

TRIBUNALE CIVILE DI COSENZA

GIUDICE UNICO DEL LAVORO

Ricorso ex art. 700 C.p.c.

PER MARANDO Rosetta, nata a Siderno (RC) il 03.04.1977, e residente in Grotteria (RC) alla Via Marmora n. 25, Codice Fiscale MRNRTT77D43I725F, rappresentata e difesa per in calce rilasciata su foglio separato dal quale è stata estratta copia informatica per immagine inserita nella busta telematica contenente il presente ricorso dall'Avv. Pietro SIVIGLIA, CF SVGPTR72L15F112M, PEC avv.pietrosiviglia@pec.studiosiviglia.it, fax 0965/300960, presso il cui studio, sito in Reggio Calabria alla Via Antonio Cimino n. 65, è elettivamente domiciliata.

RICORRENTE

CONTRO

MIUR - MINISTERO ISTRUZIONE UNIVERSITA' E RICERCA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, CF 80185250588, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui Uffici in Catanzaro alla via Gioacchino da Fiore n. 34 è ex lege domiciliato.

RESISTENTE

PREMESSA DI FATTO

L'odierna ricorrente presta servizio di ruolo alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca con il profilo di Docente di Scuola dell'Infanzia.

La predetta, attualmente in servizio presso l'Istituto Comprensivo "FRATELLI BANDIERA" di San Giovanni in Fiore (CS), in data 11.08.2016 presentava domanda di assegnazione provvisoria interprovinciale per la provincia di Reggio Calabria per la scuola primaria possedendo i requisiti richiesti dalla vigente normativa (all. 1) allegando tra gli altri i documenti relativi alla precedenza contrattuale di cui all'art. 8 comma 1 punto IV lettera h *"Personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della legge n. 104/92 che sia solo figlio/a individuato come referente unico che presta assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità"* del CCNI concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'anno scolastico 2016/17.



In particolare, il padre della ricorrente Sig. MARANDO Salvatore risulta affetto – per come evidenzia l'allegata documentazione – da un complesso patologico (*Malattia di Alzheimer con grave deterioramento cognitivo ed incontinenza sfinterica, ipoacusia bilaterale, deficit visivo, cardiopatia ipertensiva*) che rende necessario un intervento assistenziale globale, continuativo e permanente ex art. 3, comma 3, L. 104/92.

Allegava, altresì, dichiarazione (all. 2) attestante, tra l'altro, che:

- che il Sig. **MARANDO Salvatore**, nato a **Grotteria (RC)** il **12/01/1937**, disabile in situazione di gravità, necessita di **assistenza continuativa** che può essere assicurata esclusivamente dalla ricorrente.
- che la ricorrente è **l'unico figlio che convive** con il genitore disabile;
- che il Sig. **MARANDO Salvatore non è ricoverato a tempo pieno** presso istituti specializzati;
- di prestare assistenza in qualità di **referente unico** al Sig **MARANDO Salvatore** essendo l'unico membro della famiglia in grado di provvedere per documentata **impossibilità del coniuge** del Sig. **MARANDO Salvatore, Sig.ra CARE' Teresa**, di **provvedere all'assistenza** per ragioni esclusivamente oggettive in quanto disabile con una invalidità civile del 78%;
- di essere **l'unico referente** del soggetto disabile in situazione di gravità che chiederà di fruire per l'intero anno scolastico 2016-2017 dei **3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 c. 5 del D.L.vo N° 151/2001** e che nessun altro parente o affine ne fruirà nel prossimo anno scolastico.

Allegava, infine, *Dichiarazione di impossibilità oggettiva di assistenza al disabile da parte del coniuge, Verbale di accertamento handicap in situazione di gravità del disabile MARANDO Salvatore; Verbale di invalidità civile del disabile sig. MARANDO Salvatore; nonché documentazione medica attestante l'invalidità della coniuge del disabile sig.ra CARE' Teresa.*

La domanda ed i relativi allegati venivano inviati anche in forma cartacea all'ATP di Reggio Calabria.

In data 02.09.2016 l'Ambito Territoriale per la Provincia di Reggio Calabria, con provvedimento prot. 10135, pubblicava gli Elenchi delle assegnazioni provvisorie interprovinciali relative alla scuola dell'infanzia senza riconoscere alla ricorrente la richiesta precedenza contrattuale (all. 3) ed attribuendole, pertanto, la posizione n. 588.

