

TRIBUNALE CIVILE DI TERMINI IMERESE - SEZ. LAVORO

Ricorso

Della Sig.ra Corsale Ninfa (C.F.CRSNNF67T56A764E) nata a Belmonte Mezzagno il 16/12/1967 ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Alessio Ardizzone (CF. RDZLSS75P14G273F), pec: alessioardizzone@pec.it – fax 091/6195380, e Christian Conti (CF. CNTCRS73T06C351T), pec: avv.conti@pec.it-fax 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è rappresentato e difeso sia congiuntamente che disgiuntamente, giusta procura in calce al presente atto

CONTRO

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro-tempore, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo

F A T T O

I) La docente Corsale, inserita nella Graduatoria ad Esaurimento (GaE), veniva assunta dal MIUR come docente di scuola primaria, nell'ambito del Piano Straordinario di assunzione docenti ex L. 107/2015, ed esattamente ai sensi dell'art. 1, comma 98, lettera C).

Successivamente presentava domanda di mobilità per l'A.S. 2016/2017 con punteggio di 15, oltre punti 6 per ricongiungimento, come previsto e disciplinato dalla L. 107/2015, dall'O.M. 241/2016 del 08.04.2016 nonché dal CCNI del 08.04.2016, indicando preferenze sull'Ambito Territoriale della Sicilia sia su posto comune che su lingua inglese (**All. 1**); purtroppo, non otteneva la sede ambita su ambito siciliano a differenza di tante altre colleghe.

II) Pertanto, partecipava alle successive procedure di mobilità (**All. 2**) facendo valere il proprio diritto di precedenza per l'assistenza prestata alla propria madre disabile grave; ma anche questa volta non otteneva il movimento richiesto.

Avendo presentato domanda di assegnazione provvisoria, la ricorrente otteneva per l'A.S. 2021/2022 la assegnazione presso l'IC Belmonte Mezzagno (PA) (**All. 3** – autorizzazione permessi 104/92).

Avendo motivo di dolersi tanto degli esiti della mobilità straordinaria (finalizzata all'assegnazione della sede definitiva, successivamente all'immissione in ruolo) quanto dell'ultima mobilità conclusa con l'assegnazione di posti a docenti privi di diritti di precedenza, la ricorrente si è vista costretta a proporre il presente ricorso affidato ai seguenti motivi di diritto:



**ILLEGITTIMITA' DELL'ASSEGNAZIONE DELLA SEDE DEFINITIVA
NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA DI MOBILITA' 2016/17**

Come è noto la procedura di mobilità in questione è stata definita *straordinaria* in quanto ha coinvolto nel medesimo *calderone* (la procedura collettiva) differenti tipologie di *diritti soggettivi dei docenti*: da una parte il diritto all'assegnazione della sede definitiva di tutti quei numerosi docenti assunti nell'ambito del piano straordinario di cui alla legge 107/2015 provenienti tanto dalle GAE quanto dalle GM; dall'altro, il *diritto al trasferimento* di tutti quei docenti assunti anteriormente al piano straordinario (docenti a loro volta suddivisi a secondo del periodo di assunzione anteriore o successivo all'anno scolastico 2014/15).

Tanto gli uni che gli altri erano tenuti a indicare circa 100 preferenze.

La complessa gestione delle varie preferenze su ambiti è stata affidata ad un fantomatico *algoritmo* che ha gestito tutte le domande con relative preferenze, diritti di precedenza e, infine, l'assegnazione delle sedi tanto in ambito provinciale che interprovinciale.

I docenti si sono potuti confrontare, inizialmente, con un bollettino nazionale (**Ail. 4**) predisposto sull'unico criterio matematico certo ed indiscutibile (il punteggio) e, successivamente, con bollettini predisposti dai singoli ambiti territoriali.

Simile al *logos* di Eraclito, l'Algoritmo ha dato sistemazione *razionale* alle preferenze espresse – a vario titolo – dai docenti, ritenendo di accontentare tutti, scontentando la stragrande maggioranza; effettivamente, a distanza di anni non si è ancora compreso come abbia effettivamente operato.

Come è noto a codesto On.le Tribunale, numerosi docenti – inizialmente assegnati in province del nord – hanno ottenuto sedi siciliane pur avendo partecipato alla medesima fase di mobilità; altri ancora, pur avendo partecipato a fasi anteriori ovvero successive, si sono ritrovati in Sicilia a dispetto della ricorrente: è fuor di dubbio che la ricorrente avrebbe potuto aspirare – ad esempio – al posto di lingua inglese assegnato alla docente Puglisi Sabrina in fase d (**Ail. 5**) piuttosto che al posto comune assegnato in fase di conciliazione (**Ail. 6**) alla docente Sorbello Rosa Consolazione e via dicendo....(I nomi sono indicati a titolo meramente esemplificativo, non rivendicando la docente alcun singolo posto assegnato nella procedura in questione).

Si potrebbe continuare riempiendo con nominativi estratti dai vari bollettini pagine e pagine di ricorso, tediando oltre misura codesto On.le Tribunale.

