

Studio Legale

Via G. Ascoli n. 61 – 54100 Marina di Massa (MS)
Via G. Pascoli n. 39 – 54100 Massa (MS) Tel 0585 796173 e fax 0585869267
Via Battiferro n. 63 – Rizzolo di Reana del Rojale 33100 Udine Tel/Fax 0432 857205
studiobiaginisegret@libero.it

TRIBUNALE DI PISTOIA

RITO LAVORO

RECLAMO EX ART. 669-TERDECIES

ED ISTANZA DI NOTIFICAZIONE EX ART. 151 CPC

BABBONI ELENA (cf BBBLNE82M60G628U)

ricorrente reclamante

assistita e difesa dall'Avv.to Daniele Biagini (c.f. BGN DNL 69E18 F023 Y pec: avvdanielebiagini@cnfpec.it) ed, in via congiunta e disgiunta, dall'Avv. Francesco Bertolini (c.f. BRT FNC 74R04 A496 Z pec: francesco.bertolini@avv.sp.legalmail.it), per delega inserita nel fascicolo telematico ex art. 83 cpc, in questa fase elettivamente domiciliata all'indirizzo digitale pec: avvdanielebiagini@cnfpec.it e presso lo Studio dell'Avv. Daniele Biagini, sito in Via G. Pascoli n. 39, 54100 Massa, per comunicazioni di cancelleria si indicano pec: avvdanielebiagini@cnfpec.it francesco.bertolini@avv.sp.legalmail.it fax n. 0585 869267

CONTRO

M.I. Ministero dell'Istruzione

resistente

con l'Avvocatura dello Stato, elettivamente domiciliata ex lege in Firenze, Via degli Arazzieri n. 4, e con l'avv. Giuseppe Giglio e avv. Eloisa Germinara, funzionari delegati dall'Avvocatura dello Stato, allegata in atti, elettivamente domiciliata in Viale Borgo Valsugana, 63/B, 59100 Prato PO, presso l'Ufficio Scolastico, Ambito Territoriale di Pistoia – Prato, PEC usppt@postacert.istruzione.it

PER LA RIFORMA

del provvedimento emesso nel procedimento ex art. 700 CPC iscritto al n. RL 428/2021, GI dott. Barracca, depositata in data 12/10/2021, pubblicato in data 12/10/2021.

PREMETTE

In fatto

Con ricorso d'urgenza ex art. 700 cpc depositato nanti l'intestato Tribunale Sezione Lavoro, e ritualmente notificato, la parte istante, meglio in atti generalizzata, chiedeva al Giudice Unico del Lavoro quanto segue:

1. che, con decorrenza giuridica ed economica dal 01/09/2021, la parte ricorrente è dipendente a tempo indeterminato del Ministero dell'Istruzione (ex MIUR), in persona del Ministro in carica, corrente in Roma, Viale Trastevere 76/A, con la



- qualifica ufficiale di Docente di scuola primaria, classe di concorso EEEE, CCNL Scuola 2007 applicabile;
2. che, prima di tale data, la parte ricorrente ha prestato attività per il Ministero dell'Istruzione, con contratti a termine / supplenze, stipulati con vari istituti dell'UST di Massa Carrara;
 3. che, dalla data del 01/09/2021, data di immissione in ruolo, la parte ricorrente è stata applicata, in via definitiva, presso la scuola primaria Istituto "Giovanni Pascoli, Via S. Francesco D'Assisi, 20, Montecatini (PT), in fase di assunzione in ruolo, successiva alla procedura concorsuale straordinaria ex DM 17/10/2018 – DDG 1546/2018, per l'A.S. 2016/2017, di cui meglio infra;
 4. che la parte ricorrente, residente in Massa, è in condizione di grave criticità familiare, riconducibile alla necessità di dare assistenza alla propria madre, Sig.ra [REDACTED], residente nel Comune di Massa, provincia di Massa Carrara, Via Stradella n. 521;
 5. che la Sig.ra [REDACTED] è in condizioni di disabilità grave, riconosciuta dalla Commissione medica, ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 104/92, di cui alla certificazione Inps del 13/09/2019;
 6. che, inoltre, la Sig.ra [REDACTED] è in condizioni di invalidità civile al [REDACTED];
 7. che, con decreto del 28/10/2020, il Dirigente dell'IC Don Milani di Massa, durante i precedenti rapporti a termine della docente, ha già provveduto alla concessione delle agevolazioni previste dall'art. 33, L. 104/1992, di cui alla richiesta dei giorni di permesso per il lavoratore, al fine di assistere la madre disabile;
 8. che la parte ricorrente ha cercato d'individuare una possibile "gestione" della disabile, la quale chiede e pretende di essere assistita dalla propria figlia, quale la parte ricorrente;
 9. che, con il presente ricorso, la parte ricorrente contesta l'illegittimità della sua assegnazione nell'Ambito Territoriale di Pistoia, in violazione della normativa quale la L. n. 104/1992 e il Dlgs 297/1994, e rivendica il diritto alla sua assegnazione e/o trasferimento, con priorità, nell'Ambito territoriale di Massa Carrara, ovvero in altro Ambito territoriale più vicino alla sede di residenza dell'assistita, secondo l'ordine di preferenza espresso nella propria domanda, in corretta applicazione della normativa, inderogabile e speciale, a tutela della disabile grave;

La procedura concorsuale e le fasi di assegnazione nella sede di Pistoia

10. che la parte ricorrente partecipava, con esito positivo, al concorso straordinario, per titoli ed esami, di cui all'art. 4, co. 1-quinquies, DL. n. 87/2018, convertito con modificazioni, nella L. n. 96/2018, indetto dal Ministero dell'Istruzione con DM 17/10/2018 e DDG 1546 del 07/11/2018 (Bando), per il reclutamento, su base regionale, di personale docente per la scuola dell'infanzia e della scuola primaria, classi di concorso AAAA e EEEE, individuando la Regione Toscana, quale ambito per cui concorrere, come da domanda di partecipazione prot. n. 15390.28/11/2018;
11. che tutte le istanze inerenti la procedura de qua erano interamente informatizzate, con invio delle stesse a mezzo del cd. sistema "Polis";
12. che, ai sensi dell'art. 2 del Bando, il concorso e le relative graduatorie erano organizzate su base regionale;
13. che, con DDG n. 338 del 25/07/2019 USR Toscana, emanato all'esito della procedura concorsuale di cui sopra, veniva pubblicata la graduatoria di merito dei



candidati vincitori, valida per tutti gli ambiti territoriali (Province) della Regione Toscana;

