

Tribunale di Messina – Sezione Lavoro

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

e contestuale istanza ex art. 151 c.p.c.

RICORRENTE: NICURO Vincenza (nata a [redacted] e residente [redacted])

[redacted] Via [redacted] codice fiscale: [redacted]

rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Chiara Isgrò (C.F.: SGRMCH79H66G377V - PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it - FAX: 090.938.52.32) elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio presso l'indirizzo PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it, in virtù di mandato redatto su foglio separato allegato al presente atto.

CONTRO

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

e nei confronti

di tutti i docenti che hanno partecipato alla procedura di mobilità territoriale per l'a.s. 2022/2023 ed inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale di ruolo della scuola primaria – posto comune e che, pertanto, sarebbero pregiudicati per effetto dell'accoglimento del presente ricorso.

FATTO

La ricorrente è una docente di scuola primaria (posto comune) -- assunta con contratto di lavoro a tempo indeterminato nell'anno scolastico 2015/2016 -- attualmente titolare presso l'Istituto Comprensivo "E. De Amicis" di Pavullo (ME045019).

Per il corrente anno scolastico 2021-2022, la stessa ha ottenuto l'assegnazione provvisoria presso l'I.C. "Battisti Foscolo" di Messina (MEIC88200L), giusta graduatoria utilizzazione /assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2021-22 (**Doc.1**), pubblicata sul sito dell'USP di Messina con nota del 17.08.2021 prot. n. 20810 (**Doc.2**), **con termine fino al 31.8.2022.**

La docente convive in S. [REDACTED] (ME) con l'anziana madre Sig.ra A. [REDACTED] (**Doc. 3– certificato di stato di famiglia**), persona che assiste, alla quale è stato riconosciuto lo stato di handicap in situazione di gravità, ai sensi **dell'art. 3, comma 3, della legge 104/1992 non revisionabile** (si allega decreto di omologa del 04.12.2020 del Tribunale di Barcellona P.G. R.G. n. 2095/2018 – **Doc.4**), in quanto affetta da "*demenza di tipo misto di grado grave (tipo Alzheimer e multinfortuale. Artrosi polidistrettuale ad incidenza funzionale. Diabete Mellito tipo 2 – insulino – dipendente*", così come risulta dalla C.T.U. depositata a firma della Dott.ssa Rosa Raimondo nel procedimento suindicato (**Doc. 5**).

Dalla documentazione medica allegata, emerge chiaramente che la disabile non è autosufficiente, **versa in uno stato di invalidità grave tale da ridurre l'autonomia personale** rendendogli impossibile il compimento di qualsiasi gesto quotidiano e di provvedere autonomamente ai propri interessi.

A ciò si aggiunga che il coniuge della disabile Sig. Nicuro Giuseppe, benchè convivente con la stessa, è persona ultra ottantenne, con la conseguenza che la ricorrente è l'unica figlia



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Tel. e Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536
e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

residente e convivente, con meno di 65 anni di età, in grado di prestare assistenza alla povera madre.

A causa di tale grave situazione familiare, la docente Nicuro ha chiesto il trasferimento (**Doc. 6** -- ai sensi dell'O.M. n. 60/2022 e del CCNI sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA relativo al triennio 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025 del 27.01.2022 -- indicando, secondo un preciso ordine, le preferenze qui di seguito trascritte:

- 1) Comune I220 ME Santa Lucia del Mela;
- 2) Comune H842 ME San Filippo del Mela;
- 3) Comune G209 ME Pace del Mela;
- 4) Comune F206 ME Milazzo;
- 5) Comune F158 ME Messina;
- 6) Comune L950 ME Villafranca Tirrena;
- 7) Comune A638 ME Barcellona P.G.
- 8) Comune F147 ME Meri;
- 9) Comune I420 ME Saponara;
- 10) Comune L735 ME Venetico;
- 11) Comune M210 ME Terme Vigliatore;
- 12) Comune E606 ME Lipari;
- 13) Comune G377 ME Patti;
- 14) Comune B666 ME Capo D'Orlando;
- 15) Provincia ME ME Messina;

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

Il M.I.U.R. provvedeva a convalidare la domanda (**Doc.8**) da cui risulta l'attribuzione di 48 punti come punteggio base ed ulteriori 6 punti come punteggio aggiuntivo per il comune di ricongiungimento, per un totale complessivo di 54 punti.

A seguito della pubblicazione dei movimenti, la docente non ha ottenuto il trasferimento (**Doc.9**) e ciò nonostante la disponibilità dei posti nelle sedi scolastiche scelte dalla docente in domanda e l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare un eventuale diniego.



