

Studio Legale
Avv. Alessio Ardizzone - Avv. Christian Conti
Via Tommaso Gargallo n. 12 - 90143 Palermo
Tel. 091/5085118- Fax 091/6195380

TRIBUNALE CIVILE DI TERMINI IMERESE- SEZ. LAVORO

Ricorso

Della Sig.ra **Orlando Lucia**, nata a Corleone (PA) il 06/09/1973, C.F. RLNLCU73P46D009M, residente in Corleone (PA), Via Guarneri 12, elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Alessio Ardizzone (C.F. RDZLSS75P14G273F), pec: alessioardizzone@pec.it – fax 091/6195380, e Christian Conti (C.F. CNTCRS73T06C351T), pec: avv.conti@pec.it-fax 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente, giusta procura in calce al presente atto

CONTRO

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

F A T T O

I) La Sig.ra Orlando, assunta dal MIUR con contratto a tempo indeterminato come docente di scuola primaria, posto sostegno, titolare presso l'I.C. ALBERTI-SALGARI SANTAROSA (TOEE8AZ01E), presentava domanda di mobilità per gli anni scolastici 2020/2021 (**All. 1**) e 2021/2022 (**All. 2**), senza ottenere tuttavia il movimento sperato in quanto: 1) nella procedura 2020/2021 il Ministero aveva riservato i posti residuati dalle due mobilità alle nuove immissioni in ruolo; 2) nella ultima procedura di mobilità 2021/2022, pur avendo la ricorrente documentato la necessità di assistenza del padre portatore di handicap grave ex art. 3 comma 3 L. 104/1992, il ministero non concedeva tale precedenza in quanto del tutto illegittimamente il contratto collettivo limitava tale diritto di precedenza alla sola mobilità provinciale.

II) Infine, per l'anno scolastico in corso 2020/2021, la ricorrente chiedeva ed otteneva l'assegnazione provvisoria presso l'I.C. Marineo-Bolognetta (**All. 3**).

Da qui il presente ricorso affidato ai seguenti motivi:

DIRITTO

SULLA MOBILITA' 2020/21: VIOLAZIONE DELL'ART. 470 D.LGS 297/1994; VIOLAZIONE DELL'ART. 30 DLGS. 165/2001



Come esposto in fatto la ricorrente ha partecipato alle mobilità per l'A.S. 2020/2021 e 2021/22 non ottenendo il movimento interprovinciale in quanto non tutti i posti dell'organico di diritto vacanti e disponibili erano stati destinati alla stessa procedura, in quanto del tutto illegittimamente alcuni di essi sono stati riservati alle nuove assunzioni.

Come è noto l'art. 470 del D.Lgs 297/1994 al primo comma stabilisce che “*Specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico*”. Lo stesso T.U. 2001 privilegia la mobilità rispetto alle nuove assunzioni: come ha evidenziato infatti la Cassazione “la scelta tra copertura di posti vacanti tramite mobilità del personale ovvero scorrimento di graduatoria efficace poteva ritenersi rimessa, sino alla novella legislativa del novembre 2005 (legge n. 246/2005 innanzi riportata), al potere discrezionale della pubblica amministrazione; successivamente, la previsione di una espressa nullità della determinazione che decida il reclutamento di nuovo personale (nella cui accezione, secondo giurisprudenza consolidata, va incluso la progressione verticale dei dipendenti in categoria superiore) senza provvedere, prioritariamente, ad avviare la mobilità di personale proveniente da altra amministrazione configura un obbligo per l'amministrazione procedente. Non sussisteva, pertanto, né sussiste un diritto soggettivo dei ricorrenti alla copertura di posti vacanti tramite scorrimento in graduatoria in via prioritaria rispetto al trasferimento di personale mediante mobilità intercompartimentale” (*ex multis*, CORTE DI CASSAZIONE - Sentenza 18 maggio 2017, n. 12559).

Orbene, il CCNI (**All. 4**) prevede all'art. 8 comma 5 “*Per le immissioni in ruolo autorizzate per ciascun anno scolastico del triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22 viene accantonato il cinquanta per cento delle disponibilità determinate al termine dei trasferimenti provinciali. 6. Le operazioni di mobilità del personale docente, relative alla terza fase, sul restante 50 per cento si realizzano nel triennio di validità del presente contratto secondo le seguenti aliquote:*

- *a.s. 2019/20 il 40% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale*



interprovinciale e il

10% alla mobilità professionale;

- a.s. 2020/21 il 30% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 20% alla mobilità professionale;

- a.s. 2021/22 il 25% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale interprovinciale e il 25% alla mobilità professionale.”.