14. che in tale graduatoria di merito GM2018 della Regione Toscana, la parte ricorrente era inserita nella posizione utile n. 1577, con punti n. 35;
15. che nella sua istanza di partecipazione alla procedura concorsuale detta, non era consentito alla parte ricorrente di esprimere alcun ordine di preferenza di sede provinciale, né eventuali titoli di precedenza, quale la certificazione ex L. 104/1992;
16. che la scelta della provincia di assegnazione era rinviata ad una fase successiva;
17. che, con Prot. 9699 del 29/06/2021 e Prot. 9863 del 01/07/2021, veniva dato avvio alle operazioni di reclutamento dei candidati vincitori, inseriti nella GM2018, cd fase di assegnazione;
18. che, in particolare, era autorizzata, tramite il sistema Polis "Istanze on line", l'istanza di scelta, in ordine di preferenza, delle Province della Regione Toscana;
19. che, con istanza acquisita al Prot. I.5825639.05/07/2021, la parte ricorrente esprimeva il seguente ordine di preferenza delle Province, per la classe di concorso EEEE Scuola primaria, di appartenenza: 1. Massa Carrara; 2 Lucca; 3 Pisa; 4 Pistoia; 5 Prato; 6 Firenze; 7 Livorno; 8 Grosseto; 9 Arezzo; 10 Siena;
20. che, in tale fase, la parte ricorrente ha espresso una indicazione, in esercizio dei diritti ex L. 104/1992 e Dlgs 297/1994, quale sede di assegnazione all'atto dell'assunzione in ruolo, individuando Massa Carrara quale prima scelta;
21. che, con DM n. 228 del 23/07/2021, il Ministero dell'Istruzione autorizzava il contingente delle assunzioni per l'A.S. 2021/2022, nella scuola dell'infanzia e primaria, determinandolo in complessivi n. 112.473 posti, di cui n. 8.427 riservati al contingente della Regione Toscana, come da Allegato B al DM detto;
22. che unitamente al DM n. 228/2021 citato, era pubblicato l'Allegato A contenente le istruzioni operative alle nomine in ruolo, su base regionale;
23. che, con DDG Prot. 494 del 27/07/2021, l'USR Toscana pubblicava l'elenco delle disponibilità su posto comune della scuola primaria (classe di concorso EEEE), individuando, per la provincia di Massa Carrara, n. 26 posti totali, di cui n. 21 posti da assegnare ai candidati della GM (come la parte ricorrente) e n. 5 posti da assegnare ai candidati della GAE;
24. che, con prot. n. 601 del 28/07/2021, l'USR Toscana pubblicava l'elenco dei candidati destinatari di contratto tempo indeterminato, fase di assunzione, con indicazione della Provincia assegnata;
25. che, inopinatamente, la parte ricorrente veniva assegnata alla Provincia di Pistoia, come da elenco allegato al citato Prot. 601;
26. che tale procedura era interamente informatizzata, di cui alla gestione del Sistema "Polis", senza individuazione di alcun responsabile del procedimento, persona fisica;
27. che sin d'ora si contesta un'anomalia e/o falla del sistema informatico utilizzato per la predisposizione e creazione delle graduatorie;
28. che il sistema, in modo "criptico", ha "assegnato" le province senza alcun rispetto della posizione, del punteggio di graduatoria e delle preferenze espresse, in violazione della par condicio dei candidati e della parte ricorrente;
29. che seguiva l'apertura della fase di scelta della sede, istituto scolastico nell'ambito della Provincia assegnata, di cui al Prot. 11496 del 28/07/2021 USR Toscana, sempre a mezzo del sistema Polis "Istanze on line";



30. che solo in tale fase, del tutto inutilmente, è stato consentito all'aspirante docente di indicare "l'eventuale diritto alle precedenzae previste dalla L. 104/92, allegando la necessaria documentazione prevista";
31. che trattasi di diritto di precedenza previsto solo all'interno della Provincia già illegittimamente assegnata, nel caso de quo la Provincia di Pistoia;
32. che la parte ricorrente non ha inteso esercitare una tale facoltà, contestando in radice l'assegnazione sulla Provincia di Pistoia, in luogo di Massa Carrara, come dalla stessa individuata;
33. che con Prot. 637 del 04/08/2021, seguiva la pubblicazione della sede (istituto) di assegnazione della parte ricorrente, quale l'Ist. "Giovanni Pascoli" di Montecatini (PT), con presa di servizio per il giorno 01.09.2021;
34. che, ex art. 399 Dlgs 297/1994, da ultimo modificato dall'articolo 58, comma 2, lettera f), del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 luglio 2021, n. 106, la parte ricorrente è soggetta al vincolo triennale di permanenza nella sede assegnata, senza alcuna possibilità di partecipare a procedure di mobilità o usufruire di altri istituti quali utilizzazioni e/o assegnazioni provvisorie, rendendosi, quindi, necessario procedersi con la presente azione;
- L'illegittimità del DM n. 228/2021, Allegato A, istruzioni operative alle nomine in ruolo. Violazione della L. 104/1992 e del Dlgs 297/1994. Diritto alla priorità nella scelta della Provincia e/o al trasferimento.**
35. che, come sopra rilevato, nella fase della convocazione per la nomina in ruolo su base regionale, non è stato consentito alla parte ricorrente di esprimere la preferenza di sede provinciale, con priorità, quale sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere, ex L. 104/1992;
36. che, in particolare, il DM 228/2021 – Allegato A, "istruzioni operative alle nomine in ruolo", ha così previsto la procedura di nomina in ruolo: "A6. Per quanto attiene alle nomine in ruolo da effettuare attingendo dalle graduatorie di merito relative a concorsi svolti su base regionale, il sistema delle precedenzae di cui alla Legge 5 febbraio 1992, n. 104 (art. 21, art. 33 comma 6 e art. 33 commi 5 e 7) non opera riguardo alla scelta della provincia.";
37. che, in buona sostanza, il DM 228/2021 – Allegato A, istruzioni operative alle immissioni in ruolo, ha escluso il diritto per la parte ricorrente di avvalersi del titolo di preferenza, di cui alla L. 104/1992 e Dlgs 297/1994, in sede di scelta della Provincia di assegnazione del ruolo;
38. che solo dopo l'avvenuta assegnazione, illegittima, nella Provincia di Pistoia, di cui al Prot. 601 del 28/07/2021, l'USR Toscana consentiva alla parte ricorrente di far valere il suo diritto di precedenza nella scelta della sede, ma limitatamente all'ambito provinciale e non regionale;
39. che tale procedura è in violazione della normativa di legge, quale l'art. 33, co. 5, L. 104/1992 e l'art. 601 del Dlgs 297/1994 (T.U. Scuola);
40. che l'art. 601 Dlgs 297/1994 così dispone: "Tutela dei soggetti portatori di handicap. 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.";
41. che l'art. 33, L. 104/1992, così dispone: "2. I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai rispettivi datori di lavori di usufruire, in alternativa al prolungamento



- fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino. 3. A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. 3-bis. Il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito. 4. Ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all'art. 7 della citata legge n. 1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma del medesimo art. 7 della legge n. 1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della legge 9 dicembre 1977, n. 903. 5. Il lavoratore di cui al comma 3, [con lui convivente,] 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. 6. La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire alternativamente dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso. 7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità. 7-bis. Ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.”;
42. che, ai fini della tutela di cui all'art. 33, L. 104/1992 e art. 601, Dlgs 297/1994, le fasi di assunzione dovevano considerarsi in modo unitario, senza alcuna scissione



- temporale tra l'assegnazione ad un ruolo in una Provincia della Regione Toscana, nel caso Pistoia, senza diritto di godimento dei benefici e delle prerogative della L. 104/1992, e poi assegnazione della sede scolastica nell'ambito di un Comune della Provincia assegnata, con diritto di godimento dei benefici ex L. 104/1992;
43. che il diritto di avvalersi dei benefici e delle prerogative di cui alla L. 104/1992 e Dlgs 297/1994 nasce con il diritto all'assunzione, e cioè nel momento immediatamente successivo alla procedura concorsuale che, nel caso de quo, dalla data del 25/07/2019, si era esaurita;
44. che, sin dalla data del 25/07/2019, di cui al DDG 338 USR Toscana, ad oggetto la pubblicazione dei candidati vincitori, il Ministero dell'Istruzione doveva rispettare l'espressione delle preferenze con diritto di priorità, in corretta applicazione della L. 104/1992 e del Dlgs 297/1994;
45. che trattasi di diritto inderogabile;
46. che, cioè, la tutela del diritto "di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere" doveva e deve essere garantita sin dalla fase di assegnazione della Provincia, e non nella fase di assegnazione della sede / istituto;
47. che il mancato esercizio del diritto di priorità nella scelta della Provincia, ex L. 104/1992 e Dlgs 297/1994, si rappresenta quale errata applicazione e attuazione della L. 104/1992, art. 33, e del Dlgs 297/1994, art. 601, con compressione dei diritti ivi inderogabilmente previsti, a danno della persona disabile;
48. che, infatti, l'assegnazione in una Provincia distante da quella di residenza o domicilio del disabile da assistere, nel caso de quo Pistoia, rende del tutto irrilevante ed indifferente la priorità nella scelta della sede / istituto all'interno del Comune di Pistoia o Montecatini;
49. che qualsiasi sede o istituto della Provincia di Pistoia è distante dalla residenza o domicilio del disabile da assistere, nel caso de quo, dal Comune di Massa, e impedisce alla parte ricorrente di assistere la persona disabile grave;
50. che il DM 228/2021 è, quindi, illegittimo, in quanto non ha garantito il corretto esercizio del diritto di precedenza, in violazione dell'art. 601 Dlgs 297/1994 dell'art. 33, co. 5, L. 104/1992;
51. che, sul punto, la Corte di Cassazione n. 16298 del 03/08/2015, ha così statuito: "Il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato con lui convivente, di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio deve essere inteso - sia in base ad argomenti letterali, sia in base ad argomenti sistematici - nel senso della possibilità di suo esercizio tanto al momento dell'assunzione, quanto in costanza di rapporto.";
52. che tale principio è stato poi confermato con Cass. n. 6150 del 01/03/2018: "In materia di assistenza ai portatori di handicap, l'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dalla l. n. 53 del 2000 e dalla l.n. 183 del 2010, circa il diritto del lavoratore che assiste un disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretato nel senso che tale diritto può essere esercitato, al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell'assunzione, anche nel corso del rapporto di lavoro, deponendo in tal senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con le esigenze di tutela e garanzia dei diritti del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione



ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con l. n. 18 del 2009.”;

53. che la Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare il diritto alla salute psico-fisica del disabile, tutelato dall’art. 32 Cost., il quale ricomprende al suo interno anche l’assistenza e la socializzazione e tale diritto va “garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo, che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell’art. 2 Cost., deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico” (Cosi, Corte Cost. Sent. 5 luglio 2016 n. 213 e Corte Cost. Sent. 23 marzo 2010 n. 138);
54. che, dunque, il diritto di “scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere” si pone in stretta correlazione con la tutela della salute psico-fisica della persona disabile, poiché è proprio attraverso l’agevolazione che è consentito al disabile grave di godere dell’assistenza dei propri familiari ed è possibile proteggere e garantire “il soddisfacimento dell’esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative” e tutti gli altri “fondamentali fattori di tutela della salute del portatore di handicap” stesso (Cosi, Corte Cost. Sent. 5 luglio 2016 n. 213, Corte Cost. Sent. 08 maggio 2007 n. 158 e Corte Cost. Sent. 05 dicembre 2003 n. 350);
55. che, come sopra rilevato, ex art. 601, co. 2, Dlgs 297/1994, le prerogative di cui alla L. 104/1992 sono inderogabili, prevedendosi il diritto alla precedenza sin dall’atto della nomina in ruolo;
56. che, nel caso de quo, è pienamente realizzata anche la condizione normativa di cui alla previsione “ove possibile”, ex art. 33, co. 5, L. 104/1994;
57. che la parte ricorrente ha, dunque, in via subordinata, un diritto ad essere trasferita, in deroga all’art. 399, Dlgs 297/1994, di cui al vincolo triennale sulla sede di prima nomina;
58. che, come sopra rilevato, nella Provincia di Massa Carrara, erano disponibili n. 26 posti, di cui n. 21 posti riservati alle assunzioni da GM2018, per la classe di concorso EEEE Scuola Primaria;
59. che, come pubblicato sul sito dell’UST di Massa Carrara, trattasi dei seguenti posti:
- | | | | |
|------------|----------------------------------|----------------|---|
| MSEE014029 | AULLA CAPOLUOGO (D.D. AULLA) | COMUNE | 7 |
| MSEE810043 | LICCIANA CAPOLUOGO (IC COCCHI) | COMUNE | 4 |
| MSEE81906G | S. LUCIA MASSA (IC ALF-BERTAGN) | COMUNE | 4 |
| MSEE80901Q | FOSSONE (IC AVENZA G. MENCONI) | COMUNE | 3 |
| MSEE81601V | FIVIZZANO CAPOLUOGO (IC MORATTI) | COMUNE | 3 |
| MSEE822016 | "SAFFI" (I.C. CARRARA E PAESI) | COMUNE | 2 |
| MSEE806018 | BARBARASCO (IC ALIGHIERI AULLA) | COMUNE | 1 |
| MSEE814039 | "G. TIFONI" - PONTREMOLI (MS) | COMUNE | 1 |
| MSCT70300G | C.T.P. PONTREMOLI | ISTRUZ. ADULTI | 1 |
60. che la condotta posta in essere dal Ministero dell’Istruzione è di chiara discriminazione, in pregiudizio del diritto, inderogabile e speciale, ex L. 104/1992 e Dlgs 297/1994, della parte ricorrente, dipendente pubblica, e del disabile grave bisognoso di assistenza;
61. che la norma di legge, fonte di rango primario, è prevalente sulla normativa regolamentare, di cui al DM, fonte secondaria;



62. che si chiede la disapplicazione della normativa di fonte secondaria in contrasto con la normativa di legge, in corretta applicazione dei principi costituzionali di gerarchia delle fonti;

Sul periculum.

63. che in termini di danno grave ed irreparabile si evidenzia quanto segue;

64. che l'illegittima assegnazione, d'imperio, della parte ricorrente nell'Ambito della Provincia di Pistoia, ha gravi e perduranti conseguenze, non solo economiche, che giustificano la domanda, in termini d'urgenza ed in via cautelare;

65. che la parte ricorrente è privata, in conseguenza dei tempi processuali ordinari, della possibilità di ottenere un avvicinamento presso il luogo di residenza e domicilio della persona disabile grave, quale la madre Sig.ra [REDACTED] di anni [REDACTED]

66. che la distanza tra Massa e Montecatini, superiore a n. 75 km, e con collegamento tramite mezzi pubblici disagiata, non consente alla parte ricorrente di prestare l'assistenza necessaria alla madre, disabile grave;

67. che l'assegnazione o il trasferimento della docente Babboni Elena deve essere soddisfatto sia per l'organizzazione relativa alla cura delle patologie della madre, sia per il miglioramento della sua vita di relazione, nonché per l'assistenza materiale ed affettiva, con un conseguente danno grave ed irreparabile, in caso di permanenza al diniego del diritto;

68. che, infatti, l'assistita Sig.ra [REDACTED] è affetta da coroidosi gravissima, con perdita del visus, oltre ad altre complicanze artrosiche, e non è in grado di provvedere alle esigenze quotidiane di vita, quali la vestizione, l'auto-alimentazione, la cura e l'igiene personale, fare la spesa, ed ogni altra esigenza ordinaria, compresa la necessità della somministrazione di farmaci;

69. che è interesse manifestato dalla stessa che sia la parte ricorrente a poter soddisfare e vigilare sul soddisfare tali esigenze, in una assistenza permanente e continua, provvedendo anche ad accompagnare il soggetto disabile alle visite di controllo od ad accertamenti sanitari;

70. che, in ogni caso, la presenza della parte ricorrente in una temporalità maggiore presso la propria madre è direttamente incidente sull'assistenza affettiva e morale, elemento non fungibile o compensabile con qualsivoglia altra modalità di assistenza

71. che la madre necessita di cura farmacologica quotidiana, con assunzione di numerosi farmaci in diverse ore del giorno, sia per via orale, che per via cutanea;

72. che la lontananza della parte ricorrente incide sui diritti del disabile grave, oggetto di tutela da parte della inderogabile e speciale normativa di legge;

73. che, pertanto, la corretta assegnazione nell'Ambito della Provincia di Massa, o, comunque, in una sede più vicina alla residenza o domicilio del disabile, consente la piena applicazione della tutela ex L. 104/1992;

74. che trattasi di pregiudizi di natura "irreparabile" e non meramente patrimoniali, in quanto intaccano la sfera dei diritti della persona umana, di cui all'assistenza affettiva;

75. che trattasi di diritti fondamentali della persona non altrimenti risarcibili per equivalente;

76. che, tramite l'IC di applicazione, la parte ricorrente ha provveduto, in data 01/09/2021, alla richiesta dei giorni di permesso, al fine di assistere il figlio disabile, ex art. 33 comma 3 L. 104/92;



77. che la parte ricorrente esprime ogni più ampia riserva di agire con autonoma azione per altri diritti maturati e maturandi e/o per il risarcimento di ogni danno, anche all'esito del presente procedimento;

* * *

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione resistente, a mezzo del funzionario delegato, con memoria in data 30/09/2021, la quale contestava in fatto e in diritto il ricorso e concludeva per il suo rigetto.

