunciati anche il Tribunale di Messina (ordinanza n. 62 del 31.08.2017) e di Cagliari (n. 12060/17 del 07.09.17). E, invero, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, comma 5, della L.104/92, 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 e assistenza della persona handicappata" (L.104/92).

Appare doveroso, ai fini di un'utilità pubblica, portare all'attenzione dell'ill.mo Giudicante proprio la citata ordinanza n.62 del 31.08.2017 del giudice, dr.ssa Laura Romeo, del foro di Messina che



offre una lettura dell'art.13 del CCNI sulla mobilità in armonia con un quadro di principi condensato in una felice sintesi che riflette il lungo percorso, comune alla dottrina ed alla giurisprudenza (di legittimità e di merito), intrapreso ai fini dell'affermazione del principio dell'intangibilità della tutela dei disabili.

Una decisione che va nella direzione auspicata dai tanti docenti coinvolti nella procedura di mobilità interprovinciale 2017/18 (ed ancor prima 2016/17) che non hanno 'potuto' - come l'odierna ricorrente - dichiarare in domanda di voler usufruire della suddetta precedenza attesa l'esclusione operata non solo dalla normativa contrattuale in esame ma anche dal portale telematico di istanze on line, sprovvisto del tutto di tale opzione; circostanza, peraltro, opportunamente colta dal magistrato che ha rigettato l'eccezione sollevata dalla difesa del Miur circa la presunta carenza di interesse ad agire da parte del docente, che, consapevolmente e nel rispetto della normativa de qua, ha ommesso di indicare il diritto di precedenza al solo fine di non incorrere nell'annullamento della domanda di trasferimento e/o nella revoca del movimento ottenuto e/o nell'avvio di sanzioni disciplinari (penalità espressamente elencate nel CCNI 2017/18 e nell'O.M. n.221 del 12.04.17, già previste nel CCNI 2016/17).

È pur vero che l'art.13 comma 4 CCNI riconosce la precedenza nella fase ulteriore dell'assegnazione provvisoria ma è altrettanto vero che per molti docenti, non destinatari di tale beneficio, l'assistenza continuativa, effettiva ed attuale ai familiari disabili gravi è stata bruscamente interrotta a seguito del trasferimento fuori regione, che li ha lasciati, giocoforza, privi di qualsivoglia tutela assistenziale. Nel nostro caso, la ricorrente non ha ottenuto il trasferimento, e la sede di titolarità non rispetta il principio di vicinanza al fine di assistere il genitore.

Ed è proprio sulla limitazione/esclusione dell'art. 33 comma 5 L. 104/92 che nell'ordinanza del foro di Messina viene posta in luce l'esistenza di un evidente paradosso discriminatorio tra i docenti in quanto se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale perché è proprio nei trasferimenti tra province diverse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico, difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente.

I giudici nel dichiarare la NULLITÀ dell'art.13 comma 4 del CCNI per la mobilità a.s. 2016/17 e 2017/18 che esclude il beneficio del diritto di precedenza nei trasferimenti extra provinciali, attribuito, invece, solo nella fase successiva delle assegnazioni provvisorie, hanno affermato che detta norma di rango secondario si pone in contrasto con quella imperativa ed inderogabile



dell'art.33 comma 5 della legge n. 104/92 che riconosce al docente che assiste il familiare portatore di handicap il "diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

L'articolo 33, comma 5 L.104/92 non può essere derogato dalla contrattazione collettiva in quanto rappresenta una disposizione attuativa dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione italiana (artt. 2, 3, 30, 32 e 38) volti a favorire il benessere delle persone con disabilità grave.