In pratica, avviene che le immissioni in ruolo vengono fatte sul 50% dei posti rimasti disponibili al termine dei trasferimenti provinciali; ai trasferimenti interprovinciali è destinata una precisa aliquota calcolata sul restante 50% dei posti rimasti disponibili sempre al termine dei trasferimenti provinciali.

Tale limitazione da parte del CCNI risulta illegittima stante “la preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine” (Cons Stato, ordinanza 3722/2019).

Nella specie è avvenuto che l'odierna ricorrente – pur vantando un elevato punteggio – non ha ottenuto l'agognato movimento interprovinciale nella provincia di Palermo, mentre i docenti neo assunti hanno ottenuto la sede senza vantare alcun diritto di precedenza, ma sulla base di una *posizione in graduatoria*.

Come si evince infatti dall'elenco immissione in ruolo per l'AS 2020/2021 (**All. 5**), numerosi sono i docenti provenienti da gae e da GM che hanno ottenuto l'assegnazione su posto di sostegno a Palermo e Provincia.

Il che è palesemente illegittimo.

Ebbene, il Tribunale di Palermo con la sentenza n. 731/2021 ha affermato che “.....*si evidenzia che il Consiglio di Stato, sez. VI, Ordinanza n. 3722/2019 del 22.7.2019, confermativa dell'orientamento espresso dal Tar Lazio, sez. III bis, nei Decreti presidenziali nn 3053/2020 e 3165/2020, che si pronunciano sulla legittimità della O.M. 182 del 23.03.2020 relativa alla mobilità 2020/2021, ha ritenuto illegittima e da annullare in parte qua l'O.M. regolativa della mobilità annuale del personale scolastico, per violazione dell'art. 470 D.lgs. n. 297/1994, dal momento che “nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni deve essere attribuita prevalenza alla prima alla luce dell'art. 470, primo comma, d.lgs. n. 297 del 1994, ai sensi del quale specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale e territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo , in modo che queste ultime siano effettuate*



sui posti residui che rimangano vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative”. Pertanto, vi è prova dell’esistenza di posti liberi nel Comune di Palermo per posto comune, come da documentazione versata in atti, dovendosi in detti posti ricomprendere anche quelli illegittimamente riservati alle immissioni in ruolo”.

Anche il Tribunale di Lanciano ha affermato che la disposizione contenuta nell’art. 470 del D. Lgs. 297/1994 (c.d. “Testo Unico della Scuola”), certamente lascia la più ampia libertà alle parti negoziali di regolare la materia del rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità del personale. Tuttavia la disposizione in esame prevede dei limiti invalicabili, quali appunto *“quello relativo al rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità anche professionale stabilendo che alle immissioni in ruolo siano riservati sempre e comunque i posti di risulta, dando priorità nella scelta ai docenti già in ruolo che vogliano spostarsi”.*

Nella specie, risulta *per tabulas* che in organico di diritto vi erano posti vacanti e disponibili assunti a docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, con conseguente lesione del diritto al trasferimento vantato *ex lege* dalla ricorrente.

Parimenti nell'ultima mobilità: come si evince dal prospetto allegato al termine delle operazioni di mobilità 2021/2022 sono residuati circa 37 posti di sostegno non assegnati nella provincia di Palermo: posti vacanti e disponibili che non sono stati utilizzati ai fini della mobilità territoriale.

2

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 la necessità di assistere il padre portatore di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/1992 (cfr. sent Trib. Termini Imerese n. 238/2017-**all. 6**). La ricorrente è l'unico soggetto che può dare assistenza al disabile, tanto che ha usufruito dei permessi ex lege (debitamente autorizzati dal dirigente scolastico **all. 7** – autodichiarazione a firma della ricorrente). A ciò si aggiunga che i fratelli della stessa ricorrente non possono prestare la dovuta assistenza per i motivi oggettivi meglio indicati nelle autodichiarazioni allegate (**all. 8**),

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.”*



Come è noto tutta la materia della tutela della disabilità è disciplinata, fondamentalmente, dalla l. 104/1992 così come interpretata dalla copiosa giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale. In materia poi, come sopra detto, vi è stato un decisivo intervento del diritto euro comunitario che ne ha ulteriormente chiarito alcuni aspetti e rafforzati altri. In Italia, è in cantiere una legge che disciplini una volta per tutte i caregivers che sono di fondamentale importanza per consentire ai disabili di poter vivere in società ed in famiglia senza discriminazioni ed ulteriori difficoltà rispetto a quelle che hanno a causa, purtroppo, delle proprie patologie.

