

Avv. Vincenzo La Cava
Via Cesare Battisti, 108
Fax 090346288
98123 Messina
avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it

TRIBUNALE DI BUSTO ARSIZIO

SEZIONE LAVORO

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

Nell'interesse del prof.ssa CONTI Maria nata a Niscemi il 09.08.1980 ed ivi residente in Via Rosso di S. Secondo n. 37, C.F. CNTMCN80M49F899W, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE, C.F. 80185250588 in persona del Ministro p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI VARESE in persona del legale rappresentante p.t.;

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI

CALTANISSETTA, in persona del legale rappresentante p.t.;

e nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023, scuola primaria , di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro



l'a.s. 2022/2023, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2022/023.

.....

PREMESSO

Che con ricorso incoato al numero RG 371/2022 che deve intendersi integralmente richiamato e si riporta *TRIBUNALE DI VARESE 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. Nell'interesse del prof.sa CONTI Maria nata a Niscemi il 9.8.1980 ivi residente in Via Rosso di S. Secondo, 37 C.F. CNT MCN 80M49 F899W, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato, CONTRO MINISTERO DELL' ISTRUZIONE, C.F. 80185250588 in persona del Ministro p.t.; UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI VARESE in persona del legale rappresentante p.t.; UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI CALTANISSETTA, in persona del legale rappresentante p.t.; e nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023, scuola primaria , di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/2023, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s.022/023.***** La ricorrente è una docente della scuola primaria, assunta a tempo indeterminato il 01.09.2020 ed attualmente in servizio, in assegnazione provvisoria, presso il IC Carminati di Lonate Pozzolo (doc. 1, 2). La ricorrente ha partecipato alla*



mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n. 45 del 25.02.2022 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3, 3a). Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accertarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento inter- provinciale ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992, indicando diversi comuni, scuole e provincie disposti secondo un proprio ordine di preferenza così come consentito dalla stessa normativa di riferimento. In particolare il docente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole e distretti rientranti nel Comune/Provincia di Caltanissetta, chiedendo l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei nonna , Sig. ra Gatto Serafina, risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale della commissione medica (doc.4). Dall'attuale condizione clinica della nonna della ricorrente non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.e consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua del ricorrente la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile. Sicchè con mail e lettera di notifica (doc. 5, 6) al ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 45/2022 attuativa del CCNI del 28.01.2022, sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare il diniego (doc. 7, 7a, 7b). Orbene il ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla L. 104/1992 non si è visto riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali. A fronte di tali evidenti lesioni in data 01.09.2022 il ricorrente, si vedrà costretto a recarsi presso la scuola di titolarità di



Varese , con conseguente irreparabile danno per la nonna disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare. La procedura risulta viziata ab origine e come tale illegittima per i seguenti motivi di DIRITTO 1. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per contrasto con art. 2 n. 2 lett. a e segg. direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione 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; Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata; Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro; Mancato assolvimento dell'onere probatorio; Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex artt. 3, 97 Cost. L'ordinanza attuativa del CCNI 2022 e le clausole in esse inserite sono illegittime per contrarietà alla normativa nazionale, comunitaria nonché ai precetti costituzionali e come tali devono essere disapplicate. Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2022/023 con l'art. 13 limita (rectius: nega) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92. Più precisamente l'art. 13 del CCNI testualmente dispone 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 l'operazione a cui si applica". Orbene l'art. 13 del CCNI



mobilità 022/025 afferma (punto 4°) che, “successivamente” al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, “viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, a condizione che sussista una “documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi” e una “documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive”. Dal tenore letterale del citato punto IV si evince in modo incontrovertibile che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera SOLO ALL'INTERNO E PER LA PROVINCIA IN CUI È UBICATO IL COMUNE DI ASSISTENZA e non quale precedenza assoluta come previsto per altra ipotesi menzionata nel punto I) del predetto art. 13 CCNI. Quest'ultimo, infatti, riconosce una precedenza assoluta, peraltro nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, “indipendentemente dalla provincia di provenienza dell'interessato a tutto il personale docente che si trovi, nell'ordine, in una delle seguenti condizioni: 1) personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120); 2) personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82). Il docente viene trattato con precedenza su tutte le preferenze di scuola indicate e su tutte le preferenze ai fini della titolarità su ambito”. Ne consegue che l'operatività di tutte le altre ipotesi previste dall'art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, È RISTRETTA ALLA SOLA IPOTESI DI MOBILITÀ PROVINCIALE E NELL'AMBITO DELLA MOBILITÀ ANNUALE e non quale precedenza assoluta creando, pertanto un palese sbilanciamento degli interessi in favor del datore di lavoro (stante le mancate comprovate



esigenze datoriali) ed una consequenziale discriminazione diretta ed indiretta per il minor favor ai danni di alcune categorie di docenti e disabili. Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto e l'art 13 disapplicato. Più precisamente: a) Sul mancato contemperamento degli interessi personali del docente (interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare) e della P.A. (interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale). La contrattazione collettiva così operando crea una evidente ed 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 rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale: a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile; b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza; c) ponendo il care giver nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa ed il disabile di vedersi ingiustificatamente negata (non graduata) la tutela e la relazione familiare di convivenza, e ciò in assenza di qualsivoglia legittima ragione giustificatrice stante la sussistenza di posti vacanti e disponibili. Ora opinando nel senso voluto dalla contrattazione collettiva si opererebbe una illegittima negazione (rectius: graduazione) del diritto di tutela del disabile che potrebbe essere sacrificato (nel senso voluto dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite) SOLO a fronte a esigenze tecniche, organizzative e produttive, ALLEGATE E COMPROVATE da parte datoriale, NON SOLO EFFETTIVE MA ANCHE NON SUSCETTIBILI DI ESSERE DIVERSAMENTE SODDISFATTE" (Cass. n.6150/2019, cit.) e non



certamente alle non comprovate quanto astratte esigenze della P.A. sulle quali il giudice nazionale è tenuto ad effettuare il dovuto bilanciamento di interessi. Ne consegue che il recesso del diritto stesso può avvenire solo ove risulti INCOMPATIBILE con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, IN QUANTO SOLO IN TALI CASI – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945) ma non certamente nel caso dicke trattasi. Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte (Sentenza 7945/08) hanno statuito 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 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. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 33, comma 5, sollevata in riferimento all’art. 3 Cost., nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l’handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all’ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal



rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza(cfr.: Corte Cost. ord. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte costituzionale ha avuto modo anche di ri- cordare come esaminando alcuni profili della L. n. 104 del 1992, ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicu- rare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei porta- tori di handicap, ed ha aggiunto anche che essa incide sul settore sani- tario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a fare superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti". Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda IN MANIERA CONSISTENTE le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009), ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolva in un danno per la collettività, dovendosi operare un bilanciamento tra il diritto all'assistenza dei disabili, tutelato ex Cost. 32, ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti da Cost. 97 (Cass. 7945/2008, 12692/2002), al quale questo giudice deve attenersi ed il cui onere probatorio (non assolto) incombe sulla P.a.. Ora applicando i predetti principi al caso di specie non si comprende quale possa essere il bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione scolastica né il sacrificio CHE SI DEVE IMPORRE al disabile ed al docente , atteso che nella specie si tratta di TRASFERIMENTI A DOMANDA destinati alla copertura di posti GIÀ RITENUTI DALLA STESSAAMMINISTRAZIONE VACANTI



E DISPONIBILI così che occorre solo identificare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro, né si comprende l'onere sproporzionato (rectius: il danno) che l'amministrazione subirebbe nel concedere detti posti con preferenza ai lavoratori che assistono i familiari disabili senza porre alcuna discriminazione legata quanto alla relazione familiare con l'assistito rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione (sic!!!). In caso contrario deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori caregiver a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali come l'assegnazione provvisoria non privi di conseguenze sul piano organizzativo per l'amministrazione scolastica!!! Merita peraltro aggiungere che la regola contrattualcollettiva che limita la rilevanza extraprovinciale del diritto di precedenza in questione alle assegnazioni provvisorie, che hanno durata solo annuale e sono quindi naturalmente precarie, appare porsi in ulteriore contrasto con l'art. 33, co. 5 cit., perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "caregiver" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. E l'assegnazione provvisoria, lasciando la cattedra di titolarità del "caregiver" altrove, LO ESPONE ANNUALMENTE AL RITRASFERIMENTO PER MERO AUTOMATICO EFFETTO DEL MANCATO RINNOVO NELL'ANNO SUCCESSIVO, REALIZZANDO UN RISULTATO VIETATO DALLA LEGGE. Inoltre adottare infatti tale distinzione tra la mobilità provinciale, annuale e quella interprovinciale comporterebbe come logica conseguenza LA PARADOSSALE SOLUZIONE di avvicinare solo coloro che pur assistendo un familiare in condizione di disabilità grave sono comunque già collocati in un ambito territoriale vicinore al comune di residenza del disabile da assistere; tutto ciò in spregio al dettato di una norma imperativa (l'art. 33 Legge 104/1992) che vuole preservare i diritti all'assistenza ed all'integrazione sociale delle



persone disabili in genere. Risulta, evidente che tali differenze di trattamento fondate esclusivamente sul grado di parentela e sul tipo di procedura cui il docente partecipa, senza che vi sia un corretto bilanciamento degli interessi in atto tendenti a tutela valorizzazione l'assistenza familiare del disabile, costituiscono discriminazione (al quale il giudice interno è chiamato a pronunciarsi) laddove esse NON SIANO oggettivamente e ragionevolmente giustificate (nell'ambito del diritto nazionale e nel senso voluto dalla Suprema Corte a sezioni Unite nonché dai Giudici di legittimità), da una finalità legittima. Sul punto il Tribunale di Messina con sentenza del 11.5.021 (pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della Suprema Corte n. 4677 del 22.2.021 (che non si è pronunciata sul bilanciamento degli interessi in gioco facendo gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio e non condivisa da numerosi giudici di merito, V. anche Trib. Cosenza Sentenza n. 770/2021 pubbl. il 01/04/2021, Sentenza del 8.4.021 Trib Catania; Tribunale di Benevento sentenza del 8.3.2021) ha statuito che "l'inciso "ove possibile" fa riferimento ad esigenze organizzative dell'amministrazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, MA NON CERTO ALLE CONDIZIONISOGGETTIVE DELL'ASSISTITO, SICCHÉ NON CONSENTE UNA GRADUAZIONE DELLE SITUAZIONI DI ASSISTENZA(al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela..... il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, OSSIA L'INTERESSE DELL'INVALIDO AD AVERE GARANTITA L'ASSISTENZA FAMILIARE, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la



recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – NON PUÒ ESSERE OPERATO IN MODO DIFFORME DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.”(Trib. Messina n. 1073/2021 G.L. dott.ssa Romeo). La ratio della norma va individuata, evidentemente, nell’esigenza di evitare l’interruzione dell’effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, pre- stata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo sta-to 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” (Trib. Messina, sez. lav., ord. 21 novembre 2011) (doc.8, 8a, 8b, 8c). Sotto tale primo profilo appare evidente che in assenza di comprovate ragioni giustificatrici (il cui onere probatorio non è stato assolto dall’amministrazione scolastica) tali da giustificare il sacrificio imposto al disabile, l’art. 13 del CCNI deve essere disapplicato poiché contrasto sia con l’art. 33 della L. 104/1992 che ai principi costituzionali cui esso deve richiamarsi nella interpretazione voluta dal Giudice delle Leggi. b) Sulla violazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta. L’art. 13 del CCNI si pone in aperto contrasto altresì con il più alto “PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE”, sancito dal Diritto Europeo e dalla Carta Costituzionale. Detto principio, volto a garantire la parità di trattamento fra le persone, e quindi anche dei lavoratori e dei disabili, è più in particolare statuito: 1) dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Euro- pea (alias Carta di Nizza), secondo cui: a) all’art. 21 stabilisce che “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”; e b) all’art. 26 stabilisce che “L’Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di



beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"; c) all'art. 31 "Condizioni di lavoro giuste ed eque" stabilisce che "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose"; 2) dalla 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. Scopo della Convenzione è, infatti, quello di promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà da parte delle persone con disabilità; Di recente la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza del 8.2.2022 ha disposto 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, SECONDO COMMA, COST., E DELLA CARTA DI NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito .un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n.25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). L'efficacia della tutela



della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza. E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (doc. 10) (V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379). Ne consegue che l'art. 33 non può essere interpretato su astratte e non comprovate esigenze della P.A. atteso che il rilievo costituzionale del diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili, prevale su quest'ultime. Ne consegue che l'art. 13 del CCNI, laddove intende operare tale negazione del diritto (non una graduazione per i motivi di cui infra), crea una palese DISCRIMINAZIONE DIRETTA, come tale palesemente contraria alla direttiva CE 78/2000 (Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) cui è stata data attuazione con d.lgs 9 luglio 2003 n. 216 ed a cui il giudice interno deve uniformarsi. Ed invero l'art. 2, n. 1, della direttiva 2000/78 definisce il «principio della parità di trattamento», alla cui applicazione essa è volta, come «l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1» della direttiva medesima. L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva precisa che, ai fini dell'applicazione del precedente n. 1, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della stessa direttiva, una persona sia trattatameno



favorevolmente di un'altra in una situazione analoga. Ed invero l'art 2 della predetta direttiva Art. 2. "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, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. Ebbene ai sensi dell'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. L'art. 6 della direttiva 2000/78, rubricato «Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età», dispone, al suo n. 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. 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. Ed è ciò che accade nel caso di specie laddove una disposizione contrattuale nel riservare un trattamento differenziale e meno favorevole ai care giver ed ai disabili (attribuendo soltanto un punteggio) a seconda del grado di parentela ed a seconda del tipo di procedura cui lo stesso partecipa, sacrifica in maniera ingiustificata il diritto costituzionalmente garantito alla tutela del disabile (NON GARANTENDONE LA CONTINUITA') ed alla sua relazione familiare innanzi a non comprovate esigenze organizzative con la conseguenza che opera senza dubbio alcuno un'incitazione a porre il lavoratore innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa e ciò in aperto contrasto con l'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a), della direttiva 2000/78. Inoltre appare ancor più evidente la "DISCRIMINAZIONE DIRETTA" (al pari della indiretta), realizzata dalla normativa regolamentare, laddove da un lato, riserva il trasferimento definitivo nella sede del genitore disabile, in favore del solo docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale, e dall'altro, prevede l'assegnazione provvisoria nella sede del genitore disabile, in favore del docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento



interprovinciale, al pari del docente (non in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale. Non può revocarsi in dubbio che, sulla scorta di quanto appena rappresentato, il docente che partecipa alla mobilità provinciale gode di una doppia chance al fine di assistere il genitore disabile, ovvero potrà concorrere sia per l'assegnazione definitiva (se possiede tutti i requisiti richiesti) sia per l'assegnazione provvisoria (se non possiede tutti i requisiti richiesti); a differenza, invece, del docente che partecipa alla mobilità interprovinciale che, pur possedendo tutti i requisiti richiesti dalla norma, potrà concorrere per la sola assegnazione provvisoria. Pertanto, appare manifestamente viziata ed in contrasto con la Direttiva CE 78/00 la decisione della Suprema Corte Lav.n. 4677/2021 nella parte in cui ritiene che "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". Sul principio di non discriminazione la Corte di Appello di Catanzaro con sentenza n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020, su ricorso patrocinato da questo difensore, ha sancito che "Ne consegue che la precedenza prevista da una lex specialis in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e assistenza della persona handicappata, non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti. Peraltro è evidente UN TRATTAMENTO DISCRIMINATORIO tra i docenti in quanto se il diritto di precedenza è attribuito nella mobilità provinciale e nella procedura di assegnazione provvisoria a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale perché è proprio nei trasferimenti tra province



di-verse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico difficile se non impossibile provvedere alle cure del familiare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente, come nella specie. La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità 2018/2019 non è dunque legittima (doc. 8a). Sul punto la Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C- 3003/06 "Coleman" ha già chiarito che "Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. QUALORA UN DATORE DI LAVORO TRATTI UN LAVORATORE, CHE NON SIA ESSO STESSO DISABILE, IN MODO MENO FAVOREVOLE RISPETTO AL MODO IN CUI È, È STATO O SAREBBE TRATTATO UN ALTRO LAVORATORE IN UNA SITUAZIONE ANALOGA, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, UN SIFFATTO TRATTAMENTO VIOLA IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE DIRETTA ENUNCIATO AL DETTO ART. 2, N. 2, LETT. A)" (doc. 9). È noto che l'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione con la sentenza del 4 luglio 2013 Commissione/Repubblica Italiana recepita con il d.l. 28.6.013 n. 76 convertito nella l. 9.8.013 laddove il legislatore italiano ha inserito nel d.lgs. 216/013 all' art. 3 il comma 3 bis. Una piena lettura di queste disposizioni impone allora un obbligo derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'unione del datore di lavoro pubblico o privato di adattare nei limiti di " sforzo non sproporzionato" la propria organizzazione (con onere probatorio a proprio carico) al fine di consentire al lavoratore disabile nonché a chi lo



assiste di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizioni di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto. Appare quindi evidente che dalla possibilità di potere in concreto assistere il proprio familiare disabile dipenda senz'altro l'effettiva possibilità per il lavoratore e lavoratrice care giver di continuare a svolgere la propria prestazione in condizione di parità (si pensi al disagio per il disabile e per il lavoratore di dover interrompere in maniera traumatica il rapporto di assistenza e cura) senza essere posti dinanzi alla scelta tra rinunciare al rapporto di lavoro (in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il proprio familiare (perchè del tutto incompatibile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa). La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovra- nazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, DOVRANNO ESSERE VALORIZZATE LE ESIGENZE DI ASSISTENZA E DI CURA DEL FAMILIARE DISABILE DEL LAVORATORE, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. cit. n.25379/2016, Cass. n.9201/2012, Cass 22 marzo 2018, n. 7120)). La contrattazione collettiva assicurando al docente care giver non un diritto di precedenza al cospetto di altri candidati che tale assistenza non svolgono (e ciononostante trasferiti sebbene non portatori del fattore protetto) ma solo un PUNTEGGIO AGGIUNTIVO non è compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dalla superiore direttiva in termini di giustificazione ragionevolmente



oggettiva nonché in termini di onere sproporzionato per l'amministrazione. Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità l'attribuzione di un diritto di precedenza (NON DI UN SEMPLICE PUNTEGGIO AGGIUNTIVO) A TUTTI I LAVORATORI CHE PRESTINO ASSISTENZA A FAMILIARI DISABILI RIENTRANDO NELLA CATEGORIA PREVISTA DALL'ART. 33 C. 3 L. 104/1992 NON DETERMINA ALCUN ONERE SPORORIZZIONATO voluto dalla Direttiva Europea. Le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 355/2010, hanno sancito il principio secondo cui "il giudice sta- tale nell'applicare il diritto nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e delle finalita' della direttiva europea, onde garantire la piena effettivita' della direttiva stessa e conseguire il risultato perseguito da quest'ultima ". Alla luce delle superiori considerazione appare evidente ritenere che l'art 13 del CCNI 022/025 nella parte in cui pre- scrive che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza e solo nell'ambito della mobilita' annuale solo a favore dei genitori o del coniuge del soggetto grave- mente disabile, negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico opera una discriminazione diretta in virtù di un ingiustificato minor favor cui vengono trattati sia il lavoratore che il disabile stesso fondato su non comprovate ed illegittime finalità OPERA UNA DISCRIMINAZIONE DIRETTA ED INDIRETTA contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi. Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto e l'art. 13 del CCNI 2022/025 disapplicato. 2. Illegittimità e/o nullità dell'art. 13 del CCNI 2022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 29, 32, 38 Costituzione; Disparità di trattamento e di lesione del principio di buon



andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione. L'art. 13 del CCNI 2022/025 deve ritenersi altresì illegittimo per contrarietà ai principi costituzionali e come tale deve essere disapplicato anche sotto tale ulteriore profilo. Ed invero le disposizioni contenute nella legge 104/1992 sono dirette a tutelare diritti di rilevanza costituzionale, quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale e alla tutela dei disabili, discendenti dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost. Ed invero il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell'assistito – è un diritto assoluto, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di effettiva e motivata sussistenza di superiori esigenze pubblicistiche, non in-vece da includere in detta accezione, come nel caso di specie, l'astratto e generico contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit." Sul punto la giurisprudenza di merito ha rilevato che "L'inciso "ove possibile" indica che tale possibilità di scelta non è assoluta, tuttavia correttamente l'appellante ha richiamato la giurisprudenza della Corte di legittimità che, per i rapporti di lavoro pubblico, ha stabilito che il rifiuto di accedere ad una tale richiesta è giustificabile qualora potrebbe determinarsi un danno alla collettività, danno che nel caso di specie non è ravvisabile, atteso che l'appellante è stato assunto in ruolo, seppur in via provvisoria, proprio presso l'I.C. di Spoltore, dove quindi esisteva un posto vacante e disponibile e d'altra parte, nel bilanciamento di interessi contrapposti, IL RILIEVO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE, ALLA SOLIDARIETÀ SOCIALE, ALLA TUTELA DEI DISABILI, PREVALE SULLE ESIGENZE ORGANIZZATIVE DELL'ISTITUZIONE SCOLASTICA, che peraltro nel caso di specie



alcun danno patirebbe dalla soluzione prospettata dall'appellante. In relazione quindi alla circostanza che la legge 104/92 non fa alcuna graduazione circa i parenti o affini da assistere, sol richiedendo che il lavoratore sia l'unico in grado di prestare assistenza, va da sé che il CCNI 11/4/17, che prevede la limitazione del diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale a favore dei soli genitori e del coniuge del soggetto affetto da handicap, contrasta con l'art.33 che ha portata più ampia (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019). Nel caso di specie, la regola contrattualcollettiva che impedirebbe la rilevanza di ogni ragione di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali definitivi pregiudica in modo particolarmente grave L'INTERESSE PROTETTO dall'art. 33, negando ad esso protezione proprio là dove la destinazione lavorativa rende più difficile, se non impossibile l'assistenza al disabile (ciò che già la rende censurabile ex Cost. 3), e non appare esprimere alcun riconoscibile interesse pubblico ex Cost. 97 peraltro non addotto da chi ne aveva l'onere. Pertanto, subordinare, come nel senso voluto dalla contrattazione collettiva, diritti costituzionalmente rilevanti – quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili -a dubbie esigenze organizzative dell'istituzione scolastica (cui grava l'onere della prova) porterebbe in realtà ad un eccessivo sbilanciamento degli interessi, dando un'eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro (su cui grava l'onere probatorio) rispetto a quelli, attinenti alla persona (e discendenti dalle disposizioni costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità. Sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, ha avuto modo di soffermarsi anche la Corte Costituzionale. “La ratio legis del diritto al permesso mensile retribuito consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare al fine di tutelarne la salute psicofisica, quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32