A tale proposito, nei vari contenziosi il Ministero ha – per così dire - giustificato l'assegnazione di una sede ad un docente con punteggio inferiore con il fatto che “il criterio da adottare per



l'assegnazione su ambito territoriale sia l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali espresso nella domanda di mobilità”.

Nulla di più sbagliato!

Come più volte evidenziato dalla Corte di Appello di Roma (**Corte d'Appello Roma Sez. lavoro, Sent., 21-01-2021 – all. 7**) “ Il richiamo a "ciascuna preferenza" equivale a dire, quindi, che per ciascun ambito territoriale deve essere effettuato un "ordine di graduatoria degli aspiranti" sulla base del punteggio derivante dai titoli posseduti e, a parità di punteggio, sulla base della maggiore anzianità anagrafica. Effettuata tale graduatoria, si procede all'esame delle richieste secondo l'ordine "dato dal più alto punteggio". Create, quindi, tante graduatorie quanti sono gli ambiti territoriali, l'ordine sarà determinato, all'interno di ciascuna, dal punteggio posseduto e dall'anzianità anagrafica di ciascun concorrente. Ogni singolo concorrente, presente in tutte le graduatorie per volontaria richiesta o per integrazione d'ufficio, avrà quindi diritto al trasferimento in uno dei posti disponibili sulla base dell'ordine indicato nella propria domanda: se, ad esempio, un candidato in base al proprio punteggio ed all'anzianità anagrafica potrebbe essere trasferito in diversi ambiti territoriali, avrà diritto ad essere assegnato a quello posizionato più in alto nell'indicazione delle preferenze espressa nella propria domanda”.

Con la conseguenza che è irrilevante la circostanza che Arcara Provvidenza (fase C) abbia indicato l'ambito 3 al primo posto di preferenza rispetto al posto indicato dalla docente oggi ricorrente e così via.

Ma c'è di più.

Le operazioni di mobilità risultavano viziate **già** sotto un profilo per così dire *procedimentale*.

Ebbene, con il senno del *poi*: ha funzionato correttamente l'*algoritmo*?

Effettivamente, dal numero delle conciliazioni effettuate in tutta Italia e dal contenzioso instaurato *uti singuli* dai docenti (con numerose condanne disposte – a titolo esemplificativo – da codesto On.le Tribunale) sembrerebbe di no!

Il vero è che la Giurisprudenza Amministrativa ha svelato l'*arcano* e cioè il malfunzionamento dell'algoritmo adottato in sede ministeriale per la gestione delle operazioni di mobilità finalizzate all'assegnazione della sede definitiva per l'anno scolastico 2016-2017.

Si riporta all'uopo testualmente la sentenza della Corte di Appello di Roma (**All. 8**) che ha affrontato l'argomento: “Il Consiglio di Stato in due recenti pronunce (Consiglio di Stato sentenza 13 dicembre 2019 numero 8472 e Consiglio di Stato sent. numero 2270 del 2019) ha già affrontato tale tematica censurando la procedura seguita dall'amministrazione. Si legge da ultimo nella sentenza numero 8472 del 2019 in relazione all'utilizzo dell'algoritmo che ha



determinato i provvedimenti dell'amministrazione sulla mobilità: "12. In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, qualificati nei termini di cui sopra al punto 10, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo. 13.1 Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. In relazione alla stessa p.a., nel precedente richiamato la sezione ha già chiarito come il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In proposito, va ribadito che, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile. Con le già individuate conseguenze in termini di conoscenza e di sindacabilità (cfr. punto 8.3 della motivazione della sentenza 2270 cit.). In senso contrario non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza. 13.2 In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti



tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento. Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovi la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi. In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta. Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire "informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato". In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento. 13.3 L'interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall'articolo 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati. Incidentalmente, è stato evidenziato come l'articolo 15, diversamente dagli articoli 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento, e permette inoltre disuperare i limiti temporali posti dagli articoli 13 e 14, consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento abbia avuto inizio, stia trovando esecuzione o abbia addirittura già prodotto una decisione. Ciò, ai fini in esame, conferma ulteriormente la rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisorii. 14.1 Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo. 14.2 In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla



persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo. 14.3 In tema di imputabilità occorre richiamare, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che "l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati". 14.4 Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere. 15. A conferma di quanto sin qui rilevato, in termini generali dal diritto sovranazionale emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici. 15.1 In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Il principio, in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("Right to a good administration"), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione". Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardano prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il



principio di comprensibilità, ovverosia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere "informazioni significative sulla logica utilizzata". 15.2 In secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione *L. vs. Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano. 15.3 Terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio. In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni. 16. Sulla scorta delle argomentazioni sin qui svolte, **nel caso di specie l'algoritmo non risulta essere stato utilizzato in termini conformi ai principi predetti, anche in considerazione del fatto che non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse.** Non può quindi ritenersi applicabile in modo indiscriminato, come si ritiene nella motivazione della sentenza di primo grado, all'attività



amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica, né sono condivisibili richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività). Il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della L. n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che , con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione. L'amministrazione, nel presente contenzioso, si è limitata a postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche che deve invece essere sempre provata ed illustrata sul piano tecnico, quantomeno chiarendo le circostanze prima citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento".