L'Europa, e si osa dire, la logica ci parla di un ovvio divieto di discriminazione diretta ed indiretta del disabile. Discriminazione indiretta si ha ovviamente quando il lavoratore, pubblico o privato, caregiver non è messo nelle condizioni di poter prestare la dovuta assistenza al disabile, per inadempimenti o violazioni di legge da parte del datore di lavoro.

Tutto ciò è stato stravolto dal Ministero dell'Istruzione e dalle parti sociali purtroppo, ad oggi, con l'avallo della Corte di Cassazione e da alcuni Giudici di merito che hanno ritenuto legittimo che i disabili che hanno la sfortuna di avere come caregivers docenti richiedenti mobilità interprovinciale, possano rimanere senza tutele ed assistenza e ricevere, quindi, quella discriminazione indiretta che l'Unione Europea prima e la Corte di Giustizia Europea dopo hanno espressamente vietato.

Dall'ordinanza della Cassazione n. 4677/2021 in poi esistono disabili di serie A e disabili di serie B: tale collocazione dipende dal Comparto in cui lavora il caregiver (per esempio nel Comparto giustizia ci sono maggiori possibilità per il disabile di ricevere assistenza dal parente e/o affine); ed all'interno dello stesso comparto scolastico è maggiormente tutelato il disabile che ha come caregiver un docente che lavora all'interno della stessa provincia del proprio comune di residenza rispetto a quello che ha il parente docente che lavora fuori provincia. Tutto ciò francamente non sembra né giuridicamente né logicamente corretto!

Eppure questo è il quadro che si è venuto a creare dall'ordinanza della Cassazione in poi, salvi alcuni casi in cui i Giudici di merito, anche di Corte di Appello, hanno correttamente evidenziato- come sopra indicato- il palese errore in cui è incorsa la suprema corte in questo caso.

A questa difesa sfugge il motivo per cui la Corte di Cassazione, al di là di quanto sopra ampiamente esposto, non abbia semplicemente evidenziato che la contrattazione collettiva è **gerarchicamente subordinata** alla legge.



La stessa legge può essere derogata dalle clausole dei contratti collettivi di lavoro, solo in senso più **favorevole** al lavoratore.

Pertanto è evidente che le clausole dei contratti collettivi **peggiorative** rispetto al quanto previsto dalla legge devono essere considerate **nulle ex art. 1418, comma 1, c.c.**

In alcuni casi il legislatore attribuisce alla contrattazione collettiva **il potere di derogare in senso peggiorativo** alla disciplina legale, -ad esempio l'art. 2120, comma 2, c.c., l'articolo 4, comma 11, L. n.223 del 1991 e l'articolo 5 D.L. n. 510/1996-.

Tali casi, rappresentano **un'eccezione** che conferma la suddetta regola generale: **inderogabilità in peius** della legge da parte della contrattazione collettiva.

Sussistendo nel caso di specie un evidente conflitto tra la normativa sulla disabilità ed il CCNI 2019, la Cassazione avrebbe dovuto affermare che la legge continua a **prevalere** sul contratto collettivo, salvo che il contratto introduca **un trattamento migliorativo** a favore dei lavoratori rispetto a quello previsto dalla legge.

Non pare, tuttavia, che la L. 104/1992 o altra fonte normativa di rango superiore al CCNI 2019, abbia conferito al Ministero dell'istruzione ed ai sindacati il potere di peggiorare il sistema di tutele che di cui i disabili hanno estrema necessità!

3

SULLA CORRETTA INTERPRETAZIONE ED APPLICAZIONE DELL'ART. 33, V COMMA L. 104/1992 E DELL'ART. 601 DEL D.LGS 297/1994

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.

E ciò nonostante la superiore norma abbia come scopo primario quello di ampliare la sfera di tutela del portatore di handicap, salvaguardando situazioni di assistenza in atto, accettate dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose.

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: 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. 9**), numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento anche senza alcun diritto di precedenza a livello interprovinciale.

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 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 e' già 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).

