

**Ecc.ma Corte di Appello di Messina**

**Sez. lavoro**

**Proc. n. 688/2023 RGA**

**Cons. Rel. Dott. Fabio CONTI**

**Udienza del 17.09.2024**

**MEMORIA DI COSTITUZIONE E RISPOSTA**

**CON ISTANZA DI TRATTAZIONE ORALE**

**Per Prof.ssa CARIANNI Maria Cristina**

**- resistente**

**Contro**

**M.I.M. - Ministero dell'istruzione e del merito**

**- resistente**

**§ § §**

La Prof.ssa **CARIANNI Maria Cristina**, Codice Fiscale CRNMCR73D46I199E, nata il giorno 06.04.1973, a Sant'Agata di Militello (Me) e residente in Via Piave, 134 di Capo d'Orlando (ME), rappresentata e difesa dall'**Avv. Massimiliano FABIO** del Foro di Patti, con studio in Via Sardegna, 1 – Complesso Agorà di Sant'Agata di Militello (ME), CF FBA MSM 70D28 F158V, in virtù di delega allegata al presente atto, con elezione di domicilio digitale massimilianofabio@pec.giuffre.it si costituisce in giudizio per contestare integralmente l'atto di appello proposto dal Ministero dell'Istruzione e del Merito - Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia perché inammissibile, improcedibile, infondato in fatto ed in diritto e per precisare, dedurre ed opporre quanto segue.

**§ § §**

- 1)** In data 28.09.2023 è stato notificato a mezzo PEC il ricorso in appello e del provvedimento di questa On.le Corte del 14.09.2023, [\(All. n. 3\)](#) con il quale è stata impugnata la sentenza n. 1597/2023 del Tribunale di Patti- Sezione Lavoro, pubblicata in data 21 agosto 2023 [\(All. 2\)](#).
- 2)** Lo svolgimento del processo davanti al Tribunale di Patti è contenuto nella premessa della sentenza impugnata [\(All. 3\)](#) cui si fa rimando per brevità espositiva e per ragioni di sintesi, in aderenza ai principi della recente riforma "Cartabia" sul punto.

**3)** Per tali considerazioni la docente CARIANNI si limita ad effettuare una sintetica esposizione dei fatti e dei motivi di diritto attinenti alla posizione dell'appellata.

### § § §

#### **Sulle condizioni personali, professionali e familiari della docente**

Con ricorso ex 414 c.p.c. depositato in data 21.10.2022, il ricorrente, conveniva in giudizio il Ministero dell'Istruzione, nella persona del Ministro pro tempore, premettendo:

- di essere docente, titolare nel posto XJ – corso per lavoratori della classe di concorso A022 - Italiano, Storia, Geografia nella scuola secondaria di I Grado presso l'Istituto C. T. I. "BUTTITTA" di Bagheria (PA), cod. PACT71300R;
- di essere in assegnazione provvisoria sino al 31.08.2022 presso l'I.C. di Santo Stefano di Camastra (Me), in un posto normale c. d. c. A022;
- di avere concorso alle procedure di mobilità interprovinciale per l'a.s.2022/2023, per il posto normale della c. d. c. A022, volendo far valere la precedenza spettante per l'assistenza alla madre Pagano Concettina, disabile grave ex art 3 co. 3 l. 104/1992, deducendo di essere l'unica figlia convivente e referente unico, nonché unico soggetto beneficiario dei permessi retribuiti per l'assistenza previsti ai sensi dell'art 33 comma 3 l. 104/1992.

Deduceva che per l'a. s. 2022/23 le operazioni di mobilità sono regolate secondo quanto disposto dal CCNI del 27.01.2022 valido per il triennio 2022/25 ed in base alle specifiche disposizioni stabilite dall'O.M. n. 45/2022, ai sensi dell'articolo 462, comma 6, del decreto legislativo n. 297 del 1994.