Il Giudice designato, dott. Barracca, fissava con decreto la prima udienza per il giorno 11/10/2021, con svolgimento senza presenza delle parti, mediante lo scambio e il deposito, in telematica, di note di trattazione scritta.

Autorizzava la notifica del ricorso e del decreto ai candidati immessi in ruolo ed assegnati alla Provincia di Massa Carrara, per la cdc EEEE scuola primaria, come da istanza compiegata al ricorso introduttivo, ovvero tramite pubblicazione degli atti:

- sul sito istituzione del Ministero dell'Istruzione nell'apposita sezione notifica atti;
- sul sito istituzionale dell'Ufficio Scolastico della Regione Toscana;
- sul sito istituzionale dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Massa Carrara.

Provvedutosi agli incombeni di rito, con deposito in PCT degli atti notificati come sopra, nessun terzo contro-interessato si costituiva in giudizio.

Si costituiva il Ministero resistente, a mezzo dei funzionari delegati, con memoria del 30/09/2021, eccependo in via preliminare la carenza di legittimazione passiva delle articolazioni territoriali del Miur (USR ed USP) ed il difetto di integrazione del contraddittorio.

In ordine a tali profili, trattasi di eccezioni infondate, giustamente non accolte dal Magistrato, in quanto il ricorso è stato promosso nei confronti del Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro in carica, e notificato all'avvocatura dello stato, quale domicilio ex lege.

Lo stesso ricorso è stato notificato agli Uffici Scolastici articolazioni territoriali per completezza ed ai fini della loro pubblicazione, ex art. 151 cpc, sui rispettivi siti istituzionali per l'integrazione del contraddittorio, come disposto dal Magistrato.

In punto di fumus boni iuris, l'Amministrazione resistente non contestava le deduzioni e allegazioni del ricorso introduttivo, limitandosi a sostenere come l'Ufficio Regionale e



Territoriale avessero dato mera applicazione alla normativa del reclutamento su base regionale.

Nessuna contestazione sollevava il Ministero in ordine alla concreta disponibilità dei posti nella Provincia di Massa Carrara, così come allegato e documentato in atto introduttivo, rendendo la circostanza pacifica.

In ordine al diritto di priorità nella scelta della sede, il Ministero richiamava genericamente la normativa contrattuale, non applicabile al caso de quo e, comunque, non produceva alcun ccnl.

Deduceva inoltre la discrezionalità dell'amministrazione sul potere di fissare criteri di priorità, anche in deroga alla normativa cogente di legge.

In termini di *periculum*, il Ministero si limitava ad una generica contestazione in termini di "irrilevanza" delle allegazioni del ricorso introduttivo, senza dedurre alcunché in modo specifico.

Seguiva il deposito delle note di trattazione scritta, il cui contenuto è da intendersi qui richiamato e trascritto, e l'udienza cd "cartolare" dell'11/10/2021, nella quale il Giudice si riservava.

Con ordinanza del 12/10/2021 emessa a scioglimento della riserva assunta, il Giudice rigettava il ricorso, a spese compensate.

Tale decisione è ingiusta ed erronea e se ne chiede, pertanto, la totale riforma per i motivi seguenti.

MOTIVO A). Sussistenza del *periculum*.

Il ricorso cautelare è stato rigettato per carenza del requisito del *periculum*, esimendosi il Magistrato della precedente fase da ogni valutazione in termini di *fumus*.

Premessa una breve disamina sui caratteri del procedimento cautelare, il Magistrato ha così motivato: *"Ritiene il Tribunale che il ricorso vada rigettato perché non sussiste nel caso di specie il "periculum in mora". Parte ricorrente sostiene, in estrema sintesi, che la sua assegnazione nell'ambito della provincia di Pistoia sia illegittima e che l'assegnazione in via d'urgenza presso la provincia di Massa*



o in altro comune più vicino al proprio luogo di residenza appare necessaria per poter assistere in via continuativa il proprio genitore, disabile grave. Il Ministero convenuto, costituendosi in giudizio, ha ribadito la legittimità del proprio operato e, in particolare, la correttezza dell'assegnazione della ricorrente presso l'ambito di Pistoia e ritiene insussistente il "periculum in mora", così come allegato da parte ricorrente.

La ricorrente afferma, quindi, che presta assistenza all'anziana madre, affetta da gravi patologie. Sul punto si rileva che la ricorrente non afferma mai nel ricorso di essere l'unico familiare che si può occupare dell'anziana madre. Non risulta provato (e documentato) infatti che altri familiari della ricorrente non possano occuparsi del proprio genitore (ritenendo il Tribunale non probante in questo giudizio l'autocertificazione prodotta dal fratello della ricorrente né la volontà della signora [REDACTED] di essere assistita dalla ricorrente) Inoltre non può non rilevarsi che parte ricorrente non chiede una assegnazione esclusiva su Massa ma anche "...in una sede più vicina alla residenza o domicilio del disabile.." che, per la loro distanza con Massa (quand'anche fosse più "contenuta"), non potrebbe comunque garantire, in ipotesi, l'assistenza continuativa al proprio genitore, così come allegata in ricorso ("...che, infatti, [REDACTED] [REDACTED] è affetta da coroidosi gravissima, con perdita del visus, oltre ad altre complicanze artrosiche, e non è in grado di provvedere alle esigenze quotidiane di vita, quali la vestizione, l'autoalimentazione, la cura e l'igiene personale, fare la spesa, ed ogni altra esigenza ordinaria, compresa la necessità della somministrazione di farmaci;...", pag.11 del ricorso). Parte afferma, ancora, che "...che è interesse manifestato dalla stessa che sia la parte ricorrente a poter soddisfare e vigilare sul soddisfare tali esigenze, in una assistenza permanente e continua, provvedendo anche ad accompagnare il soggetto disabile alle visite di controllo od ad accertamenti sanitari;...". Deve ritenersi che le esigenze di assistenza allegate dalla ricorrente ben possono essere soddisfatte, nell'attesa della definizione di un eventuale giudizio di merito, con i permessi previsti dalla legge 104/92 e dal congedo straordinario previsto proprio per i lavoratori dipendenti che assistano familiari con disabilità grave ex art.3, comma 3, della legge 104/92. Il mero disagio che potrebbe derivare alla ricorrente e al suo nucleo familiare dal prestare servizio a Montecatini (la cui distanza da Massa non impedisce comunque alla ricorrente di rientrare in giornata presso il suo luogo di residenza) per il tempo verosimilmente occorrente alla definizione del giudizio di merito di primo grado, in difetto di puntuali e concrete allegazioni, supportate da idonee evidenze probatorie, circa le specifiche ripercussioni negative su di sé e/o i propri familiari discendenti dal prestare servizio a Montecatini, non appare da solo sufficiente ad integrare il rischio di un danno imminente e irreparabile. Quanto alle conseguenze economiche derivanti dalla prospettata illegittimità dell'assegnazione presso l'ambito pistoiese si rileva che la ricorrente non ha allegato nel proprio ricorso di trovarsi in una situazione di vera e propria indigenza (della ricorrente e della sua famiglia) derivante dal prestare servizio a Montecatini e tale da non poter consentire l'attesa della definizione di un eventuale giudizio di merito. In definitiva la ricorrente non ha allegato specificamente di trovarsi in una situazione economica che,



“aggravata” dall’assegnazione nella provincia di Pistoia, non consenta a sé e alla propria famiglia di vestirsi o di mangiare, o di dover pagare costose cure per sé o per i propri familiari. Parte ricorrente, anche sotto questo profilo, non ha offerto elementi di prova documentale da cui evincere, nei termini suindicati, una situazione di pregiudizio imminente ed irreparabile”.