La docente proponeva tempestivo e motivato reclamo ma senza ottenere alcun riscontro scritto.

Il riscontro, seppur esplicito, interveniva con la pubblicazione degli elenchi delle assegnazioni provvisorie interprovinciali relative alla scuola dell'infanzia ed alla



scuola primaria, elenchi in cui non compariva il nominativo della ricorrente.

In data 09.09.2016 l'Ambito Territoriale per la Provincia di Reggio Calabria, con provvedimento prot. 10694, pubblicava gli Elenchi delle assegnazioni provvisorie interprovinciali relative alla scuola primaria senza riconoscere alla ricorrente, anche in questo caso, la richiesta precedenza contrattuale (all. 3) e confinandola alle medesima posizione e, dunque, senza diritto all'assegnazione provvisoria.

La docente si vedeva dunque costretta a richiedere al Dirigente Scolastico dell'Istituto cosentino un congedo straordinario per l'assistenza al padre disabile in situazione di gravità stante l'invalidità della di lui coniuge.

Essa ricorrente, risultato vano ogni bonario tentativo di definizione della questione si vede costretta a ricorrere a Codesto On.le Tribunale per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

Sul diritto della ricorrente alla precedenza per assistenza al suocero

L'art. 8, comma 1, paragrafo IV, lettera h) del CCNI sulle utilizzazioni e sulle assegnazioni provvisorie per l'anno scolastico 2016/2017, così espressamente recita:

"IV. ASSISTENZA

h) Personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia coniuge di soggetto con disabilità in situazione di gravità o solo figlio/a individuato come referente unico che presta assistenza al genitore; tale condizione di referente unico, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che il coniuge o eventuali altri figli non sono in grado di effettuare l'assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive".

Il richiamato art. 4 dell'O.M. 241/2016 sulla mobilità recita poi:

"In merito alla documentazione e certificazioni necessarie, si precisa quanto segue:

a) Certificazioni mediche.

Lo stato di disabilità deve essere documentato con certificazione o copia autenticata rilasciata dalle commissioni mediche, funzionanti presso le A.S.L., di cui all'art. 4, della legge n. 104/92. Qualora tali commissioni non si pronuncino entro 45 giorni dalla presentazione della domanda, gli interessati, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D.L. 27.8.93 n. 324, convertito con modificazioni dalla legge 27.10.93, n. 423 e modificato successivamente con D.L. n. 90 del 24 giugno 2014, documentano, in via provvisoria, la situazione di disabilità, con certificazione rilasciata, ai soli fini previsti dagli articoli 21 e 33 della legge n. 104/1992 e dall'articolo 42 del D.L.vo 26 marzo 2001, n.



151, da un medico specialista nella patologia denunciata in servizio presso l'A.S.L. da cui è assistito l'interessato. L'accertamento provvisorio di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 27.8.93 n. 324, convertito con modificazioni dalla legge 27.10.93, n. 423 e modificato successivamente con D.L. n. 90 del 24 giugno 2014 produce effetto fino all'emissione dell'accertamento definitivo da parte della commissione.

(...)

Tenuto conto che le certificazioni relative all'invalidità e quelle relative all'accertamento della disabilità sono distinte, nelle stesse deve risultare quanto segue:

- per le persone disabili maggiorenni di cui all'art. 33, comma 6 della legge n. 104/92: nelle predette certificazioni deve risultare la situazione di gravità della disabilità;
- per le persone disabili assistite (art. 33, comma 5 e 7): nelle certificazioni deve risultare la situazione di gravità della disabilità e la necessità di una assistenza, globale e permanente, così come previsto dall'art. 3, comma 3, della legge n. 104/92 ovvero tenendo conto di quanto disposto dall'art. 38, comma 5 della legge 23 dicembre 1998, n. 448. A tal fine il genitore, anche adottivo ed il coniuge e il figlio unico in grado di prestare assistenza e il fratello o sorella in sostituzione dei genitori (come previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2005) debbono comprovare che il disabile non è ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati con dichiarazione personale ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni;

(...)

b) Documentazione del rapporto di parentela e dell'assistenza con carattere di unicità.