Sosteneva altresì che la piattaforma "Istanze OnLine" del M.I., utilizzata per la compilazione e la trasmissione delle domande di mobilità per l'a. s. 2022/23, impedisce ai docenti referenti unici all'assistenza dei genitori con handicap grave, partecipanti alle operazioni di trasferimento tra province diverse, di segnare la casella che indica il possesso del requisito di precedenza di legge, ex art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92.

Lamentava, dunque, di avere concorso alle procedure di trasferimento interprovinciale, senza poter fruire del diritto di precedenza di cui è beneficiaria, e di non aver ottenuto l'auspicato trasferimento, non potendo far

valere in sede di mobilità territoriale interprovinciale il predetto diritto di precedenza, per l'assistenza alla madre disabile.

Tanto premesso, deduceva che l'impossibilità di partecipare alle procedure di mobilità senza il riconoscimento del diritto di precedenza spettante per l'assistenza al genitore con handicap grave è causa di pregiudizio e danno, certo, grave ed irreparabile.

Premesse le ragioni sul suo diritto alla titolarità dei diritti riconosciuti dall'art. 33 co. 5 e 7 l. 104/92, ribadiva la sussistenza del suo diritto a fruire della relativa precedenza nelle operazioni di mobilità in occasione della menzionata domanda di trasferimento interprovinciale, con la quale chiedeva il trasferimento presso le sedi in provincia di Messina meglio indicate in ricorso. Sosteneva, dunque, che il contratto collettivo integrativo e l'ordinanza ministeriale, nella parte in cui consentono di far valere il diritto di precedenza per l'assistenza ad un genitore disabile grave soltanto nella fase dei trasferimenti provinciali, mentre riconoscono il medesimo diritto in tutte le fasi (e, dunque, anche nella fase dei trasferimenti interprovinciali) ai genitori anche adottivi del disabile in condizione di gravità, rappresenta una ingiustificata lesione del diritto riconosciuto e tutelato dall'art.33 comma 5 l. 104/92.

In particolare, rilevava l'illegittimità dell'art 13 del CCNI 2022/2025 per contrasto con art.2 n. 2 lett.a e segg direttiva CE 78/00, in quanto limita il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92.

Inoltre, rilevava l'illegittimità dell'ordinanza attuativa del CCNI 2022 e delle clausole in esse inserite per contrarietà alla normativa nazionale, comunitaria nonché ai precetti costituzionali in quanto contrarie al principio di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'amministrazione ex art 3 e 97 Cost.

Rivendicava, dunque, il diritto a far valere tale precedenza in ogni fase di mobilità e senza alcuna limitazione e ad essere trasferita anche in sovrannumero, tenuto conto del fatto che il diritto all'assistenza ex L.104/92 non può essere sottoposto a singole fasi sequenziali previste dalla contrattazione di mobilità, che devono, pertanto, ritenersi nulle ai sensi dell'art. 1418 c.c., in quanto sono in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 33 co.5 L.104/92.

Chiedeva, pertanto, l'accertamento del suo diritto ad ottenere il trasferimento nel posto normale della c. d. c. A022 - ITALIANO, STORIA, GEOGRAFIA NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO per l'a. s. 2022/23 in provincia di Messina, anche in sovrannumero, con il riconoscimento del diritto di precedenza di cui è beneficiaria, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92 per l'assistenza alla madre disabile grave (ex art. 3 c. 3 L. 104/92) in tutte le fasi di mobilità dell'a. s. 2022/23 e senza alcuna limitazione, quindi con l'applicazione della precedenza di legge nella III fase di mobilità interprovinciale ed anche nelle fasi I – comunale e II – provinciale, ovvero come per legge, e con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022, ovvero come per legge, così come indicato nel ricorso ex art. 414 cpc.

### § § §

Ciò premesso, l'appello avversario deve essere rigettato anche per i seguenti

#### **MOTIVI DI DIRITTO**

#### **A. INAMMISSIBILITÀ DELL'APPELLO AI SENSI DELL'ART. 342 CPC.**

Secondo la nuova formulazione l'appello deve contenere l'appello deve contenere a pena di inammissibilità in modo chiaro, sintetico e specifico:

- il capo della decisione di primo grado che viene impugnato;
- le censure proposte dalla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado;
- le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Dalla lettura dell'atto di impugnazione emerge chiaramente che i requisiti di sintesi, chiarezza e specificità non sono stati osservati e la forma non è stata rispettata.