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

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

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

Nello specifico, dall'analisi del prospetto denominato "*organico e disponibilità scuola primaria*" (**Doc.10**), pubblicato sul sito dell'ATP di Messina in data 12.05.2022, prot. n. 10159 (**Doc.11**) risulta che:

presso la scuola Santa Lucia del Mela codice MEEE85501A, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

presso la scuola San Filippo del Mela codice MEEE85201V, vi è la disponibilità di n. 5 posti;

presso la scuola Pace del Mela codice MEEE842018, vi è la disponibilità di n. 2 posti;

presso la scuola Tono (Milazzo), codice MEEE88301E, vi è la disponibilità di n. 2 posti;

presso la scuola Sacro Cuore (Milazzo), codice MEEE8AA03P, vi è la disponibilità di n. 4 posti;

presso la scuola Carrubaro (Milazzo), codice MEEE8AB01C, vi è la disponibilità di n. 7 posti;

presso la scuola Andrea Antonio Donato (Messina), codice MEEE872014, vi è la disponibilità di n. 2 posti;

presso la scuola S. Filippo Superiore (Messina), codice MEEE86102P, vi è la disponibilità di 2 posti;

presso la scuola M. Trimarchi (Messina), codice MEEE85902P, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

presso la scuola Francesco Crispi (Messina), codice MEEE873032, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

presso la scuola Meri (Meri), codice MEEE82401P, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

presso la scuola Capuana (Barcellona P.G.) codice MEEE88102X, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

presso la scuola Militi (Barcellona P.G.), codice MEEE898018, vi è la disponibilità di n. 7 posti;

presso la scuola Via II Salita del Carmine (Barcellona P.G.), codice MEEE899014, vi è la disponibilità di n. 1 posto;

DIRITTO



Nullità, ai sensi dell'artt. 1418 e 1419 del codice civile, dell'art. 13 del CCNI del 27.01.2022 sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA relativo al triennio 2022-2023, 2023-2024 e 2024-2025 per violazione dell'art. 33, commi 3 e 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e dell'art. 601 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297. Violazione degli artt. 4 e 38 della Costituzione.

Ai sensi dell'art. 33 comma 5 delle Legge 104/92, “il genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

L'art. 13 del CCNI del 27.01.2022, testualmente prevede che “le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata la fase o le fasi del movimento in cui si applica”.

*Ed ancora, il punto IV del suindicato art. 13 (si allega CCNI **Doc.12**) prevede una specifica precedenza “.. limitatamente ai trasferimenti nella I fase (trasferimento all'interno del comune) solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti (trasferimento tra comuni della stessa provincia), al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità”.*

Nulla dispone, invece, per i casi, come quello in esame, in cui il lavoratore che assiste la persona con handicap in situazione di gravità sia parente o affine entro il terzo grado



convivente, qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età, così come prescritto dall'art. 33 legge 104/1992.

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

Detto art. 601 D. Lgs. 297/94 che è una norma speciale dettata specificamente in materia di diritto scolastico, accomuna due categorie di lavoratori: quella di cui all'art. 21 (docenti con handicap) e quelli dell'art. 33 (docenti che assistono parenti con handicap) **sancendo il diritto univoco di precedenza all'atto di assunzione ed in sede di mobilità**.

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

La stessa norma **riconosce al personale/docente, che si trova nelle condizioni di cui all'art. 33 ed art. 21 L. 104/92, una precedenza assoluta in sede di mobilità rispetto ai**



docenti che non si trovino nella medesima condizione, senza alcuna interferenza da parte della normativa contrattuale che introduce le fasi provinciali / interprovinciali.

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

In realtà ed alla luce delle argomentazioni sopra esposte, **la ricorrente** -- rispetto ai docenti che hanno ottenuto il trasferimento interprovinciale senza precedenza -- **godeva e gode di precedenza assoluta risultando del tutto irrilevante il punteggio posseduto dagli altri docenti privi di precedenza** (si allega bollettino dei trasferimenti -- **Doc.13**, unitamente al decreto prot. n. 10427 del 17.05.2022 -- **Doc. 14**).

Ed ancora, dall'analisi del bollettino relativo ai "*trasferimenti interprovinciali*", risultano **assegnati posti a docenti senza alcuna precedenza** presso uno degli istituti scolastici rientranti nei distretti territoriali della Provincia di Messina, indicati dalla ricorrente nella propria domanda di mobilità (cfr. Doc.6)

E' il caso di:

Barbati Maria Antonina, con punti 133, assegnata presso l'IC. Andrea Antonio Donato di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Benincasa Pasqualina Antonie, con punti 181, assegnata presso l'IC. Cesare Battisti di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Coppolino Daniela, con punti 139, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

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

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

Faudale Giuseppina, con punti 146, assegnata presso l'IC. Michele Trimarchi di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Micali Nunzia Giuseppa, con punti 133, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Modafferi Maria Rosa, con punti 134, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Pagano Tania, con punti 140, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Ranno Anna, con punti 134, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Siracusa Maria, con punti 139, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Ed ancora, nell'ambito dei “*trasferimenti interprovinciali*” risultano **assegnati posti a docenti con precedenza** (ma senza indicazione della tipologia e se detta precedenza sia di grado superiore rispetto a quella spettante alla ricorrente) presso uno degli istituti

scolastici rientranti nei distretti territoriali della Provincia di Messina, indicati dalla ricorrente nella propria domanda di mobilità (cfr. Doc.6). E' il caso di:

Bribiglia Francesca, con punti 58, assegnata presso l'IC. Fraz. Mili S. Marco di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Di Dio Giuseppina, con punti 45, assegnata presso l'IC. Beata Eustochia di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Piccinelli Livia, con punti 94, assegnata presso l'IC. Buon Pastore Cristo Re di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgro

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) – Tel. e Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536
e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it – PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

Zumbo Antonia, con punti 103, assegnata presso l'IC. Villa Lina di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Porto Anna Carmela, con punti 56, assegnata presso l'IC. Andrea Antonio Donato di Messina (trattasi della scuola facente del comune di Messina indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 5).

Cautela Vincenza, con punti 102, assegnata presso l'IC. Vallonello di Villafranca Tirrena (ME) (trattasi della scuola facente del comune di Villafranca T. indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 6).

Sframeli Giuseppa Maria, con punti 73, assegnata presso l'IC. Vallonello di Villafranca Tirrena (ME) (trattasi della scuola facente del comune di Villafranca T. indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 6).

Salvo Maria Grazia, con punti 253, assegnata presso l'IC. G. Verga di Saponara (ME) (trattasi della scuola facente del comune di Villafranca T. indicato dalla Nicuro tra le preferenze al n. 9).

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

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

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

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



Ed ancora, la nozione di “posto richiedibile” è fornita dalla postilla in calce all’art. 13, punto 5, secondo la quale “*per posto richiedibile si intende l’esistenza nel comune di una istituzione scolastica corrispondente al ruolo di appartenenza dell’interessato a prescindere dall’effettiva vacanza di un posto o di una cattedra assegnabile per trasferimento al medesimo*”.

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

Sul punto, si richiama quanto statuito, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto avvocato, concluso con **ordinanza resa dal Tribunale di Genova n. 616/2019 (Doc.15)**, ma anche dal **Tribunale di Milano che, con sentenza n. 1267 del 17.5.2018**, ha disposto il trasferimento in via definitiva di una docente, madre di un figlio minore riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità, ritenendo che “*secondo la nota esplicativa dell’art. 13 CCNL non è richiesto un posto vacante, ma la presenza di un istituto scolastico idoneo per il ruolo della docente interessata*”.

Ne deriva che, in assenza di posti disponibili nella sede indicata, l’amministrazione scolastica avrebbe dovuto, quindi, concedere il trasferimento anche in soprannumero ed, in ogni caso, in virtù del grave stato di invalidità del genitore, in altro sede scolastica /comune, nel rispetto del **principio di vicinarietà**, nell’ordine indicato in domanda, così come disposto dal CCNI e dello stesso art 33 della legge 104/1992, che al comma 5, dispone espressamente che il coniuge/ lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assiste persona con



handicap in situazione di gravità **“ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più VICINA al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”**.

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

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

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

Nella fattispecie, dall’esame del detto bollettino dei trasferimenti, pubblicato sul sito dell’ATP di Messina (cfr. Doc. 13), nelle sedi scolastiche facenti parti della Provincia di Messina reclamate dalla ricorrente, risultano trasferiti docenti privi di precedenza, ovvero con precedenza, ma senza specificazione della tipologia, con la conseguenza che non è dato sapere se essa sia prevalente a quella spettante alla Nicuro.

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

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

Sull’**onere della prova**, si richiama quanto affermato dal **Tribunale di Pordenone, con sentenza del 17.5.2018 n. 58/2018**, secondo cui *“l’onere della prova circa il rispetto delle procedure previste dalla legge e dal contratto collettivo nazionale integrativo per le operazioni di mobilità grava sul Ministero, il quale unico ha la disponibilità completa di tutti i dati, essendo la posizione del ricorrente quella di un normale creditore tenuto ad allegare soltanto l’inadempimento altrui”*.

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

In difetto di produzione e/o contestazione ad opera dell’Amministrazione, non può imputarsi alla ricorrente una carenza probatoria, in base al suindicato principio della vicinanza della prova.



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

E' stato ripetutamente affermata dalla giurisprudenza la ricorribilità delle condizioni e presupposti per l'accoglimento del ricorso d'urgenza ex art.700 c.p.c.

A sostegno, si richiamano le recentissime sentenze emesse tutte da codesto Tribunale adito, in casi analoghi patrocinati tutti dal sottoscritto avvocato: in particolare:

la sentenza n. 962/22 del 04.05.2022 Giudice Dott.ssa Bellino (Doc.16), la sentenza n. 716/2022 (Doc.17) e la sentenza n. 717/2022 (Doc. 18), quest'ultime pubblicate il 05.04.2022 ed emesse dal **Giudice Dott.ssa Totaro**, secondo cui: *“la legge n. 104/1992....all'art. 33, al comma 5, attribuisce al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste una 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 abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti) il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e a non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso; e, al comma 6, attribuisce alla*



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgro

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

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

persona handicappata in situazione di gravità il diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferita in altra sede senza il suo consenso.