Stando così le cose, è evidente come **incomba sul Ministero ogni onere probatorio a fronte delle istanze di tutela dei singoli docenti controinteressati**, i quali non potranno fare altro che *allegare* i propri titoli (il punteggio e le preferenze espresse, documentate e riconosciute dallo stesso MIUR nella c.d. Lettera notifica) a sostegno del diritto fatto valere nella domanda giudiziale.

Da quanto esposto deriva un'ulteriore considerazione, sviluppata dalla più avveduta giurisprudenza di merito: se l'algoritmo a tutt'oggi non è stato *disvelato*, se non si è in grado di comprendere come mai docenti con punteggi inferiori hanno ottenuto *sedi* indicate da altri aventi punteggi superiori (*evidentemente*, per il malfunzionamento dell'algoritmo adottato in sede ministeriale per la gestione delle operazioni di mobilità 2016-2017) ancora più evidente è che “secondo gli ordinari criteri di ripartizione dell'onere probatorio, gravi sul MIUR l'onere di dimostrare di aver esattamente adempiuto alle prescrizioni di legge nonché agli obblighi di fonte contrattuale dallo stesso assunti rispetto alla gestione della procedura di mobilità. A sostegno di tale conclusione sta anche la considerazione che, avendo operato i trasferimenti, il



MIUR è l'unico ad avere la disponibilità delle informazioni utili a fornire la dimostrazione richiesta (domande, punteggi, precedenze, ordine di preferenze, relativi a ciascun partecipante), sicchè, anche in applicazione del principio di vicinanza della prova, l'onere non può che incombere sul resistente.

Ed infatti spetta al Ministero “chiarire le ragioni per le quali, nell'ambito della medesima fase C, nonostante il punteggio inferiore rispetto a quello posseduto dalla ricorrente, i docenti indicati nel ricorso abbiano ottenuto l'assegnazione presso gli ambiti territoriali SICILIA 0010, SICILIA 0009, SICILIA 0006 (che la ricorrente aveva indicato come maggiormente preferibili rispetto all'ambito di attuale assegnazione). Neppure il MIUR ha chiarito le ragioni per le quali nell'ambito della fase D, sonostati assegnati, in quanto disponibili, posti non considerati nella precedente fase C. Tale dimostrazione appariva, vieppiù, necessaria se si considerano gli arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato che hanno messo in luce l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'usodell'algoritmo, siano stati assegnati i posti in sede di mobilità (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, che ravvisa una espressa violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza "poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse. Infatti, l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura. Non solo, gli esiti della stessa paiono effettivamente connotati dall'illogicità ed irrazionalità denunciate dalle appellanti, essendosi verificate situazioni paradossali per cui docenti con svariati anni di servizio si sono visti assegnare degli ambiti territoriali mai richiesti e situati a centinaia di chilometri di distanza dalla propria città di residenza, mentre altri docenti, con minori titoli e minor anzianità di servizio, hanno ottenuto proprio le sedi dagli stessi richieste"; nello stesso senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)” (così Tribunale Civitavecchia Sez. lavoro, Sent., 07-01-2021).

Nella specie, si ripete, docenti con punteggi inferiori risultano dai bollettini nazionali pubblicati all'indomani della conclusione della procedura nonché dai successivi bollettini pubblicati in corso d'opera: si attende ancora di conoscere perché **Loredana Imburgia**, punti 6 ha ottenuto l'ambito territoriale Sicilia 003 ovvero perché **Bonanno Antonella Elisa** ha avuto offerto proprio un ambito di prima preferenza indicato dalla ricorrente 0009 pur avendo un punteggio di **punti 12**.

Come ha evidenziato la Corte di appello di Firenze (**All. 9**) “Secondo l'orientamento



consolidato di questa Corte d'appello (richiamato anche nella memoria dicostituzione del MIUR, pag. 16), il docente che rivendichi un trasferimento negatogli nella procedura dimobilità non può limitarsi ad affermare di essere titolare di un astratto punteggio "nazionale" superiore a quello del docente che gli è stato preferito. Tuttavia, qualora il docente lamenti di essere stato scavalcato da altri aspiranti forniti di punteggio inferiore con specifico riferimento ad ambiti territoriali indicati da entrambi nel medesimo ordine di preferenza, è onere del MIUR dimostrare che, a parità di preferenza territoriale, l'altro aspirante aveva titoli per essere preferito. Nel caso in esame, è decisivo considerare che la docente lamentava di essere stata scavalcata da altri aspiranti forniti di punteggio inferiore al suo con riferimento a tutti i 23 ambiti territoriali della Sicilia, da lei richiesti come sedi nell'ordine di preferenza da 1) a 23). E ciò a cominciare quindi dalla provincia di Siracusa, che essa aveva indicato come prima preferenza e con riferimento alla quale poteva senz'altro rivendicare il diritto di essere preferita rispetto a coloro che erano forniti di un punteggio inferiore. Di conseguenza, sarebbe stato onere dell'amministrazione giustificare il diniego del trasferimento della docente allegando e provando che, per ciascuno di tali ambiti della Sicilia a cominciare da Ragusa, gli altri aspiranti che l'avevano superata erano forniti di ulteriori e diversi titoli per essere a lei preferiti. Ma le difese svolte dal MIUR sia in primo che in secondo grado non avevano affatto il contenuto analitico ora richiesto, limitandosi a sostenere la complessiva regolarità delle operazioni svolta in sede amministrativa inquanto governate dal cd algoritmo. In conclusione, secondo il collegio, è inevitabile prendere atto che nel caso in esame la docente avesse assolto il proprio onere di allegazione ed il Ministero non avesse invece assolto il proprio onere della prova” (**Corte d'Appello Firenze Sez. lavoro, Sent., 16-08-2021**).