Cost., rientrando tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.). È, pertanto, irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità, risolvendosi in un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e dell'integrazione. E ciò in particolare – ma non solo – nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del “rapporto familiare”, nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle “aggregazioni” cui fa riferimento l'art. 2 Cost. Peraltro, la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 Cost. In questo caso l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. D'altra parte, ove così non fosse, il diritto – costituzionalmente presidiato – del portatore di handicap di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato “normativo” rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio. Se, dunque, l'art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” (Corte Costituzionale, n.213/2016). Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante “esterno”, sia



esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi consentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva. Anche sotto tale ulteriore profilo la disposizione di cui all'art. 13 del CCNI deve essere disapplicata per contrarietà ai principi costituzionali ed il ricorso deve essere accolto. 3. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 21, 33 della Legge 104/92; legge n.183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità. L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate anche sotto ulteriore profilo. Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita (rectius: nega) fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92. Tale operazione non è in linea inoltre con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al d.Lgs 16 aprile 1994 n. 297, in particolare dall'art. 601, laddove dispone: (1) "Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. (2) Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e IN SEDE DI MOBILITÀ". Quest'ultima disposizione (art. 601), infatti, non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo RICONOSCE UN DIRITTO ASSOLUTO, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale,



con la conseguenza che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone (si ripete) alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017). Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che: "La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda". Tale operazione non altresì in linea con quanto disposto dal comma quinto dell'art. 33 legge 104/92 come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, laddove stabilisce che "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"; il comma 3 fa riferimento al "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". La predetta disposizione normativa, che anch'essa non pone alcun limite al grado di parentela, non derogabile, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il 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 e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata". Sul punto il Tribunale di Monza con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019 ha sancito che "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 (doc. 11). Inoltre il Tribunale di Taranto, su ricorso patrocinato da questo difensore, con sentenza n. 737/2020 ha sancito il principio secondo cui "Non è dunque giustificabile la disparità di trattamento che viene in rilievo tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che come l'odierna istante, partecipano alla mobilità interprovinciale essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Conseguentemente il docente interessato può dunque usufruire di tali precedenza in ciascun comune, ambiti, e/o delle provincie indicate nel proprio ordine di priorità limitatamente alle sedi disponibili secondo l'ordine di preferenza espressa" (doc. 12). In virtù delle superiori considerazioni appare evidente che l'amministrazione statale ha illegittimamente limitato (negato) i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario per mezzo di norme di carattere generale in materia di trasferimenti e ciò derogando, dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità, a lex specialis e norme di rango superiori sia nazionali e sovranazionali, ponendosi con esse in aperto contrasto sebbene dettano di contro principi dell'ordinamento in materia di diritti di integrazione sociale, e assistenza alla persona disabile e tutelano interessi costituzionalmente garantiti (art. 2 L. 104/92). Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: "la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Trib. Messina, Catania,



Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo Valentia, Pisa; Latina, Taranto, Alessandria) (doc. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23). È, invero, in tal senso Trib. Roma, ord. 14 marzo 2018 “dirimente constatare l'irrazionalità del disposto contrattualcollettivo applicabile alla fattispecie, giacché – limitando la spendibilità delle prerogative ex l. 104/1992 agli spostamenti infra-provinciali, e alle assegnazioni provvisorie (con estensione, in questo caso, del beneficio agognato anche ai tramutamenti fra province differenti) – esso priva di concreta utilità i diritti conferiti dalla legge (dalle norme costituzionali e sovranazionali) ai referenti delle persone da accudire, nella misura in cui preclude l'opponibilità – al datore di lavoro pubblico – della situazione di disabilità certificata proprio laddove essa andrebbe peculiarmente valorizzata: vale a dire in sede di gestione dei trasferimenti (definitivi) fra province diverse, come tali associati a distanze – riscontrabili fra l'invalido e il suo accompagnatore – maggiori rispetto a quelle misurabili all'interno della medesima provincia (per la quale ipotesi, paradossalmente, i precetti della l. 104/1992 trovano da tempo pedissequa attuazione”. 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 (Trib. Messina, Dott.ssa La Face, sentenza n. 610/2020 pubbl. il 28/05/2020) (doc. 24). Anche sotto tale ulteriore ed assorbente motivo, la ricorrente, referente unico del disabile in situazione di gravità, ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell'art. 33 L. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale. Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale (non definitiva) e



provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art. 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 2 della direttiva CE 78/2000, con l'art. 33 c. 5 L. 104/92, art. 601 del d.lgs 297/1994 e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento. 4. Contrarietà alla ordinanza Corte Cassazione n. 4677 del 22.2.021; In ultimo occorre rilevare che non si potrà certamente aderire all'indirizzo, peraltro ancora non consolidato (smentito da numerosi Giudici di merito le cui pronunzie si allegano), espresso dal giudice di legittimità, (su tutte sentenza del 15.2.022 Tribunale di Catania Giudice Giuseppe Giovanni di Benedetto) secondo cui "In tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore del 8 aprile 2016, nel riconoscere il diritto di precedenza al dipendente che assiste un genitore in condizione di handicap grave esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 della l. n. 104 del 1992 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia" (Cassazione civile sez. lav., 22/02/2021, n. 4677). Ed invero, come visto, sotto il primo profilo evidenziato dalla Corte ("...la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento..."), va rimarcato e ribadito come la contrattazione integrativa risulti delegata a disciplinare i criteri e le procedure di



mobilità, fatte salve le disposizioni di legge (art. 22, co. 4, lett. a1), CCNL 19.4.2018), sicché essa non ha la competenza di discriminare posizioni, quali quelle previste dall'art. 33, l. 104/1992, ritenute dalla legge di pari dignità, in funzione di tutela del disabile grave, che tale rimane quale sia il legame parentale o di affinità che lo lega con la persona che lo assiste. Inoltre, sotto il secondo versante ("così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia"), va osservato come il riconoscimento della possibilità di invocare la precedenza nella mobilità interprovinciale, così come prevista dall'art. 33 L. 104/1992 e 601 d.lgs. 297/1994, non contrasti con alcuna esigenza organizzativa della Pubblica Amministrazione, posto che tale precedenza potrà operare effettivamente sempre che sussistano posti vacanti e disponibili, che l'Amministrazione ritenga di coprire con la procedura di mobilità medesima. Non appaiono sussistere, dunque, esigenze ricollegabili al buon andamento della Pubblica amministrazione che, nell'ottica di bilanciamento degli interessi (quello privato dei lavoratori interessati e quello pubblico), possano giustificare una "disapplicazione", sia pur parziale, delle tutele previste dall'art. 33 L. 104/1992, posto che è pur sempre l'amministrazione che mette a disposizione della procedura di mobilità i posti da assegnare. Non sembra, dunque, dirimente la circostanza che l'art. 33, co. 5, l. 104/1992, subordini il diritto al trasferimento alla condizione che questo sia possibile ("ove possibile") e che tale diritto non sia assoluto, ma condizionato, perché proprio nei casi in cui viene indetta la procedura di mobilità, e vengono messe a disposizione determinate sedi, tale valutazione risulta già positivamente esitata dall'amministrazione, che ritiene "possibile" la copertura per mobilità di determinati posti, mentre la norma della contrattazione collettiva integrativa impedisce a monte, ed a prescindere da ogni



verifica, la possibilità di beneficiare della precedenza, e dunque anche quando sia pacificamente “possibile”, in quanto sussistano tutti i presupposti costitutivi del diritto al trasferimento ai sensi degli artt. 33, co. 5, l.104 e 601 T.U. scuola. Del resto, ove l’amministrazione ritenesse che la copertura di determinate sedi sia di ostacolo alle preminenti esigenze organizzative, potrebbe sempre impedirne la pubblicazione ai fini della mobilità ovvero dimostrare dette esigenze al fine di escludere l’operatività del diritto ex art. 33, co. 5, l. 104/1992. Nulla di tutto questo nel caso in esame. Risulta, dunque, difficilmente comprensibile l’interdizione assoluta, introdotta dalla contrattazione collettiva integrativa, ai docenti che siano figli di disabili gravi, di poter dichiarare ed eventualmente fruire della precedenza ex L. 104/1992 (al sussistere di posti vacanti e disponibili), posto che tale possibilità non implica per l’amministrazione l’obbligo di assegnazione della sede richiesta, potendo quest’ultima avvenire solo in presenza di posti vacanti e disponibili per i quali l’amministrazione ne abbia ritenuto “possibile” la copertura mediante mobilità e nel rispetto degli altri criteri per la formazione della graduatoria. Sul punto, del resto, va ricordato che l’inciso “ove possibile” previsto dall’art. 33, co. 5, L. 104/1992 risulta teso a subordinare il riconoscimento del diritto al trasferimento alla condizione che l’Amministrazione “non abbia particolari esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell’attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio” (T.A.R. Campania, Sez. VII, 3 maggio 2021, n. 2906), avendo peraltro la giurisprudenza rimarcato che “di una simile verifica, in particolare, la P.A. è tenuta a dare puntuale motivazione, con adeguata illustrazione delle circostanze che dovessero impedire l’assegnazione / trasferimento oggetto di domanda, anche per evitare un sostanziale svuotamento dell’istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile...” (T.A.R. Campania, Cit.). Al riguardo, la Suprema Corte ha



evidenziato che “non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall’inciso “ove possibile” contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell’art. 41 Cost.”, ma che “tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. N. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte” (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150). Come è evidente e come già rimarcato, nel caso delle procedure di mobilità, una volta che l’Amministrazione abbia ritenuto possibile la copertura di determinate sedi mediante la procedura di mobilità, il problema della verifica della condizione in esame (“ove possibile”) risulta già positivamente deliberato dalla stessa amministrazione. Del resto, come evidenziato sempre dalla Suprema Corte, già con riguardo alla formulazione originaria della norma, deve rilevarsi che “la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore “che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato” di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all’inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l’attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento” e che la previsione dell’art. 33 rientra “nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell’assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie “resta fondamentale nella cura e nell’assistenza dei soggetti portatori di handicap” (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005)”, dovendosi quindi favorire



interpretazioni della norma compatibili non solo con il dato letterale, ma anche “con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. N. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)” (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150 cit.). Non appaiono quindi ammissibili interventi regolatori o interpretativi che di fatto determinino un'abrogazione, ancorché parziale, della disposizione. Per quanto premesso, appare chiaro che la limitazione pre- vista dal CCNI, nella mobilità interprovinciale, per i figli dei genitori disabili gravi, non solo non sia autorizzata dalla stessa contrattazione nazionale (v. CCNL 19 aprile 2018, art. 22, co. 4, lett. a1), ma non abbia giustificazione sotto il profilo degli eventuali interessi del datore di lavoro pubblico ex art. 41 Cost., de- terminando il risultato, contrario alle fonti primarie, di ridurre irragionevolmente l'ambito di operatività delle tutele previste in favore dei disabili, introducendo discriminazioni fondate sulla natura del tipo di legame (in danno dei disabili gravi assistibili solo dai figli), in contrasto con l'equiparazione prevista espressamente dall'art. 33 L. 104/1992. A ciò non può opporsi la circostanza che il CCNI riconosca, ai docenti figli di disabili gravi, così come del resto alle altre categorie, il diritto di precedenza nelle procedure di “assegnazione provvisoria”, posto che l'applicazione della disciplina ex art. 33 L. 104/1992 a tali procedure non appare in grado di sopperire alla esclusione di tutela nella mobilità interprovinciale. Come è noto, invero, le procedure di assegnazione provvisoria sono annuali e riguardano i posti rimasti disponibili a seguito delle procedure di mobilità. La platea dei posti assegnabili è, dunque, inferiore e residuale rispetto a quelli messi a bando