In particolare non sono stati indicati in maniera chiara, sintetica e specifica il capo della decisione impugnata, le censure in ordine alla ricostruzione del fatto operata dal Giudice primo grado e non è stata indicata l'esistenza delle violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione e nella sostanza controparte si è affidata ad una riproposizione di questioni giuridiche di fatto già esaminate nel corso del giudizio di primo grado senza fornire alcun elemento concreto utile ai fini della riforma.

In via preliminare l'Avv. Massimiliano FABIO eccepisce l'inammissibilità dell'appello avversario ai sensi dell'art. 342 C.P.C.

A seguito della novella dell'art. 342 C.P.C. operata dal D.L. 83/2012, convertito in Legge 134/2012, è previsto che: "l'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado...".

Tale formulazione è ben diversa da quella originaria che prevedeva la sola "esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione".

Con tale modifica l'art. 342 C.P.C. indica specificamente (pena inammissibilità) cosa deve contenere l'appello e la relativa motivazione, ovvero:

- La precisazione delle parti della sentenza che si intende appellare;
- L'indicazione di "come" la decisione avrebbe dovuto essere assunta.

Non vi è, pertanto, la richiesta di soli "motivi specifici" ma è fatto carico all'appellante di formulare le "proposte di modifica" e le parti specifiche della decisione contestata.

In definitiva l'appello deve contenere la esatta indicazione di quali parti della decisione impugnata di quali parti della decisione impugnata si intendono sottoporre a riesame e per tali parti, quindi modifiche vengono richieste rispetto a quanto è stato oggetto della ricostruzione di fatto e di diritto compiuta dal giudice di prima istanza.



L'atto di appello avversario non è conforme a tale rigorosa previsione normativa in quanto controparte, pur avendo genericamente censurato la sentenza ed avendo indicato alcune parti della decisione che non ha condiviso, ha ommesso di indicare specificamente le parti censurate, non ha specificato le modifiche proposte con riferimento a ciascuna parte della sentenza, si è limitato a ribadire le difese svolte nel corso del giudizio di prime cure ed ha quindi ha violato la citata prescrizione normativa.

Appare evidente dalla lettura dell'appello che controparte si è abbandonata a considerazioni che sono solo una acritica ripetizione di parte delle difese svolte in primo grado, ma non ha fornito una indicazione organica delle parti del procedimento che ha inteso appellare e non ha enunciato le modifiche richieste e le relative motivazioni.

L'atto, pertanto, incorre nella sanzione di inammissibilità dell'appello prevista dall'art. 342 C.P.C.

La nuova formulazione dell'art. 342 C.P.C. è stata violata in quanto l'atto di appello deve contenere una "motivazione" vera e propria, quasi come fosse esso stesso una sentenza, attraverso elementi che devono essere analiticamente indicati e che nel caso di specie non sussistono.

L'atto di appello, infatti, dopo una elencazione in punto di fatto sullo svolgimento del procedimento di prime cure si è affidato a "motivi di impugnazione" che non ha suddiviso e/o indicato per argomenti (e/o specifiche contestazioni).

Tale elencazione "cumulativa" di motivi, inoltre, si limita ad una "mera riproposizione" di difese svolte nella originaria memoria di costituzione e nel corso del procedimento di prime cure, che ha poi portato alla corretta decisione del Tribunale di Patti.

Da tali motivi e dalla lettura del corpo dell'atto emerge chiaramente la "genericità" dell'impugnazione che in nessuna delle sue parti e nella relativa formulazione rispetta la previsione di cui all'art. 342 C.P.C. non essendo stato proposto alcun idoneo "motivo" volto ad individuare specificamente le parti della sentenza appellata (dal perché ed in quale parte deve essere riformata) e

del “come” e per quali specifici motivi sulla base di quale logico ragionamento di fatto e di diritto essa debba essere modificata.