Tale motivazione è errata in quanto non tiene in considerazione le allegazioni e le istanze specifiche, anche istruttorie, del ricorso introduttivo.

Nel caso de quo, il diritto del disabile è “colpito” da un pregiudizio grave ed irreparabile, allegato e dedotto ai capi 63) – 77) del ricorso introduttivo ex 700 cpc.

Trattasi di un pregiudizio alla sfera dei diritti della persona umana, di cui all’assistenza affettiva, fondata su una tipologia di danno, grave ed irreparabile, e non ristorabile per equivalente (denaro).

In particolare, la parte ricorrente evidenziava, quale *periculum in mora*, quanto segue:

67) *che l’assegnazione o il trasferimento della docente Babboni Elena deve essere soddisfatto sia per l’organizzazione relativa alla cura delle patologie della madre, sia per il miglioramento della sua vita di relazione, nonché per l’assistenza materiale ed affettiva, con un conseguente danno grave ed irreparabile, in caso di permanenza al diniego del diritto;*

68) *che, infatti, l’assistita Sig.ra [REDACTED] è affetta da coroidosi gravissima, con perdita del visus, oltre ad altre complicanze artrosiche, e non è in grado di provvedere alle esigenze quotidiane di vita, quali la vestizione, l’auto-alimentazione, la cura e l’igiene personale, fare la spesa, ed ogni altra esigenza ordinaria, compresa la necessità della somministrazione di farmaci;*

69) *che è interesse manifestato dalla stessa che sia la parte ricorrente a poter soddisfare e vigilare sul soddisfare tali esigenze, in una assistenza permanente e continua, provvedendo anche ad accompagnare il soggetto disabile alle visite di controllo od ad accertamenti sanitari;*

70) *che, in ogni caso, la presenza della parte ricorrente in una temporalità maggiore presso la propria madre è direttamente incidente sull’assistenza affettiva e morale, elemento non fungibile o compensabile con qualsivoglia altra modalità di assistenza*

71) *che la madre necessita di cura farmacologica quotidiana, con assunzione di numerosi farmaci in diverse ore del giorno, sia per via orale, che per via cutanea.*

Tali allegazioni non sono state contestate dall’amministrazione, pertanto, dovevano essere ritenute pacifiche dal Magistrato.



Inoltre, le circostanze di cui sopra trovano idoneo riscontro nei documenti allegati all'atto introduttivo, dai quali il Magistrato non ha tratto le giuste valutazioni.

Si ha riferimento alla certificazione ex L. 104/92, doc. 16) fascicolo ricorrente, ed alla richiesta di concessione dei benefici ex L. 104/92, doc. 17), inoltrata all'Istituto di precedente applicazione, IC Don Milani di Massa (del quale il Dirigente concedeva poi i benefici richiesti), dai quali emerge quanto segue.

Doc. 16), verbale della Commissione medico legale, si legge che la [REDACTED] [REDACTED] disabile in condizioni di gravità, è "Vedova" e da "Esame obiettivo" versa in "Discrete cond. generali, a visita con la figlia con la quale vive, deambulazione incerta, collab.nnte per l'età, alt. 162 cm, perso 70 Kg: grave deficit visivo. [...] Parere dell'esperto: minima integrazione sociale".

Doc. 17), richiesta di concessione dei benefici ex L. 104/92 in data 27/10/2020, la parte ricorrente dichiara:

- di essere convivente con la madre Sig.ra [REDACTED], portatrice di handicap in condizioni di gravità;
- di assistere in via continuativa ed esclusiva la madre, non essendoci altri parenti ed affini conviventi con la disabile e non lavoratori, che possano fornirle assistenza;
- che la madre non è ricoverata a tempo pieno presso istituti specializzati;
- che nessun altro familiare beneficia dei permessi per la madre.

Detta autocertificazione è integrata dalla dichiarazione del [REDACTED], fratello della parte ricorrente, NON CONVIVENTE con la madre, il quale dichiara, in data 27/10/2020, DI NON ESSERE NELLE CONDIZIONI DI PRESTARE ASSISTENZA CONTINUATIVA ALLA MADRE DISABILE GRAVE PER: MOTIVI DI LAVORO.

Tali documenti, che rappresentano una condizione familiare ad oggi non mutata, come allegato in ricorso, confermano che la [REDACTED] vuole e può essere assistita solo dalla figlia, parte ricorrente, unica convivente.

* * *

Ove ritenute prive di rilevanza e prive di efficacia probatoria le emergenze documenti di



cui sopra, il Magistrato doveva istruire il procedimento con l'escussione degli informatori, consentendo alla ricorrente di provare in giudizio le allegazioni del ricorso introduttivo e le dichiarazioni rese in fase di autocertificazione.

Il Magistrato della precedente fase non ha fatto corretta applicazione della normativa di cui all'art. 669-sexies cpc, che, al suo comma 1, dispone: *"Il Giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda"*.

Si sono individuati, tra gli informatori, il [REDACTED], fratello della ricorrente, nonché la [REDACTED], amica della ricorrente, che è solita frequentare la casa della stessa, e, quindi, in grado di confermare il quadro di criticità familiare.

È stata, altresì, indicata la [REDACTED], medico di famiglia, la quale può confermare le gravi condizioni di salute della madre della parte ricorrente (anche se non necessario, stante l'età e le patologie sofferte dalla [REDACTED], e la necessità dell'assistenza morale ed affettiva, da parte della figlia, che non può essere sostituita e/o risarcita.

* * *

Il Magistrato della precedente fase ha, inoltre, errato ove ha ritenuto di poter sindacare l'organizzazione familiare nell'assistenza al disabile.

È bene ricordare che la L. 104/1992 ha ad oggetto la tutela dei diritti della persona affetta da disabilità grave, nel caso de quo la [REDACTED]

Il destinatario dei diritti di cui alla L. 104/1992 è il disabile stesso, non il lavoratore, il quale, di riflesso, ne ha le conseguenze.

Pertanto, non possono essere messe in discussione e/o riprogrammate le scelte del soggetto assistito, ma solo rispettate ove vi siano le condizioni di legge: soggetto con disabilità grave.

Detta circostanza evidenzia, in modo assorbente, l'esistenza del pregiudizio imminente e irreparabile.



Trattasi di un interesse, quale quello dell'*affectio* parentale, che è irrisarcibile ed *in re ipsa*, in quanto condizione di assistenza a persona con handicap in situazione di gravità, quale la madre della parte ricorrente, la quale subirebbe conseguenze irrimediabili, sotto il profilo psico-fisico, qualora non riceva la debita assistenza per le patologie in essere, in fisiologico stato di aggravamento, non risarcibili per equivalente.

In ultimo, la decisione del Giudice di prime cure è ingiusta ed erronea, ove rileva che *“un’assegnazione esclusiva su Massa ma anche “...in una sede più vicina alla residenza o domicilio del disabile...” che, per la loro distanza con Massa (quand’anche fosse più “contenuta”) non potrebbe comunque garantire, in ipotesi, l’assistenza continuativa al proprio genitore, così come allegata in ricorso”*.

Rileva ancora, erroneamente, il Magistrato, che la distanza da Massa a Montecatini non crea disagio alla ricorrente ed al suo nucleo familiare, ben potendo la ricorrente rientrare in giornata presso il suo luogo di residenza, potendo quindi attendere l’esito di un giudizio ordinario.

Tale motivazione non è condivisibile e si scontra con dati oggettivi.

La parte ricorrente riveste un ruolo essenziale ai fini dell’assistenza alla madre, [REDACTED] e la stessa non ha altri familiari che possano darle l’assistenza di cui ha bisogno.