La giurisprudenza di legittimità formatasi con riferimento a tale norma, attraverso una lettera sistematica e teleologica della suddetta disciplina, ha chiarito che il diritto di scelta in questione sussiste sia al momento dell'assunzione che in costanza di rapporto, sempreché il posto risulti esistente e vacante (v. Cass. n. 6150/2019, n. 7693/2018, n.16298/2015, n. 3896/2009).

Tuttavia, anche per la presenza dell'inciso "ove possibile", la Corte di Cassazione ha escluso che la legge abbia attribuito al titolare un diritto assoluto e incondizionato, quanto piuttosto una priorità nei confronti di altri soggetti interessati nell'ambito della disciplina dei trasferimenti intracomunali, intraprovinciali o interprovinciali.

Pertanto, questo diritto può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi, soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico, in un danno per l'interesse della collettiva, gravando sulla parte datoriale l'onere della prova di siffatte circostanze, non solo ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte (v. Cass. n. 6150/2019 cit., 23857/2017; S.U. n. 7945/2008; Cons. Stato, Sez. VI, n. 195/2000; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 12802/2014)"

Sostanzialmente il diritto di tutela del disabile può essere sacrificato solo a fronte di esigenze tecniche organizzative e produttive, allegate e



comprovate da parte datoriale, non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte.

Nella fattispecie – stante la disponibilità dei posti vacanti e disponibili (cfr. Doc.10) – non si comprende quale possa essere il bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione scolastica, né tanto meno il sacrificio che si deve imporre tanto al disabile che la docente (che assiste) e ciò tenuto conto che si tratta sempre di trasferimenti a domanda destinati, di per sé, alla copertura di posti già ritenuti dalla stessa amministrazioni vacanti e disponibili, la quale deve essere individuare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro.

Pertanto, non si comprende quale “danno” subirebbe l'amministrazione e/o la collettività, qualora la stessa P.A. concedesse detti posti con preferenza ai lavoratori /docenti che assistono i familiari disabili rispetto ad altri candidati che non siano titolari del “caregiver”.

Ed ancora, la suindicata sentenza, continua ad affermare che: “ *L'art. 601 del T.U. sulla scuola di cui al D.Lgs. n. 297/1994 prevede che gli artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 si applichino anche al personale docente e comportino la precedenza sia all'atto della nomina/assunzione, che in sede di mobilità.*

Invece l'art. 13 del medesimo CCNI riconosce la precedenza in questione nei trasferimenti interprovinciali solo ai genitori, ai tutori e ai coniugi obbligati all'assistenza del disabile in



situazione di gravità, mentre al figlio che assiste il genitore attribuisce il diritto di fruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria (cfr. anche art. 14). Come già affermato da gran parte della giurisprudenza di merito occupatasi della questione e da questo ufficio in diversi precedenti analoghi (v. di recente ordinanze del 27 agosto e del 7 settembre 2021), tale disposizione pattizia, meno favorevole, deve essere ritenuta in parte qua nulla poichè in contrasto con la suddetta norma imperativa.

Non convince il diverso orientamento espresso dalla Cassazione nell'ordinanza n. 4677/2021 e dalla Corte d'Appello di Messina nell'ordinanza n. 44/2021, prodotte in copia dal Ministero. Invero, la prima si limita ad asserire che “la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali ... non contrasta con la previsione della legge n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n. 104 del 1992 privilegia. La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, come nella precedenza provinciale (FASE A, punto I), così nella precedenza interprovinciale, l'agevolazione della preferenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità con le esigenze dell'Amministrazione, riconoscendola sia pure in via provvisoria pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni, come sopra precisate, fissate nel rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo”, senza chiarire le ragioni per le quali detto bilanciamento sarebbe legittimo e in particolare perché

ai fini del trasferimento debbano considerarsi meno pressanti le esigenze di assistenza di un genitore disabile e quindi meno grave la situazione del figlio che lo assiste.

La seconda pronuncia, pur muovendo da tre condivisibili assunti (ossia che: - l'art. 33 della legge n. 104/1992 non attribuisce, contrariamente a quanto sostenuto dal procuratore della ricorrente, un diritto di scelta "assoluto"; - nel limitare la precedenza per chi assiste il genitore disabile solo alle operazioni di assegnazione provvisoria, la norma pattizia di cui all'art. 13 appare confliggere con quella di carattere primario, come tale inderogabile; - che sussistono però ragioni organizzative che impediscono all'amministrazione scolastica di accogliere indiscriminatamente le domande oltre il limite dei posti effettivamente disponibili), giunge a ritenere ragionevole la scelta adottata dalla contrattazione collettiva poiché "essendo il trasferimento interprovinciale definitivo, il riconoscimento del diritto ai genitori o al coniuge consente di far fronte motivi legati all'aspettativa di vita, laddove, viceversa l'assistenza al genitore, in quanto legata ad una aspettativa di vita inferiore, può trovare piena tutela nelle operazioni limitate all'anno scolastico", sostenendo che vi sia dunque una "sostanziale armonia fra la norma di rango primario e la norma pattizia".