Tale orientamento è stato ribadito da altri Tribunali di merito che più volte hanno ritenuto, tra l'altro, come il Ministero non possa escludere a priori la precedenza invocata dalla ricorrente. Negare in modo generale ed astratto l'applicazione del suddetto articolo della L. 104/1992 con i suoi rilievi costituzionali ed euro-comunitari è un'innegabile scelta contraria alla norma che prevede che il chiesto trasferimento debba essere necessariamente concesso “ove possibile”: il datore di lavoro pubblico o privato può opporsi al chiesto trasferimento solo per validi motivi -di pari rango costituzionale- tali da prevalere sul diritto costituzionale del disabile ad essere assistito da un proprio familiare. E' in questo senso evidente che tutti i tentativi del MIUR di trovare ex post le motivazioni che hanno determinato le parti sociali a rendere inapplicabile la norma de-qua nella mobilità interprovinciale – ritenuti erroneamente validi dal Giudice di primo grado- sono contrari alla norma stessa. Come correttamente affermato dalla Corte d'Appello di Torino con l'esemplare sentenza n. 204/2019 “ Tale limitazione non appare in alcun modo giustificata da esigenze pubblicistiche relative alla possibilità di assegnazione della sede, perchè si tratta di una previsione generale ed astratta che, in quanto tale, non tiene conto di alcuna concreta ed effettiva esigenza di pubblico interesse , idonea a limitare la possibilità dell'assegnazione della specifica sede di lavoro a cui il parente o affine del disabile avrebbe diritto per legge” Pertanto, continua la Corte di Appello, la limitazione di cui all'art 13 del CCNI “è una clausola affetta da nullità per violazione di norma imperativa, nella parte in cui non riconosce la precedenza nei trasferimenti, anche interprovinciali, per tutti i soggetti previsti dall'art. 33 L. 104/1992...omissis.”

Nella stessa sentenza della Corte di appello di Torino, viene anche evidenziato un



altro evidentissimo errore in cui è incorso il Giudice di primo grado. Infatti erra il Giudice nel sostenere che *“l'esame complessivo della normativa contrattuale porta a ritenere che la protezione della situazione soggettiva in esame sia stata assicurata, per effetto del necessario contemperamento con le esigenze di organizzazione del datore di lavoro, attraverso un istituto parimenti idoneo ad assicurare la continuità dell'assistenza e per una durata (annuale) ritenuta compatibile con il grado di parentela preso in considerazione (assistenza al genitore, di durata tendenzialmente inferiore alla omologa assistenza da prestare al coniuge o al figlio e, come tale, non giustificabile se posta a base di un trasferimento di durata triennale)”*.

Sul punto, in modo ineccepibile, la Corte di Appello di Torino evidenzia che *“Ne la possibilità che venga concessa l'assegnazione provvisoria, istituto diverso dal trasferimento ed assoggettato a diversi presupposti rispetto ad esso e relativo ad un singolo anno scolastico, seppure rinnovabile ma la cui concessione non è comunque automatica) esclude il rilevato contrasto tra il CCNI nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 e quest'ultima norma di natura imperativa”*.

4

Sull'ordinanza della Corte di Cassazione n. 4677/2021

Insistendo senza recesso alcuno su quanto sopra dedotto e documentato, questa difesa non si può esimere dal rilevare che su tale questione è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 4677/2021 con la quale sostanzialmente ha ritenuto perfettamente valido l'art. 13 del CCNI del 2019- si badi bene solo tale articolo- ritenendo che la locuzione *“ove possibile”* contenuta nel comma 5 dell'art. 33 V comma L. 104/1992, non conceda in capo al lavoratore un diritto assoluto al trasferimento.

Ciò in quanto, nella fattispecie occorre tener conto *“di un bilanciamento di interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio dello stesso”* Partendo da queste premesse, la Corte ha affermato la piena compatibilità delle disposizioni contrattuali con la disciplina fissata dalla legge n.104, in quanto adottate *“nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n.104 del 1992 privilegia”*.

In altre parole la Suprema Corte con tale ordinanza -che costituisce una decisione **“isolata”** nel complessivo panorama giurisprudenziale della stesa Corte di



Cassazione -, ha ritenuto perfettamente legittimo che il CCNI preveda 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 sia destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità interprovinciale**; e che le successive operazioni di assegnazione provvisoria annuale fossero idonee a garantire l'assistenza di cui i disabili necessitano.

Ha invece ritenuto logico e legittimo che la precedenza ex art. 33, V comma, l. 104/1992 fosse riconosciuto al personale docente richiedente mobilità provinciale.