con le procedure di mobilità, e dunque la possibilità di ottenerne l'assegnazione è ampiamente ridotta rispetto alle chance coltivabili con la procedura di mobilità interprovinciale. L'assegnazione provvisoria, inoltre, ha un'efficacia temporalmente limitata ad un anno e non determina alcuna precedenza nelle successive procedure di assegnazione provvisoria. L'art. 33, co. 5, L. 104/1992, per contro, riconosce il diritto a chiedere il trasferimento presso la sede più prossima a quella del domicilio del disabile, sia all'inizio del rapporto, sia nel corso dello stesso (Cass. 6150/2019 cit.), e ciò risulta confermato dall'art. 601 TU scuola, che espressamente riconosce tale beneficio in tutti i procedimenti di mobilità, così come nella fase dell'assunzione. La stessa contrattazione collettiva nazionale mostra di distinguere nettamente le procedure di mobilità dalle procedure per l'assegnazione provvisoria (v. art. 22, co. 4, CCNL 19.4.2018, lett. a1 e a2) e ciò evidenzia che le due procedure non sono sovrapponibili, svolgendo la seconda una funzione meramente residuale. Ne deriva che la previsione che assicura ai docenti figli di disabili gravi la possibilità di beneficiare della precedenza in sede di assegnazione provvisoria, e non anche nella mobilità interprovinciale, non rimedia al deficit di tutela cagionato dalla contrattazione collettiva integrativa, senza peraltro che quest'ultima, come visto, possa esprimere tali competenze. Neppure può essere sufficiente la previsione del CCNI di assicurare tale precedenza nella mobilità comunale e provinciale. Tale previsione, anzi, conferma l'illogicità del sistema delineato dalla contrattazione collettiva integrativa, posto che nelle operazioni di mobilità comunali e provinciali il lavoratore ha già una sede di servizio prossima a quella del disabile (chiedendo, in tali casi, il mero spostamento all'interno di un comune o della provincia dove risiede il disabile), mentre laddove abbia esigenza di ricorrere alla mobilità interprovinciale è perché ha una sede di servizio più distante rispetto a quella del domicilio del disabile, chiedendo appunto il trasferimento presso una provincia



diversa rispetto a quella di servizio e più prossima o coincidente con quella in cui ha domicilio il disabile. Ed è proprio in tali circostanze che la tutela prevista dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992 non appare tollerare incisive disapplicazioni, posto che, proprio nei casi di maggiore lontananza della sede di servizio rispetto al domicilio del disabile, le possibilità di cura e di assistenza di quest'ultimo possono risultare compromesse e ridotte..." (cfr. sentenza n. 3994/2021 del Tribunale di Catania, come richiamata dalle successive sentenze n. 5159/2021 e n. 4785/2021, cit.). Ciò posto e venendo al caso di specie, parte ricorrente, ha allegato e documentato di essere figlio referente unico della nonna disabile in situazione di gravità ex art. 3 co. 3 della L. n. 104/92. Ha altresì documentato di avere partecipato alla procedura di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2022/2023, indicando diverse sedi site nella provincia di Caltanissetta e che numerosi docenti erano stati trasferiti sebbene privi di precedenza. È pacifica la mancata applicazione della precedenza ex art. 33 L. 104/1992, 601 TU Scuola, per espressa previsione del CCNI, nonostante richiesta. Per quanto sopra motivato, deve, dunque, riconoscersi il diritto della docente alla fruizione del beneficio in questione, con conseguente condanna dell'Amministrazione a riesaminare la domanda di mobilità presentata dal ricorrente per l'a.s. 2022/2023 e ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza ex art. 33 L. 104/1992, nell'ordine di priorità indicato nella domanda di mobilità, uno dei posti delle sedi indicate in domanda, ove – all'epoca di pubblicazione della procedura di mobilità – vacanti e disponibili (numerose le pronunzie di segno opposto alla richiamata ordinanza della Corte di Cassazione del 22.2.021) (Trib. Messina 25.1.022; Trib. Patti 31.8.021; S. Maria C. Vetere 25.10.021; Trib. Vercelli 10.11.021; Trib. Catania 15.2.022; Trib. Cosenza 1.4.01; Trib. Benevento 8.3.021; Trib. Roma 8.9.021; Trib. Rimini 7.12.021; C. App., Firenze 28.10.021; Trib. Catanzaro 25.6.021) (doc. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33,34). Istanza



cautelare ex art. 700 c.p.c. In ordine al fumus boni iuris si rinvia ai superiori motivi di diritto che certamente devono essere accolti. In ordine al 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 il ricorrente, attesi i tempi del giudizio ordinario. La stessa situazione familiare del ricorrente che gli attribuisce la precedenza di cui all'art. 33 appare infatti sufficiente a far ritenere che il tempo occorrente a giungere ad una decisione nel merito possa arrecare pregiudizio a beni e diritti di valenza costituzionale che non appaiono suscettibili di riparazione a posteriori (V. decreto Trib Asti n. 2846/2018 del 18/12/2018) (doc. 35). Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando al ricorrente ed al disabile che si vede privato della necessaria quotidiana assistenza e cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto, quale pregiudizio e danno concreto ed irreparabile del suo generale stato personale e di salute che non può in alcun modo essere ristorato. L'adozione del provvedimento cautelare ha la pregnante finalità di evitare il prodursi ed il protrarsi dell'evento lesivo, per inibire le ulteriori conseguenze pregiudizievoli della condotta illecita già verificatasi, esigenza particolarmente pregnante nel caso di specie in quanto tale finalità è volta alla tutela della nonna della ricorrente, soggetto portatore di handicap, titolari di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico. La condizione attuale del disabile necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. A ciò si aggiunga che la ricorrente ha già avuto riconosciuto lo status di referente unico dall'amministrazione statale (doc. 36). La ricorrente convive con la nonna, il nonno risulta deceduto (Caruso Cosimo) i figli Caruso Emanuela, (assiste il padre) e Gaetano risulta affetto dal morbo di Kron. (doc. 37). Ne consegue che la ricorrente è chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dal disabile ed è una figura



INDISPENSABILE per la cura e l'assistenza della stessa disabile che non può essere privata della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi. Ne consegue che l'assegnazione del ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dal disabile certamente cagionerebbe gravi disagi alla vita familiare dello stesso e irreparabile nocumento alle esigenze di cura del genitore, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente. La richiesta cautelativa si impone anche sotto ulteriore profilo garantito dalla Carta Costituzionale. Difatti, tale condizione rappresenta un inevitabile "pregiudizio per l'unità della famiglia" nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria, sono state "gravemente compromesse l'unità e la serenità del nucleo familiare, in considerazione dell'attuale distanza tra luogo di lavoro e di residenza della famiglia. I principi costituzionali, tra cui gli artt. 29 e 31, tutelano in modo chiarissimo l'unità familiare e così facendo vengono del tutti violati né si possono creare le condizioni di andarla a minare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni nazionali contrarie. Ne consegue che devono essere riconosciute la sussistenza attuale di ragioni d'urgenza, stante il pregiudizio effettivo alla vita familiare da ritenersi irreparabile – come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia di mobilità – giacché non risarcibile per equivalente, ricadendo i relativi effetti lesivi, non su interessi meramente patrimoniali, bensì sulla stessa sfera dei diritti personali, in quanto tali insuscettibili di reintegrazione ex post. Il ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2022 si vedrà costretto a lasciare il disabile e a prestare servizio nell'attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per lo stesso e per la disabile. È evidente, pertanto, la concreta ed attuale imminenza del Pericolo che fonda la richiesta di provvedimento d'urgenza. 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 irrimediabile danno che il ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo sig. Giudice adito non adottasse il provvedimento cautelare richiesto. Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra dom.ta, rapp.ta e difesa

CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra, previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2023 poiché in contrasto con art. 2 della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e care givers partecipanti nella medesima procedura di mobilità operando minor favor nei confronti di alcune categorie di docenti (come la ricorrente) e di disabili e di maggiore favore soltanto nell'ambito dei trasferimenti provinciali e nelle c.d. assegnazioni provvisorie;

2. Accertare e dichiarare la sussistenza di posti vacanti nelle sedi indicate in domanda per la procedura di mobilità interprovinciale 2022/023 e conseguentemente dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto dichiarare l'art. 13 CCNI 2022/2025 illegittimo e/o nullo per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò in violazione dei precetti costituzionali di cui infra.

3. In subordine accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2025 poiché in contrasto con la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art. 601 (T.U. scuola) nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione presso le sedi rientranti nel Comune/Provincia di Caltanissetta, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di



cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei nonna e ciò con effetto immediato; 4. Accertare e dichiarare la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora e contestualmente ex art. 700 c.p.c. emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto del ricorrente con particolare riferimento alla disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Caltanissetta pubblicato il 17.05.2022 con il quale non è stata assegnata la precedenza al ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore del ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza alla disabile per gli anni scolastici 2022/2023 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 17.05.2022 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il Comune/Provincia di Caltanissetta e seguenti; 5. Conseguentemente e per l'effetto disporre il trasferimento presso la sede (scuola/distretto) rientrante presso il Comune di Niscemi/Provincia di Caltanissetta e seguenti, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei nonna e ciò con effetto immediato; 6. In via istruttoria si chiede che l'ill.mo Giudice adito voglia ai sensi dell'art. 210 c.p.c. ordinare all'amministrazione resistente di esibire il prospetto delle disponibilità dei posti vacanti e disponibili prima e dopo i trasferimenti interprovinciali, le effettive e concrete disponibilità dei posti nonché il titolo di precedenza vantato dai docenti trasferiti presso le sedi indicate dal ricorrente e comprovanti la presunta precedenza; 7. Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore del procuratore antistatario. Nota fiscale: ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso è pari ad € 259,00 (doc. 38). Messina 07.06.2022 Avvocato Vincenzo La Cava



Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione nei confronti dei controinteressati e litisconsorti (art. 151 c.p.c.) Il sottoscritto avvocato Vincenzo La Cava, considerata la numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio; considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per il ricorrente, formula espressa istanza Affinché la S.V. voglia 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 inserimento in G.U. e pertanto VOGLIA Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023 scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI – Mobilità Scuola 2022/023, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/23, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2022/023 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR. http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/2 ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati: a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza; b) Nome del ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata; c) Sunto dei motivi del ricorso; d) Indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023 scuola primaria , di tutti i docenti



immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/23, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2022/023; e) Testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza. Messina 07.06.2022 Avvocato Vincenzo La Cava.

Che all'udienza del 13.10.2022, costituite le parti, con il Verbale udienza del 13.10.2022, il Giudice del Lavoro, del Tribunale di Varese dott. Dario Papa ha dichiarato "l'incompetenza per territorio del Tribunale di Varese, in funzione di Giudice del Lavoro, per la competenza per territorio del Tribunale di Busto Arsizio, in funzione di Giudice del Lavoro, in relazione alle domande di merito ed all'istanza cautelare contestualmente proposte con unico ricorso". (doc. A)

Che la ricorrente ha interesse alla instaurazione del giudizio volto all'accertamento del proprio diritto di precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992

FATTO

La ricorrente è una docente della scuola primaria, assunta a tempo indeterminato il 01.09.2020 ed attualmente in servizio presso l' I.C. Carminati di Lonate Pozzolo (doc. 1, 2).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n. 45 del 25.02.2022 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3, 3a).

Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accer-



tarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento inter-provinciale ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992, indicando diversi comuni, scuole e provincie disposti secondo un proprio ordine di preferenza così come consentito dalla stessa normativa di riferimento.