Come sopra rilevato, il [REDACTED], fratello della ricorrente, è impossibilitato ad assistere la madre, per motivi legati alla sua attività lavorativa.

Al capo 66) del ricorso, si è allegato e documentato (tramite estratto Via Michelin) *“che la distanza tra Massa e Montecatini, superiore a n. 75 km, e con collegamento tramite mezzi pubblici disagiata, non consente alla parte ricorrente di prestare l’assistenza necessaria alla madre disabile grave”*.

Per percorrere tale distanza occorre del tempo, in media quattro ore tra andata e ritorno. A tale tempistica occorre aggiungere il tempo dell’orario di lavoro, pari a n. 5 ore giornaliere, quale orario ordinario, ed il disagio legato alla impossibilità di poter fronte ad un’eventuale, probabile, emergenza.

Quanto sopra costringe la parte ricorrente ad un rientro presso l’abitazione del disabile



almeno nel tardo pomeriggio o addirittura in serata (per riunioni, consigli d'istituto, consigli di classe, ricevimento dei genitori o corsi di formazione), non potendosi garantire alcuna minima assistenza alla madre [REDACTED]

Ed in caso di emergenza, la parte ricorrente sarebbe nella oggettiva impossibilità di fare rientro immediato a casa, in quanto vincolata al rispetto degli orari dei mezzi pubblici (treni).

Trattasi di concrete possibilità di mancate somministrazioni di farmaci urgenti e/o cure alla persona, mancata assistenza, [REDACTED]

Un più corretto esame e vaglio delle allegazioni del ricorso introduttivo, supportate anche in via documentale, dovevano indurre il Magistrato della precedente fase a ritenere soddisfatto il requisito del periculum.

* * *

L'irrisarcibilità /irrimediabilità del danno è da ricondursi, nel caso de quo, nella impossibilità dell'attesa di un giudizio ordinario, in quanto i tempi dello stesso, con i noti tempi del Tribunale di Pistoia, dovuto ai carichi di ruoli, in questo momento storico aggravati dalla condizione emergenziale per la pandemia da Covid-19, privano adesso la [REDACTED] della necessaria assistenza e del diritto che la legge inderogabile le riconosce e garantisce.

Sul punto, in fattispecie gemella, con ordinanza del 15/10/2021, proc.to RL 427/2021, che si produce, il Tribunale di Pistoia, nella persona del dott. Emanuele Venzo, ha statuito che *“ritenuto, sotto il profilo del periculum, che il tempo necessario alla definizione del giudizio di merito, perdurando la mancata assegnazione nella sede più vicina al domicilio posto nel comune di Massa, distante oltre 85 km da Pistoia, per effetto del mancato riconoscimento del diritto di cui all'art. 33 comma 5 L. 104/1992, verrebbe a comprimere gravemente e, in ipotesi a precludere, la possibilità per la madre di assolvere alle esigenze di cura ed assistenza del figlio minore di anni nove, affetto da handicap grave, bisognoso di cura farmacologica quotidiana, con assunzione di farmaci in diverse ore del giorno. Ritenuto pertanto che la domanda cautelare va accolta, sussistendo congiuntamente i requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora”*.

Si produce altresì recente ordinanza del Tribunale di Palermo, RL 774/2021 del 29/09/2021, ove, in termini di periculum, in caso simile, rileva come segue: *“Secondo la società resistente l'inesistenza del pericolo nel ritardo dovrebbe dedursi dal “ritardo” con cui il lavoratore*



avrebbe formulato l'istanza di trasferimento, cioè circa quattro anni dopo l'insorgere delle patologie invalidanti della madre e dopo circa un anno dalla domanda di fruizione dei permessi previsti dall'art. 33, comma 3, L. 104/1992.

Ora, premesso che l'inerzia o il ritardo nell'esercizio dei diritti non possa di per sé pregiudicare il loro godimento, secondo questo giudice la questione controversa va affrontata in questi termini: posto che il diritto azionato in giudizio "appare fondato", sussiste il pericolo che esso nelle more del processo risulti pregiudicato irreparabilmente?

Ebbene, la risposta al superiore quesito non può che essere affermativa, perché è del tutto evidente che le esigenze di assistenza del disabile (comprovate dal riconoscimento della condizione di disabilità ex art. 3, comma 3, L. 104/1992) risulterebbero frustrate da un'ipotetica pronuncia giudiziale favorevole che intervenisse a distanza di un anno o più dalla presentazione del ricorso.

Per le ragioni appena esposte, la domanda cautelare deve trovare accoglimento e, per l'effetto, Poste Italiane spa va condannata a trasferire il ricorrente presso una sede sita nel Comune di Monreale (PA) o comunque nella Provincia di Palermo".

Per tali ragioni e per i motivi che il giudice non ha tenuto in considerazione, si chiede che venga riformato il provvedimento negativo, nei termini di sussistenza del periculum in mora.

Non condivisibile è anche il rilievo del Magistrato della pregressa fase in ordine alle valutazioni di tipo economico.

La parte ricorrente non ha allegato o dedotto alcun danno di natura economica, ma solo il danno irreparabile, non meramente patrimoniale, di cui all'assistenza affettiva.

Come sopra rilevato, tale danno **non potrà essere ristorato in alcun modo**, nemmeno in via giudiziale, essendo strettamente legato all'assistenza e cura del disabile, ora.

MOTIVO B). Fumus boni iuris.

In termini di fumus, non abbiamo che da rinviare alle allegazioni del ricorso introduttivo, sopra ritrascritte.

La difesa della parte ricorrente contesta le allegazioni e deduzioni dell'Amministrazione, di cui alla precedente memoria.



Si richiamano e si fanno proprie, in quanto pienamente condivisibili e adottabili nel presente procedimento, le motivazioni del dott. Emanuele Venzo, di cui all'ordinanza del 15/10/2021, rese in causa gemella, il quale ha così statuito:

*“RITENUTO, nel caso di specie, che sono incontroverse le circostanze di fatto allegare nel ricorso, di seguito esposte: **a)** la ricorrente risiede nel comune di Massa ed assiste il [REDACTED] di anni nove, in condizioni di disabilità grave, certificato ex art 33 comma 5 L. 104/1992, con il quale convive; **b)** la ricorrente è dipendente a tempo indeterminato del Ministero dell'Istruzione, con decorrenza giuridica ed economica dal 1.9.2021, e presta servizio come docente di scuola primaria, classe di concorso EEEE, presso la scuola primaria Istituto “Gello San Giorgio” di Pistoia (PT); **c)** più precisamente, la ricorrente è stata assunta alle dipendenze del MIUR in quanto vincitrice del concorso straordinario, per titoli ed esami, di cui all'art. 4, co. 1-quinquies, DL. n. 87/2018, convertito con modificazioni, nella L. n. 96/2018, indetto dal Ministero dell'Istruzione con DM 17/10/2018 e DDG 1546 del 07/11/2018 (Bando), per il reclutamento, su base regionale, di personale docente per la scuola dell'infanzia e della scuola primaria, classi di concorso AAAA e EEEE; **d)** che al momento dell'inserimento della domanda non veniva consentito alla ricorrente, così come a nessun candidato, di poter esprimere una preferenza circa la sede, né eventuali titoli di precedenza, quale la certificazione ex L. 104/1992; **e)** che, con DDG n. 338 del 25/07/2019 USR Toscana, emanato all'esito della procedura concorsuale di cui sopra, veniva pubblicata la graduatoria di merito dei candidati vincitori, valida per tutti gli ambiti territoriali (Province) della Regione Toscana; **f)** che in tale graduatoria di merito GM2018 della Regione Toscana, la ricorrente era inserita nella posizione utile n. 1767, con punti n. 32; **g)** che, con Prot. 9699 del 29/06/2021 e Prot. 9863 del 01/07/2021, veniva dato avvio alle operazioni di reclutamento dei candidati vincitori, inseriti nella GM2018, cd fase di assegnazione; **h)** che, in tale fase, con istanza acquisita al Prot. I.5812847.03/07/2021, la ricorrente esprimeva il seguente ordine di preferenza delle Province, per la classe di concorso EEEE Scuola primaria, di appartenenza: 1. Massa Carrara; 2 Lucca; 3 Pisa; 4 Pistoia; 5 Prato; 6 Firenze; 7 Livorno; 8 Grosseto; 9 Arezzo; 10 Siena; **i)** che, con DM n. 228 del 23/07/2021, il Ministero dell'Istruzione autorizzava il contingente delle assunzioni per l'A.S. 2021/2022, nella scuola dell'infanzia e primaria, determinandolo in complessivi n. 112.473 posti, di cui n. 8.427 riservati al contingente della Regione Toscana, come da Allegato B al DM detto; **j)** che unitamente al DM n. 228/2021 citato, era pubblicato l'Allegato A contenente le istruzioni operative alle nomine in ruolo, su base regionale; **m)** che, con DDG Prot. 494 del 27/07/2021, l'USR Toscana pubblicava l'elenco delle disponibilità su posto comune della scuola primaria (classe di concorso EEEE), individuando, per la provincia di Massa Carrara, n. 26 posti totali, di cui n. 21 posti da assegnare ai candidati della GM (come la parte ricorrente) e n. 5 posti da assegnare ai candidati della GAE; **n)** che, con prot. n. 601 del 28/07/2021, l'USR Toscana*