Il coniuge, il genitore, il figlio referente unico che presta assistenza, il fratello o sorella conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità, nel caso in cui i genitori sono scomparsi o impossibilitati ad occuparsi del figlio disabile perché totalmente inabili, che assistano il soggetto disabile i quali intendano beneficiare della precedenza prevista all'art. 13 e all'art. 47 del CCNI, dovranno documentare i seguenti "status e condizioni" secondo le modalità appresso indicate:

- il rapporto di parentela, di adozione, di affidamento e di coniugio con il soggetto disabile deve essere documentato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni.

- l'attività di assistenza con carattere di unicità (art. 33, comma 3, L. 104/1992 come modificato dall'art. 24 comma 1 lettera a) della L. 183/2010) a favore del soggetto disabile deve essere documentata con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni.

La presentazione di tale documentazione è prevista esclusivamente nei casi di assistenza al genitore. L'assistenza con carattere di unicità esercitata dai beneficiari della precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, dovrà essere effettivamente svolta alla data di scadenza per la presentazione della domanda di mobilità e deve sussistere entro 10 giorni prima del termine ultimo di comunicazione al SIDI delle domande. E' fatto obbligo agli interessati di dichiarare entro tale termine l'eventuale cessazione dell'attività di assistenza al familiare disabile e la conseguente perdita del diritto alla precedenza.



La situazione di non ricovero a tempo pieno del soggetto disabile in istituto specializzato, deve essere documentata mediante dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni.

- il fratello o la sorella conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità che assistano il medesimo, in quanto i genitori sono scomparsi o impossibilitati ad occuparsi del figlio disabile perché totalmente inabili (sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2005) devono comprovare lo stato di totale inabilità dei genitori con idonea documentazione di invalidità.

- il domicilio del soggetto disabile assistito è documentato con le modalità definite nella presente ordinanza ministeriale.

(...)”.

Ebbene, in allegato alla domanda di assegnazione interprovinciale la ricorrente produceva certificazione attestante lo status di disabilità del padre ex art. 3, comma 3, L. 104/92.

Vale a dire che il complesso patologico dal quale è affetto il padre della ricorrente comporta una minorazione che ha ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione.

Allegava altresì attestazione del complesso invalidante dal quale è affetta la madre CARE' Teresa e che determina l'impossibilità oggettiva della medesima ad assistere il Sig. MARANDO Salvatore. La Sig.ra CARE' risulta, infatti, affetta da *Cardiopatia ipertensiva in pregressa pericardite e tachicardia parossistica in paziente con insufficienza venosa cronica periferica e varici arti inferiori, Spondiloartrosi cervicale e lombo-sacrale con discopatie multiple e neuropatia arti inferiori, gonartrosi bilaterale limitante e meniscopatia in soggetto con moderata obesità, Sindrome ansioso depressivo in trattamento cronico, Diverticolosi con diverticoliti ricorrenti, prolasso rettale ed emorroidi, prolasso uterino in paziente con pregressa colecistectomia, Deficit visivo occhio sx in paziente con cataratta cortico-nucleare in evoluzione. **Le conseguenze di tale complesso patologico al di là della loro complessiva percentuale invalidante (78%) determinano l'oggettiva impossibilità di assistenza al coniuge disabile in situazione di gravità.***

L'Amministrazione Scolastica non poteva, dunque, non riconoscere alla ricorrente la precedenza richiesta.

Difatti, anche laddove il CCNI limitasse la rivendicata precedenza al caso in cui il coniuge del disabile sia deceduto o totalmente inabile intendendosi per tale ultimo



caso un'invalidità del 100% si verificherebbe un'insopprimibile ed immeritata lesione dei diritti tutelati dalla legge 104/1992.

Il contratto collettivo difatti, limitando l'operatività della precedenza nelle assegnazioni provvisorie di fatto svuota di contenuto le prescrizioni di cui all'art.33 comma 3 della legge 104/92.

In particolare, la citata disposizione legislativa, prevede *“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.***”.

Secondo la costante interpretazione resa dalla giurisprudenza, detta disposizione mira a tutelare il soggetto portatore di handicap, il quale è il vero soggetto destinatario dei benefici previsti dalla legge.