In particolare il docente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole e distretti rientranti nel Comune/Provincia di Caltanissetta, chiedendo l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei nonna, Sig. ra Gatto Serafina, risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale della commissione medica (doc. 4).

Dall'attuale condizione clinica della nonna della ricorrente **non è lecito attendersi alcun miglioramento** atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile. e consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua del ricorrente la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile.

Sicchè con mail e lettera di notifica (doc. 5, 6) al ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 45/2022 attuativa del CCNI del 28.01.2022, sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare il diniego (doc. 7, 7a, 7b).

Orbene il ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla L.



104/1992 non si è visto riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali.

A fronte di tali evidenti lesioni **in data 01.09.2022** la ricorrente, si è vista costretta a recarsi presso la scuola di titolarità di Varese, con conseguente irreparabile danno per la nonna disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

La procedura risulta viziata ab origine e come tale illegittima per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per contrasto con art. 2 n. 2 lett. a e segg. direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione 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; Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata; Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro; Mancato assolvimento dell'onere probatorio; Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex artt. 3, 97 Cost.

L'ordinanza attuativa del CCNI 2022 e le clausole in esse inserite sono illegittime per contrarietà alla normativa nazionale, comunitaria nonché ai precetti costituzionali e come tali devono essere disapplicate.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2022/023 con l'art. 13 limita (*rectius*: **nega**) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio



referente unico” del “genitore con disabilità” solo all’interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92.

Più precisamente l’art. 13 del CCNI testualmente dispone 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 l’operazione a cui si applica”.

Orbene l’art. 13 del CCNI mobilità 022/025 afferma (punto 4°) che, “successivamente” al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, “viene riconosciuta la precedenza per l’assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, a condizione che sussista una “documentata impossibilità del coniuge di provvedere all’assistenza per motivi oggettivi” e una “documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l’assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive”.

Dal tenore letterale del citato punto IV si evince in modo incontrovertibile che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera SOLO ALL’INTERNO E PER LA PROVINCIA IN CUI È UBICATO IL COMUNE DI ASSISTENZA e non quale



precedenza assoluta come previsto per altra ipotesi menzionata nel punto I) del predetto art. 13 CCNI.

Quest'ultimo, infatti, riconosce una precedenza assoluta, peraltro nelle operazioni di mobilità territoriale e professionale, *“indipendentemente dalla provincia di provenienza dell'interessato a tutto il personale docente che si trovi, nell'ordine, in una delle seguenti condizioni:*

- 1) personale scolastico docente non vedente (art. 3 della Legge 28 marzo 1991 n. 120);
- 2) personale emodializzato (art. 61 della Legge 270/82).



Il docente viene trattato con precedenza su tutte le preferenze di scuola indicate e su tutte le preferenze ai fini della titolarità su ambito".

Ne consegue che l'operatività di tutte le altre ipotesi pre-viste dall'art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, È RISTRETTA ALLA SOLA IPOTESI DI MOBILITÀ PROVINCIALE E NELL'AMBITO DELLA MOBILITÀ ANNUALE e non quale precedenza assoluta creando, pertanto **un palese sbilanciamento degli interessi** in *favor* del datore di lavoro (stante le mancate comprovate esigenze datoriali) ed una conseguenziale **discriminazione diretta ed indiretta** per il *minor favor* ai danni di alcune categorie di docenti e disabili.

Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto e l'art 13 disapplicato.

Più precisamente:

a) *Sul mancato contemperamento degli interessi personali del docente (interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare) e della P.A. (interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale).*

La contrattazione collettiva così operando crea una **evidente ed 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* rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale:



- a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile;
- b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza;
- c) ponendo il caregiver nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa ed il disabile di vedersi ingiustamente negata (non graduata) la tutela e la relazione familiare di convivenza, e ciò in assenza di qualsivoglia legittima ragione giustificatrice stante la sussistenza di posti vacanti e disponibili.

Ora opinando nel senso voluto dalla contrattazione collettiva si opererebbe una illegittima negazione (*rectius*: graduazione) del diritto di tutela del disabile che potrebbe essere sacrificato (nel senso voluto dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite) SOLO a fronte a esigenze tecniche, organizzative e produttive, ALLEGATE E COMPROVATE da parte datoriale, NON SOLO EFFETTIVE MA ANCHE NON SUSCETTIBILI DI ESSERE DIVERSAMENTE SODDISFATTE" (Cass. n.6150/2019, cit.) e non certamente alle **non comprovate** quanto astratte esigenze della P.A. sulle quali il giudice nazionale è tenuto ad effettuare il dovuto bilanciamento di interessi.



Ne consegue che il recesso del diritto stesso può avvenire solo ove risulti INCOMPATIBILE con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, IN QUANTO SOLO IN TALI CASI – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945) **ma non certamente nel caso di** che trattasi.

Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte (Sentenza 7945/08) hanno statuito 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 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. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 33, comma 5, sollevata in riferimento all’art. 3 Cost., nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l’handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all’ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente,*



*e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza(cfr.: Corte Cost. ord. n. 325 del 1996). In questa occasione la **Corte costituzionale** ha avuto modo anche di ricordare come esaminando alcuni profili della L. n. 104 del 1992, ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ed ha aggiunto anche che essa incide sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a fare superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti”.*

Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda **IN MANIERA CONSISTENTE** le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009), ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolva in un danno per la collettività, dovendosi operare **un bilanciamento tra il diritto all'assistenza dei disabili, tutelato ex Cost. 32, ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti da Cost. 97** (Cass. 7945/2008, 12692/2002), al quale questo giudice deve attenersi ed il cui onere probatorio (non assolto) incombe sulla P.a..

Ora applicando i predetti principi al caso di specie **non si comprende** quale possa essere il bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione scolastica né il



sacrificio CHE SI DEVE IMPORRE al disabile ed al docente , atteso che nella specie si tratta di TRASFERIMENTI A DOMANDA destinati alla copertura di posti GIÀ RITENUTI DALLA STESSAAMMINISTRAZIONE VACANTI E DISPONIBILI così che occorre solo identificare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro, né si comprende l'onere sproporzionato (*rectius*: il danno) che l'amministrazione subirebbe nel concedere detti posti con preferenza ai lavoratori che assistono i familiari disabili senza porre alcuna discriminazione legata quanto alla relazione familiare con l'assistito rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione (*sic!!!*).

In caso contrario deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori care giver a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali come l'assegnazione provvisoria non privi di conseguenze sul piano organizzativo per l'amministrazione scolastica!!!

Merita peraltro aggiungere che la regola contrattuale collettiva che limita la rilevanza extraprovinciale del diritto di precedenza in questione alle assegnazioni provvisorie, che hanno durata solo annuale e sono quindi naturalmente precarie, appare porsi in ulteriore contrasto con l'art. 33, co. 5 cit., perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "caregiver" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.



E l'assegnazione provvisoria, lasciando la cattedra di titolarità del "caregiver" altrove, LO ESPONE ANNUALMENTE AL RITRASFERIMENTO PER MERO AUTOMATICO EFFETTO DEL MANCATO RINNOVO NELL'ANNO SUCCESSIVO, REALIZZANDO UN RISULTATO VIETATO DALLA LEGGE.

Inoltre adottare infatti tale distinzione tra la mobilità provinciale, annuale e quella interprovinciale comporterebbe come logica conseguenza LA PARADOSSALE SOLUZIONE di avvicinare solo coloro che pur assistendo un familiare in condizione di disabilità grave sono comunque già collocati in un ambito territoriale vicinore al comune di residenza del disabile da assistere; tutto ciò in spregio al dettato di una norma imperativa (l'art. 33 Legge 104/1992) che vuole preservare i diritti all'assistenza ed all'integrazione sociale delle persone disabili in genere.

Risulta, evidente che tali differenze di trattamento fondate esclusivamente sul grado di parentela e sul tipo di procedura cui il docente partecipa ,senza che vi sia un corretto bilanciamento degli interessi in atto tendenti a tutela valorizzazione l'assistenza familiare del disabile, costituiscono discriminazione (al quale il giudice interno è chiamato a pronunciarsi) laddove esse NON SIANO oggettivamente e ragionevolmente giustificate (nell'ambito del diritto nazionale e nel senso voluto dalla Suprema Corte a sezioni Unite nonché dai Giudici di legittimità), da una finalità legittima.



Sul punto il Tribunale di Messina con sentenza del

11.5.021 (pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della Suprema Corte n. 4677 del 22.2.021 (che non si è pronunziata sul bilanciamento degli interessi in gioco facendo gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio e **non condivisa da numerosi giudici di merito**, V. anche Trib. Cosenza Sentenza n. 770/2021 pubbl. il 01/04/2021, Sentenza del 8.4.021 Trib Catania; Tribu- nale di Benevento sentenza del 8.3.2021) ha statuito che *"l'inciso "ove possibile" fa riferimento ad esigenze organizzative dell'ammini- strazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, MA NON CERTO ALLE CONDIZIONISOGGETTIVE DELL'ASSISTITO, SICCHÉ NON CONSENTE UNA GRADUAZIONE DELLE SITUAZIONI DI ASSISTENZA*(al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela..... il bi- lanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, **OSSIA L'INTERESSE DELL'INVALIDO AD AVERE GARANTITA L'ASSISTENZA FAMILIARE**, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'ammi- nistrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto af- fermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – **NON PUÒ ESSERE OPERATO IN MODO DIFFORME DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.**" (Trib. Messina n. 1073/2021 G.L. dott.ssa Romeo). La ratio della norma va individuata, evidentemente, nell'esigenza di evitare l'inter- ruzione dell'effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, pre- stata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo sta- to 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” (Trib. Messina, sez. lav., ord. 21 novembre 2011) (doc.8, 8a, 8b, 8c).

Sotto tale primo profilo appare evidente che in assenza di comprovate ragioni giustificatrici (il cui onere probatorio non è stato assolto dall'amministrazione scolastica) tali da giustificare il sacrificio imposto al disabile, l'art. 13 del CCNI deve essere disapplicato poiché contrasto sia con l'art. 33 della L. 104/1992 che ai principi costituzionali cui esso deve richiamarsi nella interpretazione voluta dal Giudice delle Leggi.

b) Sulla violazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta.

L'art. 13 del CCNI si pone in aperto contrasto altresì con il più alto “**PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE**”, sancito dal Diritto Europeo e dalla Carta Costituzionale.

Detto principio, volto a garantire la parità di trattamento fra le persone, e quindi anche dei lavoratori e dei disabili, è più in particolare statuito:

1) dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (alias Carta di Nizza), secondo cui:

a) all'art. 21 stabilisce che “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”; e

b) all'art. 26 stabilisce che “L'Unione riconosce e rispetta il



diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità";

c) all'art. 31 "Condizioni di lavoro giuste ed eque" stabilisce che "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose";

2) dalla 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.

Scopo della Convenzione è, infatti, quello di promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà da parte delle persone con disabilità;

Di recente la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza del 8.2.2022 ha disposto 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, SECONDO COMMA, COST., E DELLA CARTA DI NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e



nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n.25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza. E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (doc. 10) (V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379)).

Ne consegue che l'art. 33 non può essere interpretato suastratte e non comprovate esigenze della P.A. atteso che il rilievo costituzionale del diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili, prevale su quest'ultime.

Ne consegue che l'art. 13 del CCNI, laddove intende operare tale negazione del diritto (non una graduazione per i motivi di cui infra), crea una palese **DISCRIMINAZIONE DIRETTA, come tale palesemente contraria alla direttiva CE**



78/2000 (Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) cui è stata data attuazione con d.lgs 9 luglio 2003 n. 216 ed **a cui il giudice interno deve uniformarsi.**

Ed invero l'art. 2, n. 1, della direttiva 2000/78 definisce il «*principio della parità di trattamento*», alla cui applicazione essa è volta, come «*l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1*» della direttiva medesima.