In definitiva, seguendo il ragionamento del Giudice nella citata sentenza "ebbene, in mancanza di un auspicabile intervento legislativo che consenta anche di ridurre l'enorme contenzioso registrabile a livello nazionale su tale questione, appare necessaria soprattutto in questo delicato settore una rigorosa verifica della sussistenza in concreto dei presupposti per il riconoscimento del diritto di precedenza ex lege 104/1992 (sia con riferimento allo status, che all'effettività dell'assistenza), al



fine di scongiurare l'abuso di tale strumento indiretto di tutela del disabile, a danno di tutti gli altri lavoratori e in violazione del criterio meritocratico sotteso alla mobilità. Ciò premesso, non può non rilevarsi come il criterio della maggiore o minore "aspettativa di vita" (diversamente da quello delle "categorie di menomazione", legato alla gravità dell'handicap e alle connesse esigenze di assistenza, adottato dalla sentenza n. 585/2016 Cass., richiamata dalla Corte d'appello nell'ord. cit.) implicitamente introdotto dalla norma pattizia è aleatorio e discutibile, in quanto finisce col determinare una disparità di trattamento tra situazioni, quelle dei genitori, tutori e coniugi da un lato e quelle del figlio dall'altro, che astrattamente (a parità di intensità del bisogno dell'assistito) sembrano identiche e parimenti meritevoli di tutela; tale arbitraria differenziazione, non espressamente prevista dal legislatore, non appare quindi né ragionevole né legittima, non potendo una simile compressione dei diritti del docente e in sostanza del disabile - determinata dalla considerevole limitazione delle disponibilità di sedi all'esito dei trasferimenti provinciali e interprovinciali - essere introdotta da una norma meramente attuativa di grado inferiore.

Peraltro, se la finalità sottesa al riconoscimento della precedenza per il figlio che assiste un genitore disabile solo nell'ambito dei movimenti annuali è quella di evitare che il docente continui a beneficiare del trasferimento dopo il venir meno delle condizioni che l'hanno determinato (sull'assunto che statisticamente esse sono meno durature rispetto a quelle del genitore che assiste il figlio con handicap), tale finalità



avrebbe ben potuto essere raggiunta in sede di contrattazione integrativa non già introducendo una illegittima graduazione delle situazioni di assistenza, bensì riconoscendo la precedenza in questione (al pari di quella del genitore, del tutore e del coniuge) in tutte le operazioni di mobilità (compresi quindi i trasferimenti interprovinciali), ma prevedendo la “definitività rebus sic stantibus” dei trasferimenti disposti avvalendosi della legge n. 104/1992, senza distinzione per categorie, condizionandola cioè al criterio oggettivo e verificabile della permanenza dell’assistenza al disabile grave.”

Sotto altro profilo, **le disposizioni pattizie si pongono in aperto contrasto con il principio di discriminazione diretta ed indiretta voluto dalla Direttiva CE 78/2000.**

Nello specifico, l’art 2 della suindicata Direttiva denominato “Nozione di discriminazione” sancisce che *“per principio di parità di trattamento si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell’età o dell’orientamento sessuale.*

Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, ed all’art 3 della predetta Direttiva il principio di parità di trattamento si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente Direttiva è obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all’articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi. Il successivo art. 6 della Direttiva 2000/78, rubricato



“Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all’età”, dispone, al comma 1, quanto segue: «Fatto salvo l’articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell’età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell’ambito del diritto nazionale, **DA UNA FINALITÀ LEGITTIMA**, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Ed ancora, l’art. 10 della Direttiva 2000/78, rubricato “Onere della prova”, così dispone: “1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un’altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento”. E’ evidente che la contrattazione collettiva crea una ingiustificata discriminazione tra care giver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso care giver intende partecipare (interprovinciale, provinciale o annuale), ponendo questi ultimo (ed il disabile) in una situazione di minor favor assolutamente discriminante rispetto ad altri docenti (e disabili) partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale. Si rileva come i principi di non discriminazione sono, altresì, sanciti dalla: **1)** Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza) e precisamente dall’art. 21, 26 e 31; **2)** Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata dal nostro Ordinamento con Legge n. 18 del 3 marzo 2009, che conferma, in favore delle persone con disabilità, i principi



fondamentali in tema di riconoscimento dei diritti di pari opportunità e di non discriminazione.