Così come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5113 del 2015) l'unico limite ovvero le uniche esigenze prevalenti dell'Amministrazione rispetto all'operatività della precedenza di cui trattasi, invero, sono quelle attinenti alla individuazione delle sedi vacanti e disponibili da coprire mediante procedura di mobilità. Il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra citata, più precisamente, ha affermato che [...] agli effetti del trasferimento ai sensi dell' art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992, per dare assistenza con carattere di continuità a parente o affine entro il terzo grado che versa in condizione di handicap - l'inciso "ove possibile", contenuto nella predetta disposizione, nel settore del pubblico impiego sta a significare che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, deve sussistere la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento (...). La citata sentenza ha poi aggiunto che "pur non configurandosi il trasferimento ai sensi dell' art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992 come un diritto assoluto del dipendente interessato - nella graduazione degli interessi coinvolti, ove sussista per la qualifica rivestita la disponibilità di posti nella sede richiesta, la necessità di assicurare l'apporto assistenziale alla persona in condizione di handicap si configura prevalente e prioritaria (oltreché derogatoria alle regole ordinarie di mutamento del luogo di servizio), rispetto ai trasferimenti da effettuarsi secondo gli interpelli periodici a livello nazionale, volti a soddisfare, di massima, le esigenze di rientro nella sede di origine in base all'anzianità di servizio maturata" (cfr. in tal senso anche Cons. Stato Sez. III, 1/08/2014 n. 4085). All' uopo, si sottolinea che la norma di rango secondario sulla mobilità CCNL, che esclude il diritto di precedenza nell' ipotesi di mobilità interprovinciale, limitandolo alla sola mobilità provinciale si pone in contrasto con la norma imperativa e inderogabile di cui all' art.33 comma 5 della legge 104/92 che invece riconosce al lavoratore che assiste il familiare portatore di handicap il diritto a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede e, determina disparità ingiustificate.

*



Soltanto per scrupolo difensivo, infine, si può aggiungere che la disposizione contrattuale di cui trattasi viola platealmente la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009.

Chiave di volta della tutela antidiscriminatoria prevista dalla Convenzione è costituita dall'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli che, secondo la definizione contenuta nell'art. 2, consistono nelle modifiche e negli adattamenti necessari per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali su base di eguaglianza con gli altri. La Convenzione stabilisce, inoltre, che il rifiuto di tali accomodamenti rappresenta una forma di discriminazione diretta (art. 2).

In quest'ottica, le misure previste dall'articolo 33, comma 5, della legge 104/92 rispondono pienamente alla finalità di non privare la persona con disabilità dell'assistenza del familiare che se ne prende cura, compromettendone la tutela psicofisica (cfr. Corte Cost. n. 19 del 2009).

La piana applicazione di tali principi conduce alla dichiarazione di illegittimità delle disposizioni contrattuali oggi impugnate.

Tutto ciò premesso, la reclamante, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata

CHIEDE CHE L' ECC.MO COLLEGIO ADITO

Voglia previa fissazione della comparizione delle parti in contraddittorio, RIFORMARE L' ORDINANZA DEL 04.12.2018, comunicata a mezzo pec, E PER L' EFFETTO ACCOGLIERE LE CONCLUSIONI RASSEGNATE NEL RICORSO CAUTELARE, OSSIA, previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo dell'11 aprile 2017 (prorogato anche per il 2018/2019), nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento con decorrenza dall'a.s. 2018/2019, per la classe di concorso Scienze Giuridiche ed economiche/ A-046 nella provincia di Salerno, preferenza espressa nella domanda con tutte le sedi e gli ambiti in essa ricompresi, con precedenza in quanto referente unica per l'assistenza della madre disabile in condizioni di gravità.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, con attribuzione.



ISTANZA AUTORIZZAZIONE PER NOTIFICA AI SENSI DELL'ART. 151 CPC

Ove, tuttavia, si considerasse necessaria la notifica ai controinteressati docenti contumaci nel giudizio di prime cure , considerato che l'elevato numero dei potenziali controinteressati - individuati quali docenti che in esito alle operazioni di mobilità interprovinciale per l'anno scolastico 2018/2019 hanno ottenuto il trasferimento nella Provincia di Salerno , per la classe di concorso della ricorrente, A046 , senza alcuna precedenza - renderebbe la notifica del presente reclamo nelle forme ordinarie particolarmente gravosa, nonché incompatibile con le esigenze di celerità del procedimento cautelare, si chiede l'autorizzazione a notificare il ricorso ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla notifica per pubblici proclami, mediante pubblicazione del ricorso e dell'emanando decreto di fissazione di udienza nell'apposito sito internet del M.I.U.R. <http://www.miur.gov.it/atti-di-notifica>

*

SI DEPOSITANO I SEGUENTI DOCUMENTI:

ORDINANZA OGGETTO DEL PRESENTE GRAVAME;

ATTESTAZIONE DEL PERIODO DI CONGEDO

SI CHIEDE L' ACQUISIZIONE DEL FASCICOLO TELEMATICO DI PRIMO GRADO, CONTENENTE I DOCUMENTI RICHIAMATI.

Ai sensi della Legge sul contributo unificato si dichiara che il valore della presente controversia di lavoro è di valore indeterminato, ed esente non superando il limite reddituale richiesto.

Salvis Juribus

Salerno li 11 dicembre 2018

Avvocato Adriana Cioffi