pubblicava l'elenco dei candidati destinatari di contratto tempo indeterminato, fase di assunzione, con indicazione della Provincia assegnata; **o)** che la ricorrente veniva assegnata alla Provincia di Pistoia; **p)** che, nella successiva fase di scelta della sede (istituto scolastico nell'ambito della Provincia assegnata), veniva per la prima volta consentito all'aspirante docente di indicare "l'eventuale diritto alle precedenzae previste dalla L. 104/92, allegando la necessaria documentazione prevista" (cfr. Prot. 11496 del 28/07/2021 USR Toscana – **doc. 12 ricorso**); **r)** che la ricorrente non ha inteso esercitare una tale facoltà; **s)** che con Prot. 637 del 04/08/2021, seguiva la pubblicazione della sede (istituto) di assegnazione della ricorrente, ovvero l'Istituto Gello San Giorgio di Pistoia, con presa di servizio per il giorno 01.09.2021;

OSSERVATO che l'Allegato A del Decreto Ministeriale n. 228 del 23 luglio 2021, concernente 'Disposizioni concernenti le immissioni in ruolo del personale docente per l'anno scolastico 2021/22', pacificamente applicabile alla vicenda di cui è processo, prevede: "A6. Per quanto attiene alle nomine in ruolo da effettuare attingendo dalle graduatorie di merito relative a concorsi svolti su base regionale, il sistema delle precedenzae di cui alla Legge 5 febbraio 1992, n. 104 (art. 21, art. 33 comma 6 e art. 33 commi 5 e 7) non opera riguardo alla scelta della provincia. A.7. L'assegnazione della sede (Successiva alla scelta della Provincia) è assicurata, prioritariamente, al personale che si trova nelle condizioni previste, nell'ordine, dall'art. 21, dall'art. 33, comma 6, e dall'art. 33, commi 5 e 7, della Legge 5 febbraio 1992, n. 104. La precedenza è riconosciuta alle condizioni previste dal vigente contratto nazionale integrativo sulla mobilità del personale di ruolo";

RILEVATO che la ricorrente censura l'illegittimità del DM 228/2021 – Allegato A, nella parte in cui esclude il diritto di avvalersi del titolo di preferenza, di cui alla L. 104/1992 e Dlgs 297/1994, in sede di scelta della Provincia di assegnazione del ruolo;

RILEVATO che il MIUR, nelle proprie difese, ribadisce la legittimità del proprio operato, sostanzialmente affermando di essersi attenuto – nella procedura informatizzata di immissione in ruolo dei vincitori del concorso - a quanto disposto dal DM citato;

OSSERVATO che a mente dell'art. 33 co. 5 L. 104/1992 "il lavoratore di cui al comma 3 (cioè, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti), ha diritto a 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";

OSSERVATO che l'art. 601 co. 2 d.lgs. 297/94 stabilisce chiaramente che "Le predette norme (cioè gli artt. 21 e 33 L. n. 104/92) comportano la precedenza all'atto della nomina di ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità";



RITENUTO, secondo un giudizio di verosimiglianza proprio di questa fase sommaria, che il citato *Allegato A* del DM 228/2021, nella parte in cui limita i benefici della L. 104/92 alla fase successiva alla scelta della provincia, determinando l'illogica situazione per cui a fruire effettivamente degli stessi sarebbero i soli lavoratori che, dopo aver partecipato ad un concorso su base regionale, sono assegnati alla Provincia ove già risiedono, di fatto svuota - e quindi viola - le disposizioni a tutela del lavoratore che assiste un portatore di handicap in situazione di gravità. Il menzionato decreto ministeriale, nella parte che qui interessa e supra richiamata, appare porsi in contrasto con i principi in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata posti dalla L. 104/1992 e, tra questi, quello per cui la rimozione delle cause invalidanti, la promozione dell'autonomia e la realizzazione dell'integrazione sociale vanno perseguite attraverso l'obiettivo di garantire "(...) il mantenimento della persona handicappata nell'ambiente familiare e sociale" (cfr. **art. 5, comma 1, lett. c legge cit.**): in effetti un simile obiettivo risulterebbe in concreto del tutto frustrato se l'interpretazione della legge finisse per svincolare la possibilità concreta per i soggetti svantaggiati di fruire del bene giuridico tutelato dalle norme (inclusione nell'ambito familiare, suo coinvolgimento e tutela; cura del disabile all'interno della famiglia); OSSERVATO, tuttavia, che quanto appena considerato non significa anche ammettere che il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio sia assoluto e privo di condizioni: invero, come anche recentemente ribadito dalla Suprema Corte, "ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.; tale bilanciamento(..), dovrà valorizzare le

esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte" (**Cass. 6150/2019; 24015/2017; 25379/2016; 9201/2012**);

RITENUTO che, nel caso di specie, non è stata contestata la circostanza allegata dalla lavoratrice per cui, nella provincia di Massa Carrara, risultavano disponibili su posto comune della scuola primaria (classe di concorso EEEE) n. 26 posti totali, di cui n. 21 posti da assegnare ai candidati della GM (come la parte ricorrente) e n. 5 posti da assegnare ai candidati della GAE; per contro, l'Amministrazione non ha allegato né dato prova della sussistenza di concrete esigenze tecniche, organizzative e produttive che determinano l'impossibilità di assegnazione della ricorrente ad una sede più vicina al domicilio del figlio minore in condizione di handicap grave;

[...]

RITENUTO pertanto che la domanda cautelare va accolta, sussistendo congiuntamente i requisiti del



fumus boni iuris e del periculum in mora. Ogni ulteriore questione assorbita”.

In tali termini, si produce anche sentenza del Tribunale di Bologna, n. 391/2021, resa in fattispecie pienamente sovrapponibile.