Per ultimo, si richiama, la **sentenza n. 695/2020 emessa da codesto Tribunale adito Sezione Lavoro, in data 11.06.2020**, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto procuratore (Doc.19), con la quale è stato affermato che *“La norma costituisce lex specialis a tutela del disabile e non può essere derogata da una normativa pattizia deputata a regolare una specifica procedura di mobilità quale quella del personale docente. È quanto ampiamente sostenuto dalla giurisprudenza di merito, che in casi analoghi ha ritenuto fondate le censure mosse all’art. 13 del CCNI e dichiarato l’illegittimità delle stesse per contrasto con l’art.33 comma 5 della legge 104/1992 e con le disposizioni dell’ordinamento scolastico che fanno ad esse richiamo (cfr., ex multis, Trib. Messina, ord. n. 14819/2017; id., ord. 62/2017; id., ord. n. 24/2017; Trib. Lodi, ord. 1883/2017; Trib. Cagliari ord. n. 12060/2017; Trib. Brindisi, ord. n. 16314/2017). In particolare si è affermato che:” A fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatore di handicap grave, che siano referenti unici per l’assistenza, non vi sono motivi per differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela. [...]Conseguentemente, l’art. 13 punto INT del CCNI sulla mobilità del personale docente per l’a.s. 2016/17, nonché l’analoga disposizione prevista nel CCNI per la mobilità 2017/2018, nella parte in cui limitano ai soli trasferimenti nell’ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l’assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, limitano in maniera significativa l’effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione. Peraltro, tale limitazione*



risulta palesemente priva di razionale giustificazione, se si considera che il diritto di precedenza è invece pienamente riconosciuto ai genitori di figli disabili. Dunque, la disposizione contrattuale è altresì fonte di ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe (i genitori che devono assistere i figli disabili). Le disposizioni contrattuali per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2016/2017 appena richiamate appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate.” (Trib. Patti n.941/2018). Si condivide altresì l’orientamento del Tribunale di Monza, che nella recente sentenza n. 209/2019 ha affermato: “E’ palese che l’art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall’art.33, co.3, L.104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all’esercente la tutela legale e “successivamente” al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all’interno della medesima provincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli, in quanto escludere la precedenza nella mobilità interprovinciale comporta un sacrificio delle esigenze di assistenza del disabile sicuramente più gravoso rispetto a quello che viene alleviato con il riconoscimento della precedenza nella mobilità provinciale; in questo modo, infatti, l’esercizio del diritto di precedenza nella scelta della sede più vicina al domicilio del disabile risulta frustrato proprio quando tale esigenza è particolarmente pressante in ragione della lontananza della sede di servizio del dipendente dal luogo in cui si realizza l’assistenza alla



persona handicappata. Tale esigenza non risulta appagata, in ugual misura, dalla precedenza riconosciuta nelle operazioni di assegnazione provvisoria interprovinciale, attesa la temporaneità dell'istituto, in alcun modo assimilabile al trasferimento definitivo”.

Ed ancora, secondo il **Tribunale di Messina Sezione Lavoro, con Ordinanza del 31.08.2017** *“Ne consegue che la clausola pattizia in questione, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente che assiste con continuità il genitore in status di handicap grave, alla sola mobilità annuale ed escludendola in quella definitiva, deve ritenersi affetta da nullità, ai sensi dell’art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di cui al citato art. 33 comma 5 legge 104/92”.* La *ratio legis* dell’art. 33 della legge 104/1992 è quella di tutelare l’interesse di un disabile che ha bisogno di assistenza continua prevedendo espressamente che il lavoratore dipendente che assiste il portatore di *handicap* ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

Anche, il **Tribunale di Cagliari** sezione lavoro (ordinanza 7 settembre 2017), ha ritenuto che *“dalla ratio e dal tenore testuale della disposizione di cui all’art. 33, comma 5, L. 104/1992, debba ricavarsi la natura imperativa della norma medesima, per la quale non è necessaria un’esplicita previsione di inderogabilità. Non pare si possa dubitare che la ratio dell’art. 33, c. 5 della legge 104/1992 sia quella già (o non soltanto) di assegnare dei benefici a soggetti che hanno un parente disabile portatore di handicap, bensì quella di garantire a quest’ultimo la continuità dell’assistenza già in atto, per il caso che vi sia un parente che se ne occupi (Tar Lazio Roma, n. 6609 del 2008). La disciplina sancita dalla legge 104/1992 è volta, infatti, all’attuazione dei fondamentali diritti della persona affetta da handicap, prevedendosi l’eliminazione di tutti quegli ostacoli, materiali e giuridici, che ne possono limitare il regolare dispiegarsi della vita di relazione. Caratterizzandosi,*



dunque, come disposizione attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla carta costituzionale, l'art. 33, comma 5 in discorso non è derogabile per intervento e per effetto della contrattazione collettiva”.

Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno affermato che “*la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare – lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonchè in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti*” (Cassazione civile, Sezioni unite, 27 marzo 2008, sent. n. 7945). In tale occasione, la Suprema Corte ha specificato che la Corte Costituzionale ha affermato che il familiare/lavoratore, che assista un proprio convivente, abbia una maggior tutela rispetto al non convivente.

~~~~~

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

a - b) la sig.ra Nicuro Vincenza è **l'unica referente che assiste il disabile, con meno di 65 anni di età** ed a poter essere nelle condizioni di prestargli assistenza.

c) la ricorrente **fruisce dei tre giorni di permesso mensile** (come risulta dalla dichiarazione personale per usufruire della precedenza art. 33 commi 5 e 7 L. 104/92). d) la **disabile Arena Maria non è ricoverata presso alcun Istituto specializzato e non usufruisce di assistenza domiciliare da parte dell'ASP.**

\*\*\*\*\*



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

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

La ricorrente, infatti, dal 01 settembre 2022 sarà costretta a trasferirsi nella provincia di Modena (nella sede di titolarità) distante circa 1.300 Km dalla residenza della madre (!!!) e ciò renderà palese il gravissimo disagio e l'irreparabile danno per la disabile, le cui condizioni di salute si sono ulteriormente aggravate. La stessa risulta affetta dalle seguenti patologie:

1) "**Deterioramento cognitivo grave. Disturbo d'ansia**", così come si evince dal certificato rilasciato dal Dipartimento Salute Mentale ASP di Patti del 26.02.2020 prot. n. 166 (**Doc.20**). In particolare dall'esame della valutazione psicodiagnostica, risulta un deterioramento cognitivo grave (MMSE 13,03), perdita dell'autonomia funzionale grave (ADL) e perdita totale dell'autonomia strumentale (IADL); Per detta patologia, la disabile è seguita dall'Asp di Messina – Papardo con rinnovo periodico del Piano Terapeutico per Memantina e Donepezil (si allega certificati **Doc.21**).



2) ***“Diabete Mellito DM2 Id – Vasculopatia cerebrale cronica”***, così come si evince dalla relazione dell’ASP di Messina – Distretto di Milazzo del 14.02.2022 (Doc.22) e dal certificato di Neurologia a firma della Dott.ssa Imbesi del 23.12.2021 dal quale risulta ***“demenza di grave entità, con quadro RMN encefalo di vasculopatia cerebrale cronica, atrofia e depositi emosiderinici”*** (Doc.23).

A margine, si precisa che con decreto di omologa del Tribunale di Barcellona P.G. (cfr. Doc.4) è stato accertato che le infermità di cui è affetta la disabile compromettono qualsiasi attività provocando ***“una invalidità del 100% ed il diritto all’indennità di accompagnamento”*** con la conseguenza che l’anziana ha **necessità di assistenza e cura continua.**

Detto trasferimento penalizzerebbe fortemente la ricorrente che – pur di non perdere il diritto a lavorare -- sarebbe costretta ad allontanarsi definitivamente **dal proprio luogo di residenza, nonché a lasciare i propri affetti familiari**, con la conseguenza che la stessa sarebbe impossibilitata a svolgere la propria attività educativa e lavorativa e nel, contempo, di dare quotidiana assistenza/cura alla madre disabile (le cui condizioni di salute negli ultimi mesi sono notevolmente peggiorate!!), **con inevitabili riflessi sull’unità e sulla serenità dell’intero nucleo familiare** (diritti sanciti dall’art. 29 e 31 della Costituzione), **insuscettibili di risarcimento per equivalente.** Dalla documentazione versata in atti, emerge l’irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente ed alla propria madre che si vedrebbe privata della necessaria e quotidiana assistenza/cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto.



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

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

In definitiva la docente deve essere messa in condizione di assistere il proprio genitore e, nel contempo, di espletare la propria attività lavorativa (vista la disponibilità dei posti e l’esistenza di sedi scolastiche) nel comune di residenza (Santa Lucia del Mela - ME) e/o



**nel comune vicinore a quello del disabile.** È evidente, pertanto, la concreta ed attuale imminenza del pericolo che fonda la richiesta di provvedimento d'urgenza.

Sul punto, con l'**Ord. del 21.11.2011 il Tribunale di Messina** ha statuito che *“la ratio della norma va individuata, evidentemente, nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa. Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto”*. Anche il **Tribunale di Brindisi con l'ordinanza n. 16314/2017 del 20.09.2017** ha statuito che *“il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario potrebbe frustare le aspettative della ricorrente a ottenere una tutela effettiva all'esito del giudizio, in quanto, nelle more dello stesso, l'amministrazione potrebbe destinare altri dipendenti al posto in astratto spettantegli, qual ad esempio i posti vacanti nell'ambito territoriale del comune di residenza, frustandone così il diritto a essere preferito, o in caso a essere posta in comparazione, nella destinazione presso tali sedi”* ed ancora *“potendo imporre un **facere** alla pubblica amministrazione, il provvedimento può contenere, allo stato, l'ordine della procedura da seguire per l'adozione del provvedimento di destinazione, fermo restando l'individuazione della sede specifica da parte dell'amministrazione”*.