L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva precisa che, ai fini dell'applicazione del precedente n. 1, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della stessa direttiva, **una persona sia trattata** meno favorevolmente di un'altra in una situazione analoga.

Ed invero l'art 2 della predetta direttiva Art. 2. “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, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di*



handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.

Ebbene ai sensi dell'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.

L'art. 6 della direttiva 2000/78, rubricato «*Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età*», dispone, al suo n. 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.

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 tratta-mento.

Ed è ciò che accade nel caso di specie laddove una disposizione contrattuale nel riservare un trattamento differenziale e meno favorevole ai caregiver ed ai disabili (attribuendo soltanto un punteggio) a seconda dal grado di parentela ed a seconda del tipo di procedura cui lo stesso partecipa, **sacrifica in** maniera ingiustificata il diritto costituzionalmente garantito **alla tutela del disabile** (NON GARANTENDONE LA CONTINUITA') **ed alla sua relazione familiare innanzi a non comprovate esigenze organizzative** con la conseguenza che opera senza dubbio alcuno un'incitamento a porre il lavoratore innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa e **ciò in aperto contrasto con l'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a), della direttiva 2000/78.**

Inoltre appare ancor più evidente la **"DISCRIMINAZIONE DIRETTA"** (al pari della indiretta), realizzata dalla normativa regolamentare, laddove da un lato, riserva il trasferimento definitivo nella sede del genitore disabile, in favore del solo docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale, e dall'altro, prevede l'assegnazione provvisoria nella sede del genitore disabile, in favore del docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento interprovinciale, al pari del docente (non in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale.



Non può revocarsi in dubbio che, sulla scorta di quanto appena rappresentato, il docente che partecipa alla mobilità provinciale gode di una *doppia chance* al fine di assistere il genitore disabile, ovvero potrà concorrere sia per l'assegnazione definitiva (se possiede tutti i requisiti richiesti) sia per l'assegnazione provvisoria (se non possiede tutti i requisiti richiesti); a differenza, invece, del docente che partecipa alla mobilità inter-provinciale che, **pur possedendo tutti i requisiti richiesti dalla norma, potrà concorrere per la sola assegnazione provvisoria.**

Pertanto, appare manifestamente viziata ed in contrasto con la Direttiva CE 78/00 la decisione della Suprema Corte Lav.n. 4677/2021 nella parte in cui ritiene che *“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”.*

Sul principio di non discriminazione la Corte di Appello di Catanzaro con sentenza n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020, su ricorso patrocinato da questo difensore, ha sancito che *“Ne consegue che la precedenza prevista da una lex specialis in materia di diritti volti a garantire l'integrazione sociale e assistenza della persona handicappata, non può essere derogata da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti. **Pertanto è evidente UN***



TRATTAMENTO DISCRIMINATORIO tra i docenti in quanto se il diritto di pre-cedenza è attribuito nella mobilità provinciale e nella procedura di assegnazione provvisoria a fortiori non può essere escluso in quella interprovinciale perché è proprio nei trasferimenti tra province di-verse e lontane che diventa, sul piano oggettivo e logistico difficile se non impossibile provvedere alle cure del fa-miliare disabile ed ancor di più se il docente è l'unico referente, come nella specie. La deroga alla L. 104/1992 ad opera del CCNI mobilità 2018/2019 non è dunque legittima (doc. 8a).

Sul punto la Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C- 3003/06 “Coleman” ha già chiarito che “Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di di- scriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. **QUALORA UN DATORE DI LAVORO TRATTI UN LAVORATORE, CHE NON SIA ESSO STESSO DISABILE, IN MODO MENO FAVOREVOLE RISPETTO AL MODO IN CUI È, È STATO O SAREBBE TRATTATO UN ALTRO LAVORATORE IN UNA SITUAZIONE ANALOGA, e sia provato che il trattamento sfavore- vole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest’ultimo ha bisogno, UN SIFFATTO TRATTAMENTO VIOLA IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE DIRETTA ENUNCIATO AL DETTO ART. 2, N. 2, LETT. A)” (doc. 9).**

È noto che l’Italia non ha dato tempestiva attuazione a



queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione con la sentenza del 4 luglio 2013 Commissione/Repubblica Italiana recepita con il d.l. 28.6.013 n. 76 convertito nella l. 9.8.013 laddove il legislatore italiano ha inserito nel d.lgs. 216/013 all' art. 3 il comma 3 bis.

Una piena lettura di queste disposizioni impone allora **un obbligo derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'unione del datore di lavoro pubblico o privato di adattare nei limiti di " sforzo non sproporzionato" la propria organizzazione (con onere probatorio a proprio carico) al fine di consentire al lavoratore disabile nonché a chi lo assiste di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizioni di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.**

Appare quindi evidente che dalla possibilità di potere in concreto assistere il proprio familiare disabile dipenda senz'altro l'effettiva possibilità per il lavoratore e lavoratrice care giver di continuare a svolgere la propria prestazione in condizione di parità (si pensi al disagio per il disabile e per il lavoratore di dover interrompere in maniera traumatica il rapporto di assistenza e cura) senza essere posti dinanzi alla scelta tra rinunciare al rapporto di lavoro (in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il proprio familiare (per-chè del tutto incompatibile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa).



La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovra- nazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, DOVRANNO ESSERE VALORIZZATE LE ESIGENZE DI ASSISTENZA E DI CURA DEL FAMILIARE **DISABILE DEL LAVORATORE**, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. cit. n.25379/2016, Cass. n.9201/2012, Cass 22 marzo 2018, n. 7120)).

La contrattazione collettiva assicurando al docente care giver non un diritto di precedenza al cospetto di altri candidate che tale assistenza non svolgono (e ciononostante trasferiti sebbene non portatori del fattore protetto) ma solo un PUNTEGGIO AGGIUNTIVO non è compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dalla superiore direttiva in termini di giustificazione ragionevolmente oggettiva nonché in termini di onere sproporzionato per l'amministrazione.

Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità l'attribuzione di un diritto di precedenza (NON DI UN SEMPLICE PUNTEGGIO AGGIUNTIVO) A TUTTI I LAVORATORI CHE PRESTINO ASSISTENZA A FAMILIARI DISABILI



RIENTRANDO NELLA CATEGORIA PREVISTA DALL'ART. 33 C. 3 L. 104/1992 NON DETERMINA ALCUN ONERE SPORORIZIONATO voluto dalla Direttiva Europea.

Le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 355/2010, hanno sancito il principio secondo cui *"il giudice statale nell'applicare il diritto nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e delle finalita' della direttiva europea, onde garantire la piena effettivita' della direttiva stessa e conseguire il risultato perseguito da quest'ultima"*.

Alla luce delle superiori considerazione appare evidenteritenere che l'art 13 del CCNI 022/025 nella parte in cui pre- scrive che la precedenza per il figlio referente unico che assisteun genitore disabile opera solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza e solo nell'ambito della mobilita' annuale solo a favore dei genitori o del coniuge del soggetto grave- mente disabile, **negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico opera una discriminazione diretta** in virtù di un ingiustificato *minor favor* cui vengono trattati sia il lavoratore che il disabile stesso fondato su non comprovate ed illegittime finalità OPERA UNA DISCRIMINAZIONE DIRETTA ED INDIRETTA contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi.

Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto e l'art. 13 del CCNI 2022/025 disapplicato.

2. Illegittimità e/o nullità dell'art. 13 del CCNI 2022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 29, 32, 38 Costituzione;



Disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento
trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

L'art. 13 del CCNI 2022/025 deve ritenersi altresì illegittimo per contrarietà ai principi costituzionali e come tale deve essere disapplicato anche sotto tale ulteriore profilo.

Ed invero le disposizioni contenute nella legge 104/1992 sono dirette a tutelare diritti di rilevanza costituzionale, quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale e alla tutela dei disabili, discendenti dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.

Ed invero il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell'assistito – è un diritto assoluto, tanto da determinare un'interpretazione restrittiva dell'inciso “ove possibile” di cui all'art. 33 cit., tale cioè da comprendere solo i casi di effettiva e motivata sussistenza di superiori esigenze pubblicistiche, non invece da includere in detta accezione, come nel caso di specie, l'astratto e generico contemperamento di esigenze di diversa natura di altri lavoratori, che pure aspirino all'assegnazione di quel posto, non usufruendo della preferenza ex art. 33 cit.”

Sul punto la giurisprudenza di merito ha rilevato che *“L'inciso “ove possibile” indica che tale possibilità di scelta non è assoluta, tuttavia correttamente l'appellante ha richiamato la giurisprudenza della Corte di legittimità che, per i rapporti di lavoro pubblico, ha stabilito che il rifiuto di accedere ad una tale richiesta è giustificabile qualora potrebbe determinarsi un danno alla*



collettività, danno che nel caso di specie non è ravvisabile, atteso che l'appellante è stato assunto in ruolo, seppur in via provvisoria, proprio presso l'I.C. di Spoltore, dove quindi esisteva un posto vacante e disponibile e d'altra parte, nel bilanciamento di interessi contrapposti, IL RILIEVO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE, ALLA SOLIDARIETÀ SOCIALE, ALLA TUTELA DEI DISABILI, PREVALE SULLE ESIGENZE ORGANIZZATIVE DELL'ISTITUZIONE SCOLASTICA, che peraltro nel caso di specie alcun danno patirebbe dalla soluzione prospettata dall'appellante. In relazione quindi alla circostanza che la legge 104/92 non fa alcuna graduazione circa i parenti o affini da assistere, sol richiedendo che il lavoratore sia l'unico in grado di prestare assistenza, va da sé che il CCNI 11/4/17, che prevede la limitazione del diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale a favore dei soli genitori e del coniuge del soggetto affetto da handicap, contrasta con l'art.33 che ha portata più ampia (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019).

Nel caso di specie, la regola contrattualcollettiva che impedirebbe la rilevanza di ogni ragione di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali definitivi **pregiudica in modo particolarmente grave L'INTERESSE PROTETTO dall'art. 33,** negando ad esso protezione proprio là dove la destinazione lavorativa rende più difficile, se non impossibile l'assistenza al disabile (ciò che già la rende censurabile ex Cost. 3), e non appare esprimere alcun riconoscibile interesse pubblico ex Cost. 97 peraltro non addotto da chi ne aveva l'onere.

Pertanto, subordinare, come nel senso voluto dalla contrattazione collettiva, diritti costituzionalmente rilevanti -



quali



quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili -a dubbie esigenze organizzative dell'istituzione scolastica (cui grava l'onere della prova) porterebbe in realtà ad un **eccessivo sbilanciamento degli interessi**, dando un'eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro (su cui grava l'onere probatorio) rispetto a quelli, attinenti alla persona (e discendenti dalle disposizioni costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità.

Sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, ha avuto modo di soffermarsi anche la Corte Costituzionale. *“La ratio legis del diritto al permesso mensile retribuito consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare al fine di tutelarne la salute psico-fisica, quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., rientrante tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.). È, pertanto, irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità, risolvendosi in un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e dell'integrazione. E ciò in particolare – ma non solo – nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del “rapporto familiare”, nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle “aggregazioni” cui fa riferimento l'art. 2 Cost. Peraltro, la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che*



possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 Cost. In questo caso l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. D'altra parte, ove così non fosse, il diritto – costituzionalmente presidiato – del portatore di handicap di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato "normativo" rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio. Se, dunque, l'art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" (Corte Costituzionale, n.213/2016).

Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante "esterno", sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi consentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva.

Anche sotto tale ulteriore profilo la disposizione di cui all'art. 13 del CCNI deve essere disapplicata per contrarietà ai principi costituzionali ed il ricorso deve essere accolto.



3. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 21, 33 della Legge 104/92; legge n.183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità.

L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate anche sotto ulteriore profilo.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita (*rectius*: **nega**) fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92.

Tale operazione non è in linea inoltre con quanto disposto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione di cui al d.Lgs 16 aprile 1994 n. 297, in particolare dall'art. 601, laddove dispone: (1) "Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. (2) Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e INSEDE DI MOBILITÀ".

Quest'ultima disposizione (art. 601), infatti, non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo RICONOSCONDO UN DIRITTO ASSOLUTO, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo



costitu- zionale, con la conseguenza **che tale assetto contrattuale col-lettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601**, che non pone (si ripete) alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tri-bunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017).

Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che: *“La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda”.*

Tale operazione non altresì in linea con quanto disposto **dal comma quinto dell'art. 33 legge 104/92** come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, laddove stabilisce che **“Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da as-sistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altrasede”**; il comma 3 fa riferimento al *“lavoratore dipendente, pubblicoo privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, **coniuge, parente o affine entro il secondo grado ovvero entro ilterzo grado** qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di etàoppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano decedutio mancanti”*.



La predetta disposizione normativa, che anch'essa non pone alcun limite al grado di parentela, **non derogabile**, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il 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 e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata".

Sul punto il **Tribunale di Monza** con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019 ha sancito che "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 di-



sposizioni 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 (doc. 11).

Inoltre il **Tribunale di Taranto**, su ricorso patrocinato da questo difensore, con sentenza n. 737/2020 ha sancito il principio secondo cui "Non è dunque giustificabile la disparità di trattamento che viene in rilievo tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che come l'odierna istante, partecipano alla mobilità interprovinciale essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Conseguentemente il docente interessato può dunque usufruire di tali precedenza in ciascun comune, ambiti, e/o delle provincie indicate nel proprio ordine di priorità limitatamente alle sedi disponibili secondo l'ordine di preferenza espressa" (doc. 12).

In virtù delle superiori considerazioni appare evidente che l'amministrazione statale ha illegittimamente limitato



(negato) i benefici previsti e riconosciuti dalla legge 104/92 in virtù di una contrattazione collettiva che interferisce in modo arbitrario per mezzo di norme di carattere generale in materia di trasferimenti e ciò derogando, dinanzi all'interesse del disabile ad essere assistito con soluzione di continuità, a *lex specialis* e norme di rango superiori sia nazionali e sovranazionali, ponendosi con esse in aperto contrasto sebbene dettano di contro principi dell'ordinamento in materia di diritti di integrazione sociale, e assistenza alla persona disabile e tutelano interessi costituzionalmente garantiti (art. 2 L. 104/92).

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: *“la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti* (cfr. Trib. Messina, Catania, Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo Valentia, Pisa; Latina, Taranto, Alessandria) (doc. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23).

È, invero, in tal senso Trib. Roma, ord. 14 marzo 2018 *“dirimente constatare l'irrazionalità del disposto contrattualcollettivo applicabile alla fattispecie, giacché – limitando la spendibilità delle prerogative ex l. 104/1992 agli spostamenti infra-provinciali, e alle assegnazioni provvisorie (con estensione, in questo caso, del beneficio agognato anche ai tramutamenti fra province differenti) – esso priva di concreta utilità i diritti conferiti dalla legge* (dalle





norme costituzionali e sovranazionali) ai referenti delle persone da accudire, nella misura in cui preclude l'opponibilità – al datore di lavoro pubblico – della situazione di disabilità certificata proprio laddove essa andrebbe peculiarmente valorizzata: vale a dire in sede di gestione dei trasferimenti (definitivi) fra province diverse, come tali associati a distanze – riscontrabili fra l'invalido e il suo accompagnatore – maggiori rispetto a quelle misurabili all'interno della medesima provincia (per la quale ipotesi, paradossalmente, i precetti della l. 104/1992 trovano da tempo pedissequa attuazione”.

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 riferimento (Trib. Messina, Dott.ssa La Face, sentenza n. 610/2020 pubbl. il 28/05/2020) (doc. 24).

Anche sotto tale ulteriore ed assorbente motivo, la ricorrente, referente unico del disabile in situazione di gravità, ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell'art. 33 L. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art. 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale (non definitiva) e provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art. 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 2 della direttiva CE 78/2000, con l'art. 33



c. 5 L. 104/92, art. 601 del d.lgs 297/1994 e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

4. Contrarietà alla ordinanza Corte Cassazione n. 4677 del 22.2.2021;

In ultimo occorre rilevare che non si potrà certamente aderire all'indirizzo, peraltro ancora non consolidato (smentito da numerosi Giudici di merito le cui pronunzie si allegano), espresso dal giudice di legittimità, (su tutte sentenza del 15.2.2022 Tribunale di Catania Giudice Giuseppe Giovanni di Benedetto) secondo cui *“In tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore del 8 aprile 2016, nel riconoscere il diritto di precedenza al dipendente che assiste un genitore in condizione di handicap grave esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 della l. n. 104 del 1992 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”* (Cassazione civile sez. lav., 22/02/2021, n. 4677).

Ed invero, come visto, sotto il primo profilo evidenziato dalla Corte (*“...la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esi-*



genze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento...”), va rimarcato e ribadito come la contrattazione integrativa risulti delegata a disciplinare i criteri e le procedure di mobilità, fatte salve le disposizioni di legge (art. 22, co. 4, lett. a1), CCNL 19.4.2018), sicché essa non ha la competenza di discriminare posizioni, quali quelle previste dall’art. 33, l. 104/1992, ritenute dalla legge di pari dignità, in funzione di tutela del disabile grave, che tale rimane quale sia il legame parentale o di affinità che lo lega con la persona che lo assiste.

Inoltre, sotto il secondo versante (*“così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”*), va osservato come il riconoscimento della possibilità di invocare la precedenza nella mobilità interprovinciale, così come prevista dall’art. 33 L. 104/1992 e 601 d.lgs. 297/1994, non contrasti con alcuna esigenza organizzativa della Pubblica Amministrazione, posto che tale precedenza potrà operare effettivamente sempre che sussistano posti vacanti e disponibili, che l’Amministrazione ritenga di coprire con la procedura di mobilità medesima.

Non appaiono sussistere, dunque, esigenze ricollegabili al buon andamento della Pubblica amministrazione che, nell’ottica di bilanciamento degli interessi (quello privato dei lavoratori interessati e quello pubblico), possano giustificare una *“disapplicazione”*, sia pur parziale, delle tutele previste dall’art. 33 L. 104/1992, posto che è pur sempre l’amministrazione che mette a disposizione della procedura



di mobilità i posti da assegnare.

Non sembra, dunque, dirimente la circostanza che l'art. 33, co. 5, l. 104/1992, subordini il diritto al trasferimento alla condizione che questo sia possibile ("ove possibile") e che tale diritto non sia assoluto, ma condizionato, perché proprio nei casi in cui viene indetta la procedura di mobilità, e vengono messe a disposizione determinate sedi, tale valutazione risulta già positivamente esitata dall'amministrazione, che ritiene "possibile" la copertura per mobilità di determinati posti, mentre la norma della contrattazione collettiva integrativa impedisce a monte, ed a prescindere da ogni verifica, la possibilità di beneficiare della precedenza, e dunque anche quando sia pacificamente "*possibile*", in quanto sussistano tutti i presupposti costitutivi del diritto al trasferimento ai sensi degli artt. 33, co. 5, l. 104 e 601 T.U. scuola.

Del resto, ove l'amministrazione ritenesse che la copertura di determinate sedi sia di ostacolo alle preminenti esigenze organizzative, potrebbe sempre impedirne la pubblicazione ai fini della mobilità ovvero dimostrare dette esigenze al fine di escludere l'operatività del diritto ex art. 33, co. 5, l. 104/1992.

Nulla di tutto questo nel caso in esame.

Risulta, dunque, difficilmente comprensibile l'interdizione assoluta, introdotta dalla contrattazione collettiva integrativa, ai docenti che siano figli di disabili gravi, di poter dichiarare ed eventualmente fruire della precedenza ex L. 104/1992 (al sussistere di posti vacanti e disponibili), posto che tale possibilità non implica per



l'amministrazione l'obbligo di assegnazione della sede richiesta, potendo quest'ultima avvenire solo in presenza di posti vacanti e disponibili per i quali l'amministrazione ne abbia ritenuto *"possibile"* la copertura mediante mobilità e nel rispetto degli altri criteri per la formazione della graduatoria.

Sul punto, del resto, va ricordato che l'inciso *"ove possibile"* previsto dall'art. 33, co. 5, L. 104/1992 risulta teso a subordinare il riconoscimento del diritto al trasferimento alla condizione che l'Amministrazione *"non abbia particolari esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio"* (T.A.R. Campania, Sez. VII, 3 maggio 2021, n. 2906), avendo peraltro la giurisprudenza rimarcato che *"di una simile verifica, in particolare, la P.A. è tenuta a dare puntuale motivazione, con adeguata illustrazione delle circostanze che dovessero impedire l'assegnazione / trasferimento oggetto di domanda, anche per evitare un sostanziale svuotamento dell'istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile..."* (T.A.R. Campania, Cit.).

Al riguardo, la Suprema Corte ha evidenziato che *"non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost."*, ma che *"tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. N. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive*



ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte” (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150).

Come è evidente e come già rimarcato, nel caso delle procedure di mobilità, una volta che l’Amministrazione abbia ritenuto possibile la copertura di determinate sedi mediante la procedura di mobilità, il problema della verifica della condizione in esame (“ove possibile”) risulta già positivamente deliberato dalla stessa amministrazione.

Del resto, come evidenziato sempre dalla Suprema Corte, già con riguardo alla formulazione originaria della norma, doverilevarsi che *“la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore “che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicap- pato” di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al propriodomicilio, è applicabile non solo all’inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l’attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento”* e che la previsione dell’art. 33 rientra *“nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell’assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie “resta fondamentale nella cura e nell’assistenza dei soggetti portatori di handicap” (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005)”*, dovendosi quindi favorire interpretazioni della norma compatibili non solo con il dato letterale, ma anche “con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009



dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. N. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)" (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150 cit.).

Non appaiono quindi ammissibili interventi regolatori o interpretativi che di fatto determinino un'abrogazione, ancor- ché parziale, della disposizione.

Per quanto premesso, appare chiaro che la limitazione prevista dal CCNI, nella mobilità interprovinciale, per i figli dei genitori disabili gravi, non solo non sia autorizzata dalla stessa contrattazione nazionale (v. CCNL 19 aprile 2018, art. 22, co. 4, lett. a1), ma non abbia giustificazione sotto il profilo degli eventuali interessi del datore di lavoro pubblico ex art. 41 Cost., determinando il risultato, contrario alle fonti primarie, di ridurre irragionevolmente l'ambito di operatività delle tutele previste in favore dei disabili, introducendo discriminazioni fondate sulla natura del tipo di legame (in danno dei disabili gravi assistibili solo dai figli), in contrasto con l'equiparazione prevista espressamente dall'art. 33 L. 104/1992.

A ciò non può opporsi la circostanza che il CCNI riconosca, ai docenti figli di disabili gravi, così come del resto alle altre categorie, il diritto di precedenza nelle procedure di "assegnazione provvisoria", posto che l'applicazione della disciplina ex art. 33 L. 104/1992 a tali procedure non appare in grado di sopperire alla esclusione di tutela nella mobilità interprovinciale.