* * *

Per le ragioni e per i motivi sopra esposti, in riforma del provvedimento impugnato, insistendo come da ricorso ex art. 700, da intendersi integralmente ritrascritto e parte del presente atto, la parte reclamante

CONCLUDE

affinché il Tribunale di Pistoia, in composizione collegiale, in accoglimento del presente reclamo ed in riforma del provvedimento reso inter partes dal Giudice Unico del lavoro di Pistoia, in data 12/10/2021, pubblicato in data 12/10/2021, R.L. 428/2021, per le causali di cui in premessa, ritenuto sussistere il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, ed anche **inaudita altera parte, voglia**, in accoglimento della domanda d’urgenza, **previa disapplicazione e/o annullamento e/o inefficacia di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti:**

condannare / ordinare al Ministero dell’Istruzione, Ministero dell’Istruzione, cf 80185250588, corrente in Viale Trastevere 76/A, Roma, in persona del Ministro in carica, e/o l’Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana, cf 80022410486, corrente in Via Mannelli, 113, 50136 Firenze, e/o Ufficio Scolastico Provinciale di Pistoia, cf 80006430476, corrente in Via Mabellini, 9, 51100 Pistoia, in persona del Dirigente p.t., di assegnare la parte ricorrente presso un’istituzione scolastica della Provincia di Massa Carrara, nel Comune di Massa o altro Comune, anche in soprannumero, viciniore alla residenza / domicilio del disabile grave;

in via subordinata, condannare / ordinare al Ministero dell’Istruzione, Ministero dell’Istruzione, cf 80185250588, corrente in Viale Trastevere 76/A, Roma, in persona del Ministro in carica, e/o l’Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana, cf 80022410486, corrente in Via Mannelli, 113, 50136 Firenze, e/o Ufficio Scolastico Provinciale di Pistoia, cf 80006430476, corrente in Via Mabellini, 9, 51100 Pistoia, in persona del Dirigente p.t., di trasferire la parte ricorrente presso un’istituzione scolastica della Provincia di Massa Carrara, nel Comune di Massa o altro Comune, viciniore alla residenza / domicilio del disabile grave.

Con vittoria di spese e competenze della presente e della precedente fase.

Con riserva di agire, anche in via risarcitoria, nella successiva fase di merito.

* * *



Si producono i seguenti documenti:

- A) Copia autenticata del provvedimento impugnato
- B) Giurisprudenza citata Ord. Trib. Pistoia RL427/2021, Ord. Trib. Palermo RL 774/2021, Sent. 391/2021 Trib. Bologna
- C) Fascicolo di parte della precedente fase, contenente:
 - 1) art. 4 DL 12/07/2018 n. 87 conv. L. 09/08/2018 n. 96 (concorso)
 - 2) DM 17/10/2018
 - 3) DDG 1546 del 07/11/2018
 - 4) Domanda di partecipazione ricorrente 28/11/2018
 - 5) DDG 398/2019 USR Toscana pubblicazione graduatoria di merito
 - 6) DDG 9699/2021 DDG 9863/2021 USR Toscana avvio operazioni di reclutamento
 - 7) Espressione preferenze provincia ricorrente 05/07/2021
 - 8) DM 228 del 23/07/2021 con Allegato A (istruzioni operative) e Allegato B (contingente)
 - 9) DDG 494 del 27/07/2021 USR – Ripartizione posti Toscana scuola primaria
 - 10) Disponibilità ruoli Scuola primaria a) Massa Carrara b) Province Toscana
 - 11) DDG 601 del 28/07/2021 USR – Assegnazione province
 - 12) DDG 11496 del 28/07/2021 USR – Apertura fase scelta sede
 - 13) Espressione preferenze sede ricorrente 31/08/2021
 - 14) DDG 637 del 04/08/2021 USR – Assegnazione di sede
 - 15) CCNL applicabile
 - 16) Certificazione L. 104/1992
 - 17) Richiesta e concessione permessi ex L. 104/92 IC Don Milani A.S. 2020/21
 - 18) Distanza Massa Montecatini (Via Michelin)

* * *

In via istruttoria, si insite per l'accoglimento delle istanze di cui al ricorso ex art. 700 cpc, di seguito ritrascritte:

“In via istruttoria ed in caso di contestazione, si chiede che l’On.le Giudicante voglia ordinare all’Amministrazione convenuta l’esibizione della documentazione, anche informatica del sistema Polis, relativa alle domande/inserimento presentate dalla parte ricorrente, completa degli atti e/o allegati, l’estratto dei servizi della parte ricorrente, l’elenco delle disponibilità organiche nella Provincia di Massa Carrara o in altre Province viciniori (quali Lucca e Pisa), nonché l’elenco dei candidati immessi in ruolo da GM2018 per la scuola primaria con relativo punteggio e assegnazione di sede, l’elenco degli indirizzi degli stessi ai fini della notifica degli atti per l’eventuale integrazione del contraddittorio, ove ritenuta necessaria, ovvero ogni altra documentazione utile ai fini del decidere.



In via istruttoria, la parte ricorrente, ove ritenuto necessario, indica come testi/informatori sulle circostanze di cui alla premessa precedute dalla frase "Vero che" ed epurati da eventuali giudizi e circostanze pacifiche, i Signori: Sig. Romanelli Carlo, [REDACTED] [REDACTED] il Dirigente dell'istituto Giovanni Pascoli di Montecatini (PT), il Dirigente p.t. dell'UST provinciale o chi per esso, con riserva di indicazione ed estensione della lista nominativa, anche a seguito della difesa della PA.

Con riserva di ogni ulteriore allegazione, deduzione e produzione".

Con osservanza.

Massa – Pistoia, 25/10/2021

Avv. Daniele Biagini

Avv. Francesco Bertolini

Materia lavoro. Valore causa: indeterminato. Importo CU fisso: € 147,00. La parte ricorrente si dichiara esente dal versamento del CU, come da autocertificazione in atti depositata.

* * *

ISTANZA PER LA NOTIFICA PER PUBBLICI PROCLAMI

Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione nei confronti dei controinteressati.

La presente difesa

ESPONE

- il presente ricorso ha per oggetto la richiesta di assegnazione / trasferimento della ricorrente nell'ambito provinciale di Massa Carrara;
- ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso che precede dovrebbe essere notificato a tutti i candidati docenti inseriti nella Provincia di Massa Carrara per la classe di concorso sopra specificata.

RILEVATO CHE

- la notifica nei confronti degli eventuali controinteressati nei modi ordinari sarebbe impossibile in ragione dell'elevato numero dei destinatari;
- la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale appare oltremodo onerosa per la ricorrente;
- sul punto, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio con ordinanza n. 9506 del 2013 ha stabilito che *"Ai fini dell'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale può essere validamente sostituita dall'inserimento sul sito web della PA resistente a tenore dell'art. 52, comma 2, c.p.a. ("Termini e forme speciali di notificazione"), a norma del quale il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso "con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile"*;



- ancora sul punto, Cass. 15912 del 07/07/2009, *“sono contraddittori necessari i partecipanti nei cui confronti la decisione è destinata a produrre effetti diretti in ragione della comunanza della situazione giuridica, complessa ma unitaria, e della domanda, implicita, di riformulazione della graduatoria, che esplica i suoi effetti nei confronti di tutti i partecipanti coinvolti dai necessari raffronti, atteso, tra l'altro, il potere del Giudice, Dlgs n. 165 del 2001, ex art. 63, co. 2, di adottare tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati, ed esclude invece che ricorra una ipotesi di litisconsorzio necessario ove sia chiesto solo il risarcimento del danno, giacché, in questo caso, la controversia è circoscritta al singolo rapporto”*;
 - visto l'art. 151 c.p.c, il quale dispone che *“Il giudice può prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge”*;
 - tale forma di notifica continua ad essere utilizzata in via ordinaria dal Giudice Amministrativo nonché dal Giudice Ordinario in tutte le ipotesi di vertenze collettive.
- Tanto premesso, il sottoscritto avvocato,

FA ISTANZA

Affinché l'Ecc.mo Collegio adito, valutata l'opportunità – laddove ritenuto opportuno e legittimo ai fini della integrale instaurazione del contraddittorio – autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U.

VOGLIA PERTANTO AUTORIZZARE LA NOTIFICA DEL RICORSO CHE PRECEDE

- nei confronti di tutti i candidati sopra genericamente indicati, attraverso la pubblicazione sull'area tematica del sito web del Ministero dell'istruzione (www.miur.it) nonché sul sito dell'USR della Regione Toscana (<https://www.miur.gov.it/web/miur-usr-toscana>) e dell'UST di Massa Carrara (www.uspms.it).

Con osservanza.

Massa, 26/10/2021

Avv. Daniele Biagini

Avv. Francesco Bertolini