2

ILLEGITTIMITA' DELLA SUDDIVISIONE IN FASI DI CUI ALL'ART. 6 E ALL. 1 del CCNL INTEGRATIVO del 8.4.2016 PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL “MERITO DEL PUNTEGGIO”

In subordine a quanto sopra, ma senza recesso alcuno, si evidenzia che, come emerge *per tabulas* dai bollettini nazionali allegati molti docenti sono stati privilegiati nelle operazioni di mobilità pur avendo un punteggio palesemente inferiore alla ricorrente (Cataldo Daniela, punti 12, Ambito 0021; Ciaccio Concetta, punti 15, Ambito 0021; Di Giovanna Alessandra, punti 12, Ambito 0021; Giangrasso Salvatore Vincenzo, punti 0, Ambito 0021; Giannettino Claudia, punti 12, Ambito 0021; Manno Antonella, punti 12 Ambito 0021; Militello Maria Elina, punti 12, Ambito 0021). In ordine ai bollettini trasferimenti sopra indicati, si deve evidenziare come



sia del tutto irrilevante l'appartenenza dei docenti ivi indicati alle GaE e/o alla GM 2012 stante che, le ragioni che hanno indotto il MIUR a differenziare coloro che risultavano inseriti nella graduatoria di merito del concorso del 2012, riservandogli una scelta con precedenza rispetto agli assunti da G.A.E., sono del tutto illegittime, considerato che tale disparità di trattamento, non era innanzitutto prevista dalla L. 107/2015 ed inoltre contrasta con i principi di uguaglianza, di merito e di anzianità di servizio. Alle medesime conclusioni è giunta la stessa Giurisprudenza di merito che ha in concreto stigmatizzato tale illegittima precedenza prevista in favore della GM 2012, giungendo ad evidenziare le incongruenze evidenti cui si è giunti nell'applicazione di tali principi da parte del MIUR: ovvero docenti con punteggi assai bassi, in quanto spesso neolaureati o comunque con pochissima esperienza sul campo, hanno superato docenti collocati da anni nelle G.A.E. e con punteggi doppi e anche tripli rispetto ai primi.

Il Ministero resistente, e purtroppo parte della Giurisprudenza di merito, hanno ritenuto di giustificare quanto sopra esposto con il fantomatico accantonamento dei posti in favore dei docenti assunti con il piano straordinario previsto dalla c.d. Buona Scuola del 2015. Ebbene, tale argomentazione si fonda su premesse errate, dato che ha ritenuto che tale accantonamento in favore degli idonei GM 2012 a tutto svantaggio dei precari storici (come la docente oggi ricorrente) sia stato espressamente previsto *in nuce* dalla legge sulla *buona scuola*.

Come è noto la legge sulla buona scuola *nasce* per porre fine al precariato storico! La legge sulla buona scuola ha dato *precedenza* all'assunzione degli idonei concorso 2012, solo perché le graduatorie triennali stavano per scadere alla data del 2015! A tale proposito – al fine di evitare equivoci – nelle GAE erano confluiti precari a loro volta idonei in concorsi (come quello del 1999) banditi anch'essi su *base regionale*: una volta scadute le graduatorie di concorso erano stati inseriti nelle c.d. graduatorie permanenti successivamente trasformatesi in GAE, con la conseguenza che risulta palesemente errato il tentativo di *giustificare*, rendere logico e ragionevole, l'accantonamento in favore degli IDONEI sulla asserita circostanza che (soltanto) il concorso del 2012 sarebbe stato organizzato su base regionale! Quanto rappresentato infatti è smentito dai fatti: anche il bando di concorso pubblico per titoli ed esami del 1999 (cfr bando di concorso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 20 aprile 1999 – **all. 10**), i cui vincitori ed idonei sono confluiti nelle GAE, all'art. 3, comma 4, prevedeva “***La domanda può essere presentata per una sola regione e deve essere prodotta in una sola provincia della regione, a pena di esclusione dal concorso***”. ***Pertanto la legge sulla buona scuola, pur avendo dato precedenza nelle fasi di assunzione***



agli idonei al concorso 2012, non ha “in via consequenziale” dato precedenza agli stessi nelle operazioni di trasferimento dei docenti: l'unica precedenza, come si evince dal tenore letterale dell'art. 1 comma 108, è stata riconosciuta espressamente ai soggetti assunti prima della c.d. Buona Scuola (ovvero assunti entro l'A.S. 2014/2015), in virtù del c.d. Principio dei diritti quesiti (ovvero prior in tempore potior in iure).