Per le disposizioni in materia di tutela dei minori e disabili, è stato infatti evidenziato che *“La misura prevista dall'art. 42 comma 5, d.lg. 26 marzo 2001 n. 151 è riconducibile, al pari di quelle contemplate dalla l. n.104 del 1992, ai principi sanciti dall'art. 3 comma 2, e dall'art. 32 cost. **Trattasi, invero, di agevolazioni dirette essenzialmente ad evitare che la persona in situazione di handicap resti priva di assistenza, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante il beneficio previsto dalla legge non è il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap. Il nucleo centrale della tutela è, infatti, il soggetto disabile e l'elemento peculiare, caratterizzante il beneficio in esame, è che il soggetto che chiede di fruire del congedo in questione (n.d.r. o del diritto all'assegnazione della sede di lavoro nel caso della***



legge 104/92), viva insieme alla persona disabile da assistere” (cfr. T.A.R. Trieste, sez. I, 09/01/2014, n. 3).

La Corte di Cassazione (sez. lav., 07/06/2012, n. 92013) in particolare, ha altresì evidenziato che la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n.104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati — alla luce dell'art. 3, comma 2, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 — in funzione della tutela della persona disabile (Vedansi anche Cassazione civile sez. lav 04 febbraio 2016 n. 2210).

La giurisprudenza di merito (ex multis Tribunale Bari, sez. lav., 27/04/2009) ha peraltro puntualizzato, che la possibilità per il lavoratore di scegliere la sede di lavoro al fine di continuare a fornire al proprio familiare l'assistenza continuativa nel caso in cui la situazione di bisogno si verifichi dopo l'assunzione, costituisce una tesi interpretativa aderente alla “ratio legis”, posto che, in questi casi, si tratta non di ripristinare una situazione di assistenza interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa, bensì di mantenerla, evitando per il soggetto portatore di handicap il trauma derivante dalla brusca interruzione della stessa, risultando tale convincimento fondato su una interpretazione dell'art. 33, 5 comma, l. 104 del 1992 che fornisce maggiore effettività alla protezione del soggetto bisognoso dell'assistenza prevista in detta legge.

Anche in tema di permessi giornalieri retribuiti per i lavoratori, ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 5 febbraio 1992 n.104, la giurisprudenza (Cassazione civile, sez. lav., 25/02/2010, n. 4623) ha precisato che deve ritenersi prevalente rispetto alle esigenze connesse alla prestazione lavorativa l'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti.

Alla l. n. 104/1992, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, va quindi riconosciuto lo storico merito di aver sancito diritti ormai intoccabili a favore delle persone portatrici di handicap prevedendo l'eliminazione di tutti quegli ostacoli che limitano il regolare dispiegarsi della vita di relazione. In ossequio al rilievo esercitato anche dall'istituto familiare, l'attuale conformazione



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

La norma pone quindi “un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 c.c., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa”(I. Senatori, Limiti al diritto di scelta della sede di lavoro per l'assistenza al parente handicappato: il caso dell'obiettiva impossibilità per contrasto con esigenze aziendali, in RIDL, 2003, II, 339).

Una interpretazione/applicazione troppo restrittiva della disposizione in esame, così come avviene ad opera del CCNI sulla mobilità dell'8.04.2016, comporterebbe una sostanziale negazione di tutela.

La Cassazione (n.16102/2009) afferma altresì che **“l'agevolazione è diretta non tanto a garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare, quanto ad evitare che la persona handicappata resti priva di assistenza in relazione alla sede lavorativa del familiare che l'assiste”**.

L'insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili ed alle famiglie di appartenenza, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.).

Orbene, ciò posto, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, 5° co. l. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente *“i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata”* ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti



civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 l. 104/1992).

Detta norma, unitamente all'art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti.

Di conseguenza, le stesse non possono ritenersi implicitamente abrogate neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. Come evidenziato dalla Cass. Sez. Un. 27.3.2008 n. 7945, **“la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti”**.

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi della Corte Costituzionale in subiecta materia, dei diritti che l'art. 33, 5° co. l. 104/1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce una norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime ai sensi dell'art. 1418, 1° co. cod. civ..

Ciò posto, alla luce della natura di norma imperativa del disposto di cui all'art.33 comma 5 della L.104/92, il contratto integrativo nazionale della scuola sulla mobilità non può quindi subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede del dipendente che assiste un familiare disabile.

Con una recentissima pronuncia resa su caso analogo, la Corte d'Appello di Sassari ha annullato identica disposizione del Contratto nazionale integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e Ata, in quanto viola la norma



imperativa fissata dall'articolo 33 della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili.

La Corte ha quindi riaffermato che la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali "non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela", con la conseguente nullità, per contrasto con una norma imperativa, delle disposizioni del contratto nazionale 2014 per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate.