Su tali aspetti, inoltre, si fa richiamo anche ai successivi motivi di contestazione svolti nel presente atto che rilevano anche rispetto alla presente eccezione di inammissibilità ex art. 342 C.P.C.

### § § §

#### **B. Inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348 bis C.P.C. – mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento dello stesso.**

L'appello proposto da controparte deve essere rigettato e/o dichiarato inammissibile e/o nullo anche ai sensi dell'art. 348 bis C.P.C.

Tale atto è inammissibile e deve essere rigettato ai sensi dell'art. 348 bis C.P.C. in quanto manca il presupposto necessario della “ragionevole probabilità di accoglimento” dello stesso, così come appositamente prevista dall'art. 342 C.P.C.

La dichiarazione, anch'essa preliminare, di inammissibilità ed il conseguente rigetto dell'appello di cui è causa discendono dalla circostanza che tale atto non è sorretto da idonee motivazioni (sia di fatto che di diritto) che possono determinare nel giudicante la convinzione della necessità – opportunità – possibilità alcuna di riforma e/o annullamento della sentenza emessa dal Tribunale di Patti.

Va premesso che, in ossequio ai prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sul punto, la differenza tra i requisiti del *fumus boni iuris* e della “ragionevole probabilità di accoglimento”, cui l'art. 348 bis C.P.C. subordina l'ammissibilità dell'appello, va ricercata sul piano prettamente quantitativo.

Il primo, infatti, va inteso come mera “verosimiglianza” dell'esistenza del diritto che si vuole far valere, mentre il secondo richiede la sussistenza di un *quid pluris*, ossia, per l'appunto, di una maggiore probabilità, dal punto di vista statistico e sulla base di un giudizio prognostico, che la pretesa sia fondata.

Sulla infondatezza delle censure avversarie si fa richiamo e riferimento ai motivi e punti che saranno svolti nel prosieguo del presente atto sulle singole censure avversarie.

Relativamente all'inammissibilità ex art. 348 bis C.P.C. la Giurisprudenza si è più volte pronunciata con decisioni di cui se ne riportano solo alcune ed a titolo esemplificativo.

La mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello sussiste nella ipotesi in cui, alla luce delle risultanze acquisite e delle preclusioni già maturate ed in conformità degli indirizzi giurisprudenziali consolidati, sia altamente probabile che i motivi dedotti non possano trovare accoglimento sulla base di una diversa valutazione dei fatti o di una differente opzione interpretativa di un divergente esercizio della discrezionalità, ove consentita (C. App. Bari, 18.02.2013 ed altre).

Dalle risultanze del giudizio di prime cure, dalla lettura della sentenza appellata e dai documenti acquisiti, non vi è alcuna possibilità, né vi è la ragionevole probabilità di accoglimento del gravame!!

In particolare l'atto di appello si affida a motivi che non possono trovare alcun accoglimento.

### § § §

#### **C. Inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso avversario per nullità / inesistenza della notifica - pubblicazione ai sensi dell'art.151 cpc sul sito istituzionale del Ministero dell'Istruzione**

Con provvedimento di fissazione udienza del 18.01.2023 il Giudice del lavoro del Tribunale di Patti ha fissato l'udienza cartolare del 08.03.2023 e con successivo provvedimento del 20.02.2020 e del 27.03.2023 ha disposto la notifica ex art. 151 cpc e rinotifica (attesa la tardività della prima pubblicazione) mediante pubblicazione sul sito istituzionale del Ministero dell'istruzione entro i termini di legge oltre alla notifica alla parte resistente (oggi appellante).

La notifica – pubblicazione degli atti ai sensi dell'art. 151 cpc è stata ritualmente effettuata nel giudizio di prime cure dalla docente CARIANNI.



Nel presente giudizio di gravame, il ministero ha omissso di richiedere e quindi di effettuare la notifica – pubblicazione nelle forme dell’art. 151 cpc autorizzata dal Giudice di primo grado, con ogni conseguenza di legge.