Il Tribunale di Palermo ha ribadito che *"Appare evidente che tale previsione pattizia sia palesemente contraria a quanto disposto dal comma 108 (art. unico) della L. n. 107/2015, e ciò in quanto l'accantonamento dei posti a favore dei docenti assunti nell'a.s. 2015/2016, fa sì che non tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia siano destinati alla mobilità straordinaria per i docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015 e, d'altra parte, che i docenti che erano stati immessi in ruolo su un piano di parità e con il punteggio rispettivamente posseduto dalla graduatoria del concorso 2012 e da GAE vengano inspiegabilmente collocati in due fasi successive differenti, dando precedenza ai docenti della graduatoria concorsuale. Ritiene il Giudicante che, nella specifica fattispecie, l'Amministrazione resistente abbia agito sconvolgendo il criterio meritocratico del punteggio, valevole anche per la procedura di mobilità in quanto avente natura concorsuale, basata su di una graduatoria alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio e le situazioni personali e familiari dell'interessato, per i quali sono predeterminati specifici punteggi"* (Tribunale di Palermo, G.U. Dante Martino, sent. n. 1345/2020 del 27.05.2020-. conf. Trib Palermo sent. n. 2259/2020; ancora recentemente, Tribunale di Palermo, G.U. Tango, Sentenza n. 780/2021 pubbl. il 25/02/2021; Tribunale di Palermo, G.U. Marino 886/2021 pubblicata il 2/3/2021).

3

**SULLA MOBILITÀ 2021/2022: VIOLAZIONE DELL'ART. 33, V COMMA L.
104/1992 ED ART 601 D.LGS 297/1994**

Come esposto in fatto la ricorrente ha fatto valere nell'ultima procedura di mobilità il proprio diritto di precedenza per l'assistenza prestata alla propria madre disabile grave. Come si evince dalla documentazione allegata (cfr. **all. 11**) la ricorrente è l'unico soggetto che può dare assistenza al proprio genitore (cfr autodichiarazioni parenti disabile- **all. 12**), disabile grave, tanto che ha usufruito dei permessi ex lege per potergli prestare assistenza.

Avendo, inoltre, presentato domanda di assegnazione provvisoria, la ricorrente otteneva per l'A.S. 2021/2022 la assegnazione presso l'IC “Ventimiglia” di Belmonte Mezzagno (cfr autorizzazione permessi 104/92).

Va però rilevato che la legge prevede una tutela più ampia per il disabile: ed infatti l'art. 33,



comma 5, l. n. 104 del 1992 testualmente stabilisce che *“il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.”*

Tale norma di legge è stata violata dal CCNI 2019 e dalla collegata ordinanza ministeriale che, essendo norme di rango inferiore rispetto alla L. 104/1992, non potevano certo derogare alla stessa.

Per quanto concerne, più specificamente, il settore scolastico l'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico) stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 *“si applicano al personale di cui al presente testo unico”* (primo comma) e che tali norme *“comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo **e in sede di mobilità**”* (secondo comma). Diversamente da quella generale, la disposizione del capoverso dell'art. 601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.).

Il Tribunale di Genova del 16 maggio 2018 sul punto ha ribadito che *“nell'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico) si stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 “si applicano al personale di cui al presente testo unico” (primo comma) e che tali norme “comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (secondo comma). **Diversamente da quella generale, la disposizione del capoverso dell'art. 601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.).** Le clausole della contrattazione collettiva applicate dall'Amministrazione resistente non sono dunque conformi alle norme di legge che regolano la materia e non possono pertanto trovare applicazione nei confronti della ricorrente”*.

Tale norma di legge è stata violata dal CCNI (**All. 13**): ed infatti, per quanto concerne il sistema delle precedenze, l'art. 14 del CCNI in questione dispone che *“il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, **non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità**; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”*.

Escludere la precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 per docenti che assistono parenti ed



affini sino al terzo grado richiedenti mobilità interprovinciale e riconoscerlo di contro ai docenti richiedenti mobilità provinciale è palesemente errato tanto sia sul piano logico (la limitazione della precedenza a livello provinciale è un vero e proprio paradosso) quanto giuridico.

Il Tribunale di Palermo, sul punto, recentemente ha affermato che *“Le clausole della contrattazione collettiva applicate dall’Amministrazione resistente non sono dunque conformi alle norme di legge che regolano la materia e non possono pertanto trovare applicazione nei confronti della ricorrente. Esse, infatti, diversamente da quanto dedotto dall’Amministrazione, non sono del resto affatto ragionevoli in relazione all’applicazione delle citate disposizioni della legge 104/1992: la normativa ha come finalità la protezione del diritto del disabile ad essere assistito e solo in modo mediato quello del docente al movimento richiesto, finalizzato all’assistenza, ed in quest’ambito non appare affatto ragionevole postergare la preferenza oggetto di causa ad altre che non trovano fondamento in un diritto fondamentale garantito a livello costituzionale ed euro-comunitario, quale quello della tutela della disabilità; parimenti, non pare affatto ragionevole riconoscere la preferenza nell’ambito provinciale – ove l’esigenza di tutela è inferiore in proporzione alla minore distanza tra la sede di servizio e la residenza del disabile – e negarla in quello interprovinciale, in cui invece il trasferimento risulta essenziale all’assistenza, proprio a causa dell’impossibilità della sua prestazione in relazione alla grande distanza della residenza del disabile dalla sede di servizio”* (Trib Palermo sent 2471/2019).