Tra queste "situazioni" ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che tuttavia "devono passare in secondo piano di fronte al diritto del disabile all'assistenza".

Secondo la Corte d'Appello di Sassari è indiscutibile che il contratto collettivo sulla mobilità risponda all'esigenza di dare un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, ma questo non comporta, che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché altrimenti questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro, con il conseguente diritto del lavoratore che presta assistenza al disabile grave all'assegnazione del primo posto disponibile, tra quelli indicati nella domanda, non assegnato ad altri soggetti con diritto di priorità assoluta.

Nello stesso senso si è recentemente espresso il Tribunale del Lavoro di Genova con ordinanza n. 2596 del 20 settembre 2016:

"l'esistenza nel settore scolastico d'una disciplina speciale, contenuta nell'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico). Vi si stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 "si applicano al personale di cui al presente testo unico" (primo comma) e che tali norme "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità" (secondo comma).

Diversamente da quella generale, la disposizione del capoverso dell'art. 601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.).

Va rammentato che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconosce il diritto delle persone con "disabilità" a beneficiare di "misure idonee"



dirette a garantirne, tra l'altro, l'autonomia e l'inserimento sociale (art. 26). Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono ritenersi acquisiti al diritto dell'Unione la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l'indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap. Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l'assistenza informale (2.1.2).

E' conforme a questo quadro normativo l'esclusione di liti all'esercizio del diritto all'assistenza all'interno della famiglia per le persone affette da handicap grave. Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall'art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto senza riserve. La stessa locuzione "ove possibile" dell'art. 33, quinto comma, l. 104/92, del resto, è indicativa della ristrettezza dello spazio entro cui il relativo diritto può essere compreso.

La precedenza per la persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile opera una graduazione di tutele che va ben al di là della mera "possibilità" di protezione del diritto di quest'ultimo; introduce inoltre un criterio che, nella sua generalità, nulla ha a che fare con le esigenze organizzative dell'Amministrazione.

Quest'ultima argomentazione è stata sposata già da altro giudice di merito per dichiarare la nullità di una disciplina analoga del settore scolastico per diretto contrasto con la norma imperativa dell'art. 33, quinto comma [App. Sassari, 21 agosto 2015, causa Solinas vs Uff. scolastico per la Sardegna e altri].

La soluzione è condivisibile."

Allo stato, pertanto, la ricorrente ha pieno ed incontestabile diritto al riconoscimento della precedenza su indicata, precedenza in forza della quale la stessa, vista la graduatoria allegata ed i titoli posseduti, godrebbe dell'assegnazione provvisoria in una delle sedi dalla stessa indicate in domanda e con preferenza per una sede del Comune di Grotteria ove risiede il disabile.

Sul periculum in mora

Sussistono, nel caso *de quo* tutte le condizioni richieste per l'ammissibilità del



chiesto provvedimento cautelare. Per quanto sopra esposto ed in atti documentato, risulta sussistente anzitutto il *fumus boni juris*.

Quanto al *periculum in mora* appare evidente la sussistenza del pericolo di danno grave ed irreparabile. Difatti, la ricorrente vede compromessa la propria sfera relazionale oltre a vedere ingiustamente aggravata la propria prestazione a causa del rientro alla sede di Cosenza e dunque ad oltre 164 Km dalla residenza propria e del disabile bisognosa di assistenza ma soprattutto con tempi di viaggio (3 ore all'andata e quasi 5 al ritorno) che rendono estremamente difficile per la ricorrente prestare assistenza al disabile. Ciò è tanto vero che **la ricorrente sta fruendo, sino al 28.10.2016, di un congedo straordinario per prestare assistenza al padre gravemente ammalato.**

Si rileva, peraltro, come **il tempo necessario per agire in via ordinaria pregiudica irrimediabilmente il diritto della ricorrente atteso che il giudizio ordinario non potrebbe mai concludersi prima della fine del corrente anno scolastico.**

E' comunque necessaria una decisione inaudita altera parte stante l'imminenza della scadenza del periodo di congedo straordinario anche al fine di salvaguardare il disabile della cui assistenza si tratta.