Ebbene, tale sorprendente decisione è evidentemente errata per vari motivi.

Innanzitutto la Corte di Cassazione ha clamorosamente dimenticato che nel settore scolastico esiste l'art. 601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico), il quale 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.).

Tale norma parla di *mobilità tout court*, senza distinguere tra fase provinciale ed interprovinciale, disponendo che la L. 104 1992 si applichi non solo al momento della *nomina* ma anche della *mobilità*. Anche la l. 104/1992 parla di trasferimento, istituto ontologicamente diverso rispetto all'assegnazione provvisoria (o temporanea). Nel nostro ordinamento giuridico, infatti, non esiste l'istituto del trasferimento temporaneo. Esistono altri istituti temporanei idonei allo scopo: il distacco, il comando, l'assegnazione temporanea/provvisoria e così via. E' dunque evidente che il legislatore, se avesse voluto disporre in favore di un dipendente caregiver un trasferimento “temporaneo”, avrebbe richiamato nel V comma dell'art. 33 L. 104/1992, non l'istituto del trasferimento ma piuttosto quello del distacco per esigenza di assistenza al disabile grave: *mutatis mutandis*, infatti, il legislatore ha disposto l'assegnazione temporanea (e non il trasferimento) sia nel caso del dipendente con figli minori di anni tre (art. 42 bis Dlgs 151/2001), piuttosto che nel caso del dipendente che svolga le funzioni di consigliere comunale (cfr. TUEL).

Pertanto, la Cassazione non ha valutato un duplice ordine di circostanze (che evidentemente non sono state sottoposte dalla docente *controricorrente* – resistente):



1. nel procedimento logico giuridico concernente la (nota) disparità di trattamento prevista dall'art. 13 CCNI Mobilità la Cassazione ha omissso di rilevare innanzitutto che l'istituto dell'assegnazione provvisoria è previsto ANCHE in fase provinciale: con la conseguenza che il docente che assiste il disabile ha la doppia possibilità di ottenere il trasferimento (a giugno) ovvero, in subordine, l'assegnazione temporanea annuale (laddove non avesse ottenuto il trasferimento).

Viceversa, il docente che partecipa alla *fase interprovinciale*, *care giver*, a causa della norma di cui all'art. 14 (non attenzionata dalla Cassazione nella nota ordinanza) ha *soltanto* la possibilità di ottenere (come si vedrà nel successivo punto) l'assegnazione *provvisoria*, a condizioni più rigorose e restrittive rispetto a quanto disposto dalla norma di legge (art. 3 L. 104/1992).

Il che oltre che palesemente illogico, è illegittimo per una palese ed ingiustificata **disparità di trattamento che danneggia tanto il disabile quanto il lavoratore care giver.**

2. il docente che partecipa alla mobilità provinciale deve dimostrare soltanto di assistere il disabile, viceversa il docente che partecipa alla procedura dell'assegnazione provvisoria deve dimostrare di essere referente unico del disabile e, soprattutto, di essere CONVIVENTE con il disabile stesso.

Se è vero che l'art. 7 del CCNI ai fini dell'assegnazione provvisoria prevede i requisiti della convivenza del docente con il parente e/o affine, diversamente lo stesso art. 33, V comma, L. 104/1992 (nella sua attuale versione) non prevede più la convivenza come requisito per usufruire dei diritti ivi previsti.

Pertanto, disapplicare (come dispone l'art. 14 del CCNI sulla mobilità) l'art. 33, V comma nei confronti dei movimenti *interprovinciali*, comporta un evidente *vulnus* nei confronti del *disabile* che ha l'onere di essere assistito da un parente -affine lavoratore necessariamente convivente, e per di più in via *transeunte*, e non definitiva, di volta in volta, e nei *limiti dei posti disponibili* in sede di assegnazione provvisoria.

Sul punto della discriminazione o disparità di trattamento tra lavoratori che assistono parenti con disabilità grave, si deve evidenziare come la citata ordinanza della Cassazione nella sua disamina dell'istituto ha inoltre completamente omissso di valutare la normativa e la giurisprudenza euro-comunitaria alle quali il Giudice nazionale deve naturalmente uniformarsi. Infatti, come in modo ineccepibile evidenziato **dalla Corte di Appello di Firenze con le sentenze nn. 483/2021 del**



15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021, per una corretta valutazione della precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 è necessario richiamare la normativa europea in tema di lavoratori dipendenti qualificabili come *care giver*. In particolare la Corte, ha valorizzato il riferimento alla Direttiva 78/2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro interno, e ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE, 17 luglio 2008, C-303/06 *Coleman* e nella sentenza 11 luglio 2006 causa C13/05, *Chacon Navas*, nonché nella **recentissima sentenza Cass. Sez. Lav. n. 6497/2021** (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).