Come è noto, invero, le procedure di assegnazione



provvisoria sono annuali e riguardano i posti rimasti disponibili a seguito delle procedure di mobilità.

La platea dei posti assegnabili è, dunque, inferiore e residuale rispetto a quelli messi a bando con le procedure di mobilità, e dunque la possibilità di ottenerne l'assegnazione è ampiamente ridotta rispetto alle chance coltivabili con la procedura di mobilità interprovinciale.

L'assegnazione provvisoria, inoltre, ha un'efficacia temporalmente limitata ad un anno e non determina alcuna precedenza nelle successive procedure di assegnazione provvisoria.

L'art. 33, co. 5, L. 104/1992, per contro, riconosce il diritto a chiedere il trasferimento presso la sede più prossima a quella del domicilio del disabile, sia all'inizio del rapporto, sia nel corso dello stesso (Cass. 6150/2019 cit.), e ciò risulta confermato dall'art. 601 TU scuola, che espressamente riconosce tale beneficio in tutti i procedimenti di mobilità, così come nella fase dell'assunzione.

La stessa contrattazione collettiva nazionale mostra di distinguere nettamente le procedure di mobilità dalle procedure per l'assegnazione provvisoria (v. art. 22, co. 4, CCNL 19.4.2018, lett. a1 e a2) e ciò evidenzia che le due procedure non sono sovrapponibili, svolgendo la seconda una funzione meramente residuale.

Ne deriva che la previsione che assicura ai docenti figli di disabili gravi la possibilità di beneficiare della precedenza in sede di assegnazione provvisoria, e non anche nella mobilità interprovinciale, non rimedia al deficit di tutela cagionato dalla contrattazione collettiva integrativa, senza



peraltro che quest'ultima, come visto, possa esprimere tali competenze.

Neppure può essere sufficiente la previsione del CCNI di assicurare tale precedenza nella mobilità comunale e provinciale.

Tale previsione, anzi, conferma l'illogicità del sistema delineato dalla contrattazione collettiva integrativa, posto che nelle operazioni di mobilità comunali e provinciali il lavoratore ha già una sede di servizio prossima a quella del disabile (chiedendo, in tali casi, il mero spostamento all'interno di un comune o della provincia dove risiede il disabile), mentre laddove abbia esigenza di ricorrere alla mobilità interprovinciale è perché ha una sede di servizio più distante rispetto a quella del domicilio del disabile, chiedendo appunto il trasferimento presso una provincia diversa rispetto a quella di servizio e più prossima o coincidente con quella in cui ha domicilio il disabile.

Ed è proprio in tali circostanze che la tutela prevista dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992 non appare tollerare incisive disapplicazioni, posto che, proprio nei casi di maggiore lontananza della sede di servizio rispetto al domicilio del disabile, le possibilità di cura e di assistenza di quest'ultimo possono risultare compromesse e ridotte..." (cfr. sentenza n. 3994/2021 del Tribunale di Catania, come richiamata dalle successive sentenze n. 5159/2021 e n. 4785/2021, cit.).

Ciò posto e venendo al caso di specie, parte ricorrente, ha allegato e documentato di essere figlio referente unico della nonna disabile in situazione di gravità ex art. 3 co. 3 della L. n. 104/92.

Ha altresì documentato di avere partecipato alla procedura



di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2022/2023, indicando di-verse sedi site nella provincia di Caltanissetta e che numerosi docenti erano stati trasferiti sebbene privi di precedenza.

È pacifica la mancata applicazione della precedenza ex art.33 L. 104/1992, 601 TU Scuola, per espressa previsione del CCNI, nonostante richiesta.

Per quanto sopra motivato, deve, dunque, riconoscersi il diritto della docente alla fruizione del beneficio in questione, con conseguente condanna dell'Amministrazione a riesaminare la domanda di mobilità presentata dal ricorrente per l'a.s. 2022/2023 e ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza ex art. 33 L. 104/1992, nell'ordine di priorità indicato nella do-manda di mobilità, uno dei posti delle sedi indicate in do- manda, ove - all'epoca di pubblicazione della procedura di mobilità - vacanti e disponibili (**numerose le pronunzie di segno** opposto alla richiamata ordinanza della Corte di Cassazione **del 22.2.021**) (Trib. Messina 25.1.022; Trib. Patti 31.8.021; S. Ma- ria C. Vetere 25.10.021; Trib. Vercelli 10.11.021; Trib. Catania 15.2.022; Trib. Cosenza 1.4.01; Trib. Benevento 8.3.021; Trib. Roma 8.9.021; Trib. Rimini 7.12.021; C. App., Firenze 28.10.021; Trib. Catanzaro 25.6.021) (doc. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33,34).

Istanza cautelare ex art. 700 c.p.c.

In ordine al *fumus boni iuris* si rinvia ai superiori motivi di diritto che certamente devono essere accolti.

In ordine al periculum in mora

Il mancato accoglimento della presente istanza e la necessità di attendere la fine del giudizio determinerebbe un



dannograve ed irreparabile per il ricorrente, attesi i tempi del giudizio ordinario.

La stessa situazione familiare del ricorrente che gli attribuisce la precedenza di cui all'art. 33 appare infatti sufficiente a far ritenere che il tempo occorrente a giungere ad una decisione nel merito possa arrecare pregiudizio a beni e diritti di valenza costituzionale che non appaiono suscettibili di riparazione a posteriori (V. decreto Trib Asti n. 2846/2018 del 18/12/2018) (doc. 35).

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando al ricorrente ed al disabile che si vede privato della necessaria quotidiana assistenza e cura di cui ha sempre goduto e di cui ha diritto, quale pregiudizio e danno concreto ed irreparabile del suo generale stato personale e di salute che non può in alcun modo essere ristorato.

L'adozione del provvedimento cautelare ha la pregnante finalità di evitare il prodursi ed il protrarsi dell'evento lesivo, per inibire le ulteriori conseguenze pregiudizievoli della condotta illecita già verificatasi, esigenza particolarmente pregnante nel caso di specie in quanto tale finalità è volta alla tutela della nonna della ricorrente, soggetto portatore di handicap, titolare di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.

La condizione attuale del disabile necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita.

A ciò si aggiunga che la ricorrente ha già avuto **ricosciuto lo status di referente unico dall'amministrazione sta-**



tale (doc. 36).

La ricorrente convive con la nonna, il nonno risulta deceduto (Caruso Cosimo) i figli Caruso Emanuela,(assiste il padre) e Gaetano risulta affetto dal morbo di Kron. (doc. 37).

Ne consegue che la ricorrente è chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dal disabile ed è una figura **INDISPENSABILE** per la cura e l'assistenza della stessa disabile che non può essere privata della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi.

Ne consegue che l'assegnazione del ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dal disabile certamente cagionerebbe **gravi disagi alla vita familiare** dello stesso e irreparabile nocumento alle esigenze di cura del genitore, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.

La richiesta cautelativa si impone anche sotto ulteriore profilo garantito dalla Carta Costituzionale.

Difatti, tale condizione rappresenta un inevitabile **“pregiudizio per l’unità della famiglia”** nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria, sono state **“gravemente compromesse l’unità e la serenità del nucleo familiare, in considerazione dell’attuale distanza tra luogo di lavoro e di residenza della famiglia.**

I principi costituzionali, tra cui gli artt. 29 e 31, tutelano in modo chiarissimo l’unità familiare e così facendo vengono del tutto violati né si possono creare le condizioni di andarla a minare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni



nazio-nali contrarie.

Ne consegue che devono essere riconosciute la sussistenza attuale di ragioni d'urgenza, stante il pregiudizio effettivo alla vita familiare da ritenersi irreparabile – come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia di mobilità – giacché non risarcibile per equivalente, ricadendo i relativi effetti lesivi, non su interessi meramente patrimoniali, bensì sulla stessa sfera dei diritti personali, in quanto tali insuscettibili di reintegrazione ex post.

Il ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2022 si vedrà costretto a lasciare il disabile e a prestare servizio nell'attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo

disagio per lo stesso e per la disabile.

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

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 il ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo sig. Giudice adito non adotti il provvedimento cautelare richiesto.

Tanto premesso e ritenuto, la ricorrente, come sopra dom.ta, rapp.ta e difesa

CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra ,previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art. 13 punto IV del CCNI sullamobilità docenti 2022/2023 poiché in contrasto con art. 2



della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e care giver partecipanti nella medesima procedura di mobilità operando *minor favor* nei confronti di alcune categorie di docenti (come la ricorrente) e di disabili e di maggiore favore soltanto nell'ambito dei trasferimenti provinciali e nelle c.d. assegnazioni provvisorie;

2. Accertare e dichiarare la sussistenza di posti vacanti nelle sedi indicate in domanda per la procedura di mobilità interprovinciale 2022/023 e conseguentemente dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto dichiarare l'art. 13 CCNI 2022/2025 illegittimo e/o nullo per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò in violazione dei precetti costituzionali di cui *infra*.

3. In subordine accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2025 poiché in contrasto la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art. 601 (T.U. scuola) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto del ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione presso le sedi rientranti nel Comune/Provincia di Caltanissetta, **anche in sovrannumero**, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che gli consentano comunque di prestare assistenza continua al di lei nonna** e ciò con effetto immediato;

4. Accertare e dichiarare la sussistenza del *fumus boni iuris* del



periculum in mora e contestualmente ex art. 700 c.p.c. **emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto del ricorrente con particolare riferimento alla** disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Caltanissetta pubblicato il 17.05.2022 con il quale non è stata assegnata la precedenza al ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore del ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza alla disabile per gli anni scolastici 2022/2023 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 17.05.022 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il Comune/Provincia di Caltanissetta e seguenti;

5. Conseguentemente e per l'effetto disporre il trasferimento presso la sede (scuola/distretto) rientrante presso il Comune di Niscemi/Provincia di Caltanissetta e seguenti, **anche in sovrannumero**, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei nonna e ciò con effetto immediato;

6. In via istruttoria si chiede che l'ill.mo Giudice adito voglia ai sensi dell'art. 210 c.p.c. ordinare all'amministrazione resistente di esibire il prospetto delle disponibilità dei posti vacanti e disponibili prima e dopo i trasferimenti interprovinciali, le effettive e concrete disponibilità dei posti nonché il titolo di precedenza vantato dai docenti trasferiti presso le sedi indicate dal ricorrente e comprovanti la presunta precedenza;



7. Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore del procuratore antistatario.

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso è pari ad € 259,00 (doc. 38).*

Messina/Busto Arsizio 07.12.2022

Avvocato

Vincenzo La Cava

Istanza per la determinazione delle modalità della notificazione nei confronti dei controinteressati e litisconsorti (art. 151 c.p.c.)

Il sottoscritto avvocato Vincenzo La Cava, considerata la



numerosità dei litisconsorti interessati considerato che ogni candidato ha espresso un ordine di preferenza su tutti gli ambiti territoriali, ampliando la platea dei controinteressati, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio;

considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per il ricorrente, formula espressa

istanza

Affinché la S.V. voglia 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 inserimento in G.U. e pertanto

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023 scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI - Mobilità Scuola 2022/023, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/23, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2022/023 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR. <http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami/2> ed in particolare mediante l'inserimento dei



seguenti dati:

a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;

b) Nome del ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;

c) Sunto dei motivi del ricorso;

d) Indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2022/2023 scuola primaria , di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2022/23, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2022/023;

e) Testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Messina/Busto Arsizio 07.12.2022

Avvocato

Vincenzo La Cava