Valgano ad ulteriore sostegno le massime che seguono che, seppure inerenti al diverso caso dell'impugnativa del trasferimento, sono comunque applicabili al caso de quo:

"L'irreparabilità del danno deve essere apprezzata in relazione al diritto non patrimoniale di mantenere la sede di lavoro precedente e al rischio che il protrarsi illegittimo del trasferimento possa compromettere definitivamente la sfera dei rapporti lavorativi in precedenza instaurati e alla stabilità personale e familiare del lavoratore" (Trib. Roma 20/1/2011, ord., Pres. Franchini Est. Armone, in Lav. nella giur. 2012, con commento di A. Piovesana, 797).

"I disagi naturalmente connessi al mutamento della sede di lavoro, implicante l'allontanamento dell'ambiente ove il lavoratore esprimeva la sua personalità, incidendo sulla sua vita di relazione in modo non sempre risarcibile in termini monetari, producono un pregiudizio imminente ed irreparabile quasi in re ipsa" (Trib. Agrigento 28/3/01, est. Redaviv, in Lavoro giur. 2001, pag. 778, con nota di Menegatti, I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro: limiti, contenuto e



presupposti).

“In caso di trasferimento, sussiste il periculum in mora, necessario per l’emanazione di un provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c., quando dal provvedimento derivino al lavoratore comprovati pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente” (Trib. Roma 26 gennaio 2000 (ord.), est. Miglio, in D&L 2000, 400).

“Nel caso di trasferimento del lavoratore, è esperibile il procedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.; in tal caso, ai fini della configurabilità del periculum in mora previsto da tale norma deve attribuirsi rilevanza decisiva alla necessità di evitare che, nelle more del giudizio di merito, possano essere minacciati da un pregiudizio irreparabile i diritti della persona connessi alla posizione sociale e familiare acquisita dal lavoratore nel luogo di lavoro” (Pret. Parma 16/3/99 (ord.), est. Ferraù, in D&L 1999, 581).

“Nel caso di trasferimento del lavoratore è esperibile il procedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.; in tale caso è idonea a configurare il periculum in mora previsto da tale norma l’impossibilità per il lavoratore di far valere i suoi diritti in via ordinaria derivante dalla ristrettezza temporale tra la data di adozione del provvedimento e quella dell’attuazione del medesimo” (Pret. Campobasso 14/1/99 (ord.), est. Valle, in D&L 1999, 579).

Peraltro, la mancata assegnazione provvisoria de qua impedirebbe alla lavoratrice non solo di soddisfare le proprie esigenze familiari ma anche di continuare a prestare la dovuta assistenza al padre, handicappato in situazione di gravità, disabile che a partire dal 28.10.2016 rimarrà privo di assistenza ove l’On.le Tribunale adito non dovesse concedere il chiesto decreto inaudita altera parte.

Sussistono, pertanto, tutti i presupposti richiesti dalla legge per l’invocata misura cautelare.

P.Q.M.

Voglia, l’Ill.mo Giudice Unico del Lavoro adito, previi gli incombenti di rito e rigettata ogni contraria istanza, accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

in via d’urgenza e nelle more dell’instaurando giudizio ordinario:

1. **disporre**, per i motivi di cui al ricorso, con decreto emesso "inaudita altera parte", ai sensi degli art. 700 e 669 sexies, comma 2, c.p.c., sussistendo i



presupposti del "*fumus boni iuris*" e del "*periculum in mora*", e non consentendo i fatti su descritti di disporre la convocazione della controparte, o, in caso di diverso avviso previa comparizione delle parti, la sospensione e/o revoca del provvedimento con il quale l'ATP di Reggio Calabria, confluito nelle graduatorie delle utilizzazioni e assegnazioni provvisorie interprovinciali definitive pubblicate con avviso AOOUSPRC11358, datato 27.09.2016, nella parte in cui non riconosce alla ricorrente la precedenza contrattuale richiesta disponendone, in conseguenza, l'assegnazione ad una delle sedi dalla stessa richieste in domanda e secondo l'ordine di preferenza ivi indicato;

2. **condannare**, in conseguenza, l'ente resistente, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle spese e competenze di giudizio da distrarsi in favore dell'avvocato antistatario che ha anticipato le prime e non riscosso le seconde.

Nel merito dell'instaurando giudizio ordinario:

1. **accertare, dichiarare e statuire** l'illegittimità del provvedimento con il quale l'ATP di Reggio Calabria, confluito nelle graduatorie definitive delle utilizzazioni e assegnazioni provvisorie interprovinciali pubblicate con avviso AOOUSPRC11358, datato 27.09.2016, nella parte in cui non riconosce alla ricorrente la precedenza contrattuale richiesta disponendone, in conseguenza, l'assegnazione ad una delle sedi dalla stessa richieste in domanda e secondo l'ordine di preferenza ivi indicato;
2. **condannare**, in conseguenza, l'ente resistente, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle spese e competenze di giudizio da distrarsi in favore dell'avvocato antistatario che ha anticipato le prime e non riscosso le seconde.