Per quanto esposto, appaiono dimostrati i requisiti per la richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., tanto sotto il profilo del *fumus* che del *periculum*, atteso il grave ed irreparabile danno che la ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo sig. Giudice adito non adottò il provvedimento cautelare richiesto stante il perdurare del giudizio ordinario. Ciò premesso e considerato la ricorrente come sopra domiciliata, rappresentata e difesa,



## CHIEDE

Che Ill.mo Giudice adito, voglia accogliere le seguenti **CONCLUSIONI**

**In via cautelare**, accertato il *fumus boni juris* riguardo alla domanda della ricorrente di trasferimento presso la sede disponibile tra quelle indicate nella domanda di mobilità interprovinciale (nel Comune di Santa Lucia del Mela) ovvero in quelle più prossime, scuola primaria – posto comune, secondo le preferenze indicate in domanda tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 Legge 104/92, nonché il *periculum in mora*, ordinare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, e per esso anche alle sue articolazioni territoriali, di disporre il trasferimento della ricorrente, tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 legge 104/92, nella sede disponibile facenti parte del Comune di Santa Lucia del Mela e/o San Filippo del Mela e/o Pace del Mela e/o Milazzo e/o Messina e comunque, compreso nell'ambito territoriale della provincia di Messina per gli anni scolastici 2022-23 e seguenti, anche in sovrannumero, secondo le preferenze indicate in domanda.

**Nel merito**, previa conferma del provvedimento cautelare emesso così come richiesto e previo espletamento e/o accertamento di rito o di merito, in via definitiva, e previo riconoscimento del diritto in esame, ordinare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, e per esso anche alle sue articolazioni territoriali, di disporre il trasferimento della ricorrente, tenendo conto della precedenza di cui all'art. 33 legge 104/92, nella sede disponibile tra quelle indicate nella domanda di mobilità (nel comune di Santa Lucia del Mela), ovvero in quelli più prossimi, per gli anni scolastici 2022 – 23 e seguenti, anche in sovrannumero, secondo le preferenze indicate in domanda.



Condannare le amministrazioni resistenti, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore alla rifusione delle spese processuali, comprensivi di diritti, onorari, spese non imponibili, spese generali, cassa ed iva da distrarsi in favore del sottoscritto avvocato che se ne dichiara anticipatario.

Si allegano i documenti da n. 1 al n. 23.

**Dichiarazione fiscale:** Il sottoscritto avvocato dichiara che la presente controversia di lavoro è di valore indeterminabile e che il contributo unificato ammonta ad Euro 259,00.

Pace del Mela, li 24 Giugno 2022

Avv. Maria Chiara Isgrò

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

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

**PREMESSO CHE**

Il ricorso ha per oggetto il diritto della docente Nicuro ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione presso l'ambito della provincia di Messina o comunque in uno degli ambiti territoriali di cui alla domanda secondo l'ordine indicato. Che, ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, il ricorso *ut supra* deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati che hanno partecipato alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale per l'a.s. 2022/2023 ed inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale di ruolo della scuola primaria posto comune e che, pertanto, sarebbero pregiudicati per effetto dell'accoglimento del presente ricorso. **RITENUTO CHE**

la notifica del ricorso nei modi ordinari sarebbe impossibile, non soltanto per l'immenso numero dei destinatari, ma soprattutto per l'impossibilità di identificare i docenti stessi;



**Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò**

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

e-mail: [chiaraisgro79@hotmail.it](mailto:chiaraisgro79@hotmail.it) -- PEC: [mariachiaraisgro@pec.giuffre.it](mailto:mariachiaraisgro@pec.giuffre.it)

il Giudice adito può autorizzare, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., che la notificazione avvenga con qualsiasi altro mezzo idoneo tra cui la pubblicazione in via telematica, in considerazione anche di particolari esigenze di celerità;

la giurisprudenza amministrativa e lavorista si è espressa, in diverse occasioni, in senso favorevole, quale forma alternativa a quella tradizionale per pubblici proclami *ex art. 150 c.p.c.* per la pubblicazione del testo del ricorso sul sito internet del ramo di amministrazione interessata; nel caso in oggetto, l'amministrazione interessata è il MIUR il cui sito internet dedicato alla pubblicazione dei ricorsi per pubblici proclami è [www.pubblicazioni.comunicazione@istruzione.it](http://www.pubblicazioni.comunicazione@istruzione.it), nonché l'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia l'Ufficio Scolastico Provinciale di Modena e l'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna negli appositi siti internet. Tutto ciò premesso, rilevato e considerato, il sottoscritto procuratore

**CHIEDE**

All'Ill.mo Signor Giudice del Lavoro del Tribunale di Messina, di voler, valutata l'opportunità, autorizzare la notificazione, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., con modalità diverse da quelle stabilite dalla legge, in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami in G.U. ed esattamente:

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

Pace del Mela, li 24 Giugno 2022

Avv. Maria Chiara Isgrò