Tutto ciò non è stato considerato dal MIUR in sede di mobilità, dato che come è noto tanto l’ordinanza ministeriale che il CCNI limitano il diritto al trasferimento per l’assistenza al disabile alla c.d. Mobilità provinciale.

Come emerge *per tabulas* dai bollettini pubblicati (**All. 14**), numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento senza alcun diritto di precedenza (cfr nominativi in giallo) ovvero su una generica *precedenza contrattuale*, che certamente non può prevalere su un diritto di precedenza *ex lege*.

Proprio recentemente, peraltro, la giurisprudenza ha chiarito come la “precedenza” pattizia concessa ai docenti richiedenti mobilità provinciale non possa in nessun modo superare la precedenza legale prevista dalla normativa sopra indicata (**art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall’art. 601 del D.L.vo n. 297/94**).

Infatti, anche se il MIUR ha inteso (con l’assenso delle parti sociali) dare priorità ai movimenti provinciali ciò non può che valere solo rispetto a docenti privi di precedenza. Di fronte invece



a diritti di precedenza ex L. 104/1992, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali decise a tavolino senza tenere in considerazione le singole domande presentate.

Sul punto, è recentissima la pronuncia del Tribunale di Pordenone che all'uopo ha precisato che *“ È ben vero che il CCNI 2017 prevede fattispecie di gradazione nel diritto di precedenza sembrando favorire - come riscontrato dagli acquisiti bollettini mobilità della Provincia di Trapani di cui all'allegato 10 - docenti ancorché privi di precedenza ma SOLO PERCHÉ RICHIEDENTI MOBILITÀ PROVINCIALE CONTRATTUALMENTE ANTEPOSTA A QUELLA INTERPROVINCIALE. Senonchè detta regola pattizia deve necessariamente cedere il passo al contenuto di una normativa di rango superiore quale LA DISCIPLINA SPECIALE CONTENUTA NELL'ART. 601 D. LVO N. 297/94 NON A CASO INSERITO TRA LE DISPOSIZIONI COMUNI A TUTTO IL PERSONALE SCOLASTICO. Vi si stabilisce al I comma che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 "si applicano al personale di cui al presente testo unico", mentre al II comma dispone che tali norme "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e IN SEDE DI MOBILITÀ". Detta disposizione in buona sostanza ha la STRUTTURA DELLA NORMA IMPERATIVA INCONDIZIONATA, PORTATRICE DI VALORI DI RILIEVO COSTITUZIONALE (art. 38 co 2 Carta fondamentale). In definitiva, quand'anche il MIUR abbia inteso, con l'assenso delle parti sociali, dare priorità ai movimenti provinciali, ciò non può che valere solo rispetto ai docenti privi di precedenza. Di fronte invece a diritti di precedenza ex L. 104/92, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali”* (Sentenza n. 144/2018 pubbl. il 06/02/2019).

I principi sopra esposti sono stati ulteriormente confermati in modo molto chiaro e puntuale dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 6150/2019 del 01.03.2019. Tale ordinanza ha il merito di aver approfondito innanzitutto la *ratio* della norma laddove ha sottolineato *“che l'articolo 33, comma 5 disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza”*, tale interpretazione *“e' la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonche' 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 e' gia' espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)".

Scendendo nel merito della questione che in questa sede più interessa la Corte ha affermato che *“la previsione di cui al citato comma 5 dell'articolo 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, 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 cio' 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)".* Nella medesima ordinanza la Cassazione in modo inequivocabile ha altresì affermato che *“ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro piu' vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'articolo 33, comma 5 cit., non vi e' 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..omissis.. Tale bilanciamento, come gia' statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovra' 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".* Incombe sul datore di lavoro *“l'onere di dimostrare l'impossibilita' di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili..."*.

Anche la Corte di Appello di Firenze con l'esemplare sentenza n. 521/2020 del 08.10.2020 (tale sentenza è stata confermata recentemente, come meglio infra specificato, dalla stessa **Corte di Appello di Firenze con le sentenze nn. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021**), ha dichiarato la nullità della contrattazione collettiva nel punto in cui non ha riconosciuto la precedenza ex art 33, V comma, L. 104/1992 al docente che presta assistenza continuativa al parente riconosciuto portatore di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/1992. Sostiene in modo ineccepibile la Corte di Appello che in tale materia non possa prescindere dall'art 5 della Direttiva n. 78/2000 *“essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno”*. Ebbene, la corretta interpretazione della normativa comunitaria e della conseguente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (che tra l'altro ha sanzionato l'Italia per non avere adeguato la propria normativa interna alle direttive comunitarie), *“...impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte super primaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adottare, nei limiti di sforzo non sproporzionato, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a*



chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto”.