IN VIA ISTRUTTORIA

Solo ove ritenuto necessario ai fini del decidere si chiede l'audizione di informatori sui seguenti capi:

1. **VERO CHE** la ricorrente, convivente con la disabile, è l'unica familiare in grado di prestare assistenza alla disabile;
2. **VERO CHE** la coniuge del disabile, Sig.ra CARE' Teresa, è oggettivamente impossibilitata a prestare l'assistenza globale, continuativa e permanente di cui



ha bisogno il padre della ricorrente perché gravemente malata.

Si indicano quali informatori i Sigg.ri CARE' Teresa con riserva di indicare ulteriori informatori ed ulteriori capi.

Si dichiara che il valore della presente causa è indeterminabile ma non è dovuto il contributo unificato trovandosi la ricorrente nelle condizioni previste dalla legge per l'esenzione.

Si dichiara, inoltre, ai fini e per gli effetti degli artt. 133, c. 3 e 134, c. 3, c.p.c., di voler ricevere i relativi avvisi c/o il seguente n. di fax 0965/300960 e/o presso la seguente casella di posta elettronica certificata avv.pietrosiviglia@pec.studiosiviglia.it.

SI PRODUCONO IN COPIA I SEGUENTI DOCUMENTI:

1. Domanda di utilizzazione e assegnazione provvisoria del 11.08.2016;
2. Pluridichiarazione sostitutiva;
3. Certificato invalidità MARANDO Salvatore;
4. Certificazione Legge 104/92 MARANDO Salvatore;
5. Documento identità MARANDO Salvatore;
6. Dichiarazione impossibilità assistenza al coniuge CARE' Teresa;
7. Certificazione di invalidità di CARE' Teresa;
8. Documentazione medica relativa a CARE' Teresa;
9. Graduatorie provvisorie assegnazioni provvisorie interprovinciali;
10. Reclamo della ricorrente;
11. Elenco assegnazioni provvisorie interprovinciali;
12. O.M. 241/2016;
13. CCNI utilizzazioni e assegnazioni provvisorie;
14. Orari Treni Gioiosa / Cosenza;
15. Orari Treni Cosenza / Gioiosa.
16. Sentenza Corte d'Appello di Sassari n. 43/2015;
17. Ordinanza del Tribunale del Lavoro di Genova del 20.09.2016;
18. Attestazione congedo straordinario per assistenza a disabile handicappato in situazione di gravità;
19. Certificato di famiglia e residenza della ricorrente.

Reggio Calabria, 01.10.2016



ISTANZA

Per la determinazione delle modalità di modifica ex art. 151 c.p.c.

La ricorrente, ut supra rappresentata e difesa,

premessato che

- Il ricorso ha per oggetto l'accertamento del diritto della ricorrente all'attribuzione dell'assegnazione provvisoria in provincia di Reggio Calabria, in applicazione della precedenza alla stessa riconosciuta in quanto destinataria dei benefici di cui all'art. 33 commi 5 e 7 della Legge 104/1992, quale figlia individuata come referente unica che presta assistenza continuativa al padre convivente, sig. MARANDO Salvatore, ai fini della stesura della graduatoria definitiva del personale docente interessato alle operazioni di utilizzazione ed assegnazione provvisoria interprovinciale e relativi elenchi esclusi – posti comuni e posti di sostegno - nella provincia di Reggio Calabria per l'anno scolastico 2016/2017 – Scuola Primaria posti comuni e lingua inglese;
- Ai fini dell'integrale e corretta instaurazione del contraddittorio, il ricorso *ut supra* deve essere notificato a tutti i docenti potenzialmente controinteressati e, cioè, a tutti i docenti attualmente inseriti nella graduatoria che occupano un posto antecedente rispetto a quello della Sig.ra MARANDO Rosetta.

Rilevato che

- La notifica del ricorso nei modi ordinari nei confronti di tutti gli eventuali controinteressati sarebbe impossibile ed oltremodo gravosa atteso il rilevante numero dei destinatari (ben 588), oltre al fatto che comporterebbe un ingiusto pregiudizio per la stessa ricorrente attese le ragioni di urgenza sottese al ricorso;
- Ai sensi dell'art. 150 c.p.c., primo comma, *“Quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici proclami”*.