La superiore c.d. **discriminazione indiretta** è resa ancora più evidente se si considerano i movimenti eseguiti dal ministero resistente a seguito delle procedure di mobilità oggetto del presente giudizio. Infatti, come emerge *per tabulas* dai bollettini pubblicati a seguito della procedura di mobilità 2021/2022 numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento senza alcuna precedenza. A ciò si aggiunga che a seguito della mobilità interprovinciale valide per l'AS 2021/2022 scuola primaria, posto comune, su Palermo e provincia sono residuati ben 37 posti di sostegno vacanti e disponibili (cfr tabulato predisposto dalla CISL Scuola di Palermo- **All. 10**), che sono stati illegittimamente accantonati, e quindi sottratti alla procedura di mobilità, dal Ministero.

2. L'assegnazione provvisoria (come accennato *sub I.*) prevede un requisito ulteriore che la legge 104/1992 non prevede (più) in quanto dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale.

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”. Stesso discorso per la Corte di Appello di Roma nella sentenza n. 1984/2021 del 17.05.2021.

Quanto sopra detto ha trovato recentissima conferma dal Tribunale di Palermo che con la sentenza n. 3137/2021 del 20.07.2021 ha così motivato le ragioni per cui ritiene l'ordinanza della Cassazione n. 4677/2021 non corretta *“Va rammentato che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea riconosce il diritto delle persone con “disabilità” a beneficiare di “misure idonee” dirette a garantirne, tra l’altro, l’autonomia e l’inserimento sociale (art. 26). Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono ritenersi acquisiti al diritto dell’Unione la definizione dell’art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l’indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap. Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all’esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l’assistenza informale (2.1.2). E’ conforme a questo quadro normativo l’esclusione di limiti all’esercizio del diritto all’assistenza all’interno della famiglia per le persone affette da handicap grave. Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall’art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto senza riserve. Per questa ragione non può condividersi la recente pronuncia della Suprema Corte con ordinanza n. 4677/2021, poiché essa – verosimilmente in relazione ai motivi del ricorso - si fonda unicamente sull’interpretazione dell’art. 33 L. n. 104/1992, mentre non prende in alcuna considerazione l’art. 601, comma 2, T.U. Scuola, il quale, in attuazione delle norme degli artt. 21 e 33 L. 104/1992, che espressamente richiama, prevede che i soggetti richiamati da dette norme hanno precedenza nella mobilità. La norma si esprime senza riserva alcuna, con la conseguenza che il citato CCNI e la OM sulla mobilità non avrebbero potuto violare la norma primaria, prevedendo in luogo della mobilità l’assegnazione provvisoria, in quanto quest’ultima non è istituto che fa parte della mobilità, ma ha natura e finalità del tutto diverse. La prevalenza della normativa primaria su quella secondaria, inderogabile nell’impiego pubblico, comporta quindi di ritenere la nullità sul punto dei predetti CCNI e OM sulla mobilità, per violazione del citato art. 601, con conseguente accertamento del diritto di parte ricorrente alla precedenza prevista dalla norma*



primaria”.

Tutto ciò esposto la docente, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata

CHIEDE

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

Sulla Mobilità 2020/2021:

- previa disapplicazione dell'art. 8 CCNI 2019 per violazione dell'art. 470 TUISTR, dire e dichiarare che la ricorrente ha diritto al trasferimento interprovinciale su posto di sostegno nel distretto di Palermo; conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la sig.ra Orlando Lucia su posto di sostegno nel distretto di Palermo.

Sulla Mobilità 2021/2022:

- Accertare il diritto alla precedenza ex art. 33 L. 104/1992 nell'Ambito territoriale di residenza del disabile da assistere;

Conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la sig.ra Orlando Lucia nell'Ambito territoriale di residenza del disabile da assistere, secondo l'ordine di preferenza espressa in domanda di mobilità.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che la causa è di valore indeterminato e che il contributo unificato è pari ad € 259,00.

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

Palermo **31 agosto 2021**

Avv. Alessio Ardizzone

Avv. Christian Conti