Ciò concretamente significa che “...riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità, l'attribuzione di un diritto di precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 104/1992 non determini un “onere sproporzionato” e ciò in quanto “.....la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non costituente per l'amministrazione un onere sproporzionato per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori **care givers**” (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).

Come recentemente affermato dalla Corte di Appello di Firenze n. 531/2021 del 29.11.2021 (**All. 15**), la corretta interpretazione della normativa nazionale (ovvero art. 33, V comma, L. 104/1992) operata alla luce del diritto euro-comunitario (di cui meglio si dirà successivamente), porta alla naturale conclusione che “...l'inciso “ove possibile” di cui dice la norma in questione, a proposito appunto della possibilità per il lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro, deve necessariamente leggersi, anche in via di interpretazione conforme, come coincidente con la nozione di “onere non sproporzionato” di cui alla direttiva. Di conseguenza il limite al diritto del lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio luogo di residenza non potrà identificarsi con un qualunque confliggente interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico o privato, ma con un interesse particolarmente qualificato, tale che al pretermetterlo segua appunto uno sforzo sproporzionato. Ma così ricostruito il significato della disposizione, è un fatto che la L. 104/1992 riconosca un diritto di contenuto identico anche al familiare legato da una relazione qualificata con il disabile e che se ne prenda cura, anche a lui o a lei assicurando il medesimo diritto a scegliere ove possibile la sede di lavoro in funzione dell'assistenza prestata al disabile, e quindi in relazione al domicilio di questi, e a non esserne allontanato se non con il suo consenso. Sembra allora al collegio che il legislatore nazionale abbia inteso apprestare sotto il profilo che ora interessa (quello dell'individuazione del luogo di esecuzione della prestazione), anche in favore dei lavoratori e delle lavoratrici che assistano familiari con disabilità (che per questo il diritto dell'Unione protegge con il dispositivo antidiscriminatorio), la garanzia di soluzioni ragionevoli del tutto analoghe a quelle assicurate immediatamente al lavoratore disabile dal diritto nazionale e prima da quello europeo, ciò al fine evidente di consentire la compatibilità effettiva tra attività lavorativa del care giver e assistenza, ciò nell'interesse primario del disabile

”
—



Ed infatti, in tale materia non si può prescindere dall'art 5 della Direttiva n. 78/2000 “*essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno*”. Ebbene, la Direttiva 78/2000 all'art. 5 si occupa della disabilità e le garanzie approntate dal diritto dell'Unione al lavoratore disabile si applicano “*anche nei casi in cui si faccia astrattamente questioni di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore o la lavoratrice non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie handicap}, ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziale in ragione della sua relazione con il portatore del fattore, come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accadere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile...*”.

Ebbene “l'art. 5 della direttiva dispone poi che “*per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato...*”. E ancora il ventesimo considerando della direttiva impone ai datori di lavoro l'introduzione di “*misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento*”, mentre il ventunesimo chiarisce che “*per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni*”. E' noto che l'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione, su ricorso della Commissione Europea, con la sentenza 4 luglio 2013, Commissione/Repubblica Italiana. In esito con il D.L. 28.6.2013 n. 76, convertito con modificazioni nella L. 9.8.2013, il legislatore nazionale ha inserito nel D.Lgs. 216/2003, all'art. 3, un comma 3 bis, a norma del quale “*Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente*



comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente". Una piana lettura di queste disposizioni impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adattare, nei limiti di "sforzo non sproporzionato", la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto. Ora, sembra al collegio che l'art. 33 comma 6 della L. 104/1992, nella parte in cui assicura al lavoratore disabile il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e a non esserne trasferito senza il suo consenso realizzi precisamente uno di tali accomodamenti ragionevoli, giacché la prossimità del disabile alla propria rete di relazioni costituisce, di norma, un fattore decisivo al fine di assicurargli l'effettiva possibilità di svolgere la propria prestazione in condizioni di parità. Ne deriva che l'inciso "ove possibile" di cui dice la norma in questione, a proposito appunto della possibilità per il lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro, deve necessariamente leggersi, anche in via di interpretazione conforme, come coincidente con la nozione di "onere non sproporzionato" di cui alla direttiva. Di conseguenza il limite al diritto del lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio luogo di residenza non potrà identificarsi con un qualunque confliggente interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico o privato, ma con un interesse particolarmente qualificato, tale che al pretermetterlo segua appunto uno sforzo sproporzionato".