Considerato che

- La tradizionale notificazione per pubblici proclami prevede la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale nella forma di semplice sunto del ricorso;



- l'efficacia di tale forma di notificazione è stata, più volte, messa in dubbio e significative, al riguardo, sono le affermazioni contenute nella decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 19 febbraio 1990, n. 106, “[...]Non pare possa ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino – potenzialmente convenuto in un giudizio - di prendere visione costante del Foglio degli annunci legali della Provincia o della Gazzetta ufficiale, nei quali il sunto del ricorso viene pubblicato [...]”;
- anche quando, per mera ipotesi, la notificazione per pubblici proclami raggiunga il suo scopo in punto di fatto, rimane pur sempre un'intrinseca disparità di trattamento tra il destinatario della notificazione effettuata nei modi ordinaria e chi abbia acquisito la conoscenza della pendenza del giudizio mediante l'avviso pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, in quanto il destinatario della notificazione ordinaria, disponendo del testo integrale del ricorso, potrà valutare la sua fondatezza e decidere se costituirsi o meno in giudizio, mentre il destinatario della notificazione per pubblici proclami potrà/dovrà costituirsi in giudizio sostenendo le relative spese al solo fine di poter estrarre copia integrale del ricorso, essendo evidente che da un semplice “sunto” non possano trarsi serie previsioni sull'esito della lite;
- la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale appare, comunque, oltremodo onerosa per la ricorrente;
- già l'art. 12 della Legge 21 luglio 2000, n. 205, seppur successivamente abrogato con l'entrata in vigore del D. Lgs. 104/2010, nuovo codice del processo amministrativo, aveva previsto **la facoltà, per il Giudice adito, di autorizzare la notifica con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o telefax, ai sensi dell'art. 151 c.p.c.**;
- Il TAR Lazio, riconoscendo la necessità di integrare il contraddittorio a mezzo di notificazione per pubblici proclami, ha più volte disposto, **quale forma di notifica diversa ed alternativa rispetto alla tradizionale notificazione per pubblici proclami prevista dall'art. 150 c.p.c., la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte** (fra tutte, Ord. TAR Lazio nn. 176/09, 177/09, 178/09 e 179/09);
- che anche i Tribunali del lavoro, con recenti provvedimenti resi in controversie analoghe a quella in esame, hanno autorizzato tale forma alternativa di notifica



riconoscendo esplicitamente che “[...] l’urgenza e la sformatizzazione della presente procedura nonché la peculiarità del caso (numero dei soggetti destinatari della notifica, interesse gradatamente ridotto del più a interloquire, esistenza di un’area tematica sul sito istituzionale) giustificano il ricorso a forme alternative di notifica nei termini stessi indicati dalla parte ricorrente; applicando, pertanto, l’art. 151 c.p.c, autorizza la ricorrente alla chiamata in causa dei soggetti individuati con l’ordinanza del 31.8.2011 mediante inserimento del ricorso e dell’ordinanza stessa nell’apposita area tematica del sito istituzionale del Ministero convenuto e dell’Ufficio regionale per la Liguria [...]” (Testualmente Tribunale di Genova, Sez. Lavoro, R.G. n.3578/11 - provvedimento del 01/09/2011 pubblicato nel sito internet del M.I.U.R.);

- tale forma di notifica continua ad essere utilizzata sistematicamente dal Giudice Amministrativo, nonché dal Giudice Ordinario in tutte le ipotesi di vertenze collettive.

Tutto ciò premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra rappresentata e difesa,

chiede

che l’On.le Tribunale adito, in persona del Giudice incaricato, valutata l’opportunità di 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 autorizzare la notificazione del ricorso nei confronti di tutti i docenti controinteressati attualmente inseriti nella graduatoria definitiva delle assegnazioni provvisorie per la scuola primaria - Ambito Territoriale della Provincia di Reggio Calabria per l’anno scolastico 2016/2017, che occupano una posizione antecedente rispetto a quella della ricorrente (n. 588), attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR http://hubmiur.pubblica.istruzione.it/web/ministero/proclami/proclami_16/.

Reggio Calabria, 01.10.2016

Avv. Pietro SIVIGLIA