La corretta interpretazione della normativa comunitaria e della conseguente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (che tra l'altro ha sanzionato l'Italia per non avere adeguato la propria normativa interna alle direttive comunitarie), ***"...impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adottare, nei limiti di sforzo non sproporzionato, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto.....omissis. Deve di conseguenza ritenersi che il limite al diritto del lavoratore care giver (come individuato dall'art. 33 della L. 104/1992) a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare assistito (l' "ove possibile" di cui dice il comma 3 del medesimo art. 33) debba essere individuato, proprio come per il lavoratore disabile, nell' "onere sproporzionato" del datore di lavoro "***

In riferimento dunque al c.d. onere sproporzionato, unico elemento utile a negare la chiesta



precedenza, la Corte toscana ha in modo ineccepibile affermato che “...non sia agevole individuare quale “onere sproporzionato” costituirebbe per l’amministrazione assegnare tali posti, già qualificati, si ripete, come destinati a essere coperti, con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili, senza distinzione quanto alla relazione familiare con l’assistito, rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione. **In contrario potrebbe anzi fondatamente ritenersi che proprio l’assegnazione dei lavoratori care givers a sedi idonee a consentire l’attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali, non ultima l’assegnazione provvisoria, essi non privi di conseguenze, sul piano organizzativo, per l’amministrazione scolastica**”.

Sempre la stessa sentenza della Corte di Appello di Firenze, inoltre prende le distanze dalla sentenza della Cassazione Civile n. 585/2016 e dall’ordinanza della stessa Corte di cassazione n. 4677/2021, affermando che “Da tali principi discende, ad avviso della Corte (in tal senso in consapevole dissenso rispetto a Cass. 585/2016, **che, oltre a riferirsi a diverse, per quanto analoghe, pattuizioni collettive non affronta la questione dell’interpretazione conforme dell’art. 33 L. 104/1992, e a Cass. Sez. Lav. n. 4677/2021, che invece si riferisce proprio alle norme contrattuali che qui interessano, ma che pure non esamina l’incidenza delle disposizioni dell’Unione**), la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art. 33, delle disposizioni del CCNI Mobilità per l’anno scolastico 2017/2018, che attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che, come l’odierna appellante, assistano familiari disabili diversi dai figli solo un punteggio aggiuntivo e non un diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.

La stessa Corte di Cassazione, con l’ordinanza n. 6150/2019 del 01.03.2019, ha approfondito innanzitutto la ratio della norma laddove ha sottolineato “che l’articolo 33, comma 5 disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l’agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l’attività’ affinché’ quest’ultima risulti il piu’ possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza”, tale interpretazione “e’ la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonche’ 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 e’ gia’ espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)”.

Scendendo nel merito della questione che in questa sede più interessa la Corte ha affermato



che “la previsione di cui al citato comma 5 dell'articolo 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, 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 cio' 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)”. Nella medesima ordinanza la Cassazione in modo inequivocabile ha altresì affermato che “ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro piu' vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'articolo 33, comma 5 cit., non vi e' 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..omissis.. Tale bilanciamento, come gia' statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovra' 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”. Incombe sul datore di lavoro “l'onere di dimostrare l'impossibilita' di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili...”. Quanto sopra detto è stato recentemente confermato dal Tribunale di Messina che con sentenza del 11.05.2021 in una fattispecie identica alla presente, ha così motivato l'accoglimento del ricorso “Peraltro, 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 condizioni soggettive dell'assistito, sicché non consente una graduazione delle situazioni di assistenza (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela. Reputa, infine, questo decidente che 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”.

In ultimo ad ulteriore dimostrazione che l'ordinanza della Cassazione del febbraio 2021 è evidentemente errata, si vuole citare la recente sentenza della Cassazione Civile n. 29009/2020



la quale, uniformandosi al costante e consolidato insegnamento della Suprema Corte, ha affermato *“la disposizione dell’art. 33, comma 5, Legge n. 104/1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati alla luce dell’art. 3, comma 2, Cost., dell’art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte”*.

Tutto quanto sopra espresso e ritenuto, la sig.ra Corsale, così come rappresentata e difesa

CHIEDE

che l’Ill.mo Giudice del Tribunale di Termini Imerese, in funzione di Giudice del Lavoro, Voglia, in accoglimento del presente ricorso

- in via principale, dire e dichiarare che la ricorrente ha diritto all'assegnazione della sede definitiva in uno degli Ambiti Territoriali siciliani indicati in domanda in forza del punteggio maturato nell'ambito della procedura di mobilità 2016/2017; conseguentemente condannare il MIUR ad assegnare la ricorrente in organico di una delle sedi ricomprese nell’Ambito Territoriale della Sicilia Ambito 0021, ovvero in subordine di altro Ambito Territoriale della Sicilia indicato tra le preferenze della domanda di mobilità 2016/17;

- in via alternativa, accertare il diritto alla precedenza ex art. 33 L. 104/1992 nella procedura di mobilità interprovinciale per l'A.S. 2021/22; Conseguentemente condannare il Ministero ad assegnare la ricorrente in organico di una delle sedi ricomprese nel comune di residenza del disabile da assistere ovvero in uno viciniore ovvero ancora nel corrispondente distretto di Palermo e provincia secondo l'ordine indicato nella domanda di mobilità.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che lo stesso è di valore indeterminato ed è dovuto nella misura di € 259,00.

In via istruttoria, si depositano i documenti di cui all’indice atti.

Palermo, 02 febbraio 2022

Avv. Alessio Ardizzone

Avv. Christian Conti