§ § §

**D. Infondatezza dell’appello avversario.**

**Infondatezza delle contestazioni relative alla portata della L. 104/92, sulle illegittime limitazioni di cui al CCNI e sulla irregolarità delle operazioni di mobilità trasferimento dei lavoratori.**

**Infondatezza delle contestazioni relative all’esistenza di ragioni organizzative tali da impedire – pregiudicare i diritti di cui alla L. 104/92**

L’odierna appellante, con un unico generico motivo, ha contestato l’impugnata sentenza chiedendone la riforma in appello, fermo restando le eccezioni di inammissibilità di cui sopra, per le ragioni ivi spiegate.

Contrariamente a quanto sostenuto *ex adverso*, il Giudice del lavoro del Tribunale di Patti ha correttamente accolto il ricorso proposto della odierna resistente appellata accertando il diritto della docente Maria Cristina CARIANNI “*a far valere, ai fini delle operazioni di mobilità per l’a.s. 2022/23 il proprio diritto di precedenza per l’assistenza alla madre disabile in condizioni di gravità, ex all’art. 33 comma 5 l. n. 104/92, indipendentemente dalle fasi della mobilità e nei termini meglio indicati in motivazione, e ordina all’amministrazione convenuta di riassegnala nella sede che le sarebbe spettata a seguito della corretta applicazione del diritto di precedenza e del punteggio ottenuto, nonché delle preferenze espresse nella domanda* ” e di adottare tutti gli atti necessari e conseguenti.

Il giudice monocratico, una volta esaminate le difese svolte dalle parti, e quindi anche quelle dell’amministrazione appellante, ha respinto la tesi del Ministero affermando che “*Tanto premesso, risultano fondate le doglianze del ricorrente sulla illegittimità delle disposizioni del CCNI che limitano la possibilità di far valere la precedenza per l’assistenza a congiunti disabili soltanto all’interno delle singole fasi in cui è distinta la mobilità, ponendosi*

*così in contrasto con i precetti posti dall'art. 33 co. 5 l. 104/92, avente valore di norma imperativa, posta a tutela di diritti fondamentali.*

*Ed infatti, la ricorrente ha agito chiedendo l'accertamento del diritto a far valere nelle operazioni di mobilità la precedenza del beneficio di cui all'art. 33 commi 5 e 7 l. 104/92, in tutte le fasi (I – comunale, II provinciale e III interprovinciale), senza le limitazioni previste dall'articolo 13 del CCNI del 27. 1. 22, che restringe la possibilità di far valere incondizionatamente la precedenza in oggetto soltanto nelle operazioni di mobilità provinciale, mentre la riconosce nelle procedure interprovinciali, “solo per la assistenza al coniuge e al figlio portatore di handicap”.*

*Si tratta, in altri termini, di un'azione di accertamento finalizzata alla verifica dell'illegittimità delle disposizioni contrattuali che limitano il riconoscimento del diritto di precedenza e non consentono al ricorrente di partecipare alle operazioni di mobilità con il diritto di precedenza in questione.*

*A tal proposito, va rilevato che l'art. 13, comma 1, punto IV, del CCNI 2022/25, che non riconosce il diritto di precedenza per assistenza ai genitori con disabilità grave (art.3 comma 3 L.104/92) ai docenti che si sottopongono a mobilità interprovinciale, risulta contrario a norme imperative e determina delle disparità non giustificate. ... Tuttavia, tenuto conto anche della particolare rilevanza costituzionale che assume un diritto fondamentale come quello in discorso, che mira a tutelare nel miglior modo possibile la condizione del disabile bisognoso di assistenza, non può certo ritenersi che la dovuta considerazione degli interessi pubblici di cui è portatrice l'amministrazione scolastica possa arrivare al punto di stabilire, in maniera arbitraria e irragionevole, una distinzione gerarchica tra diverse categorie di aventi diritto, soltanto in relazione al rapporto di parentela con il lavoratore o, addirittura, in base all'età del soggetto portatore di handicap. In particolare, è innegabile che tali disposizioni di tutela, pur temperate con altri valori di rilevanza costituzionale (la libertà di iniziativa economica e, nel caso in esame, il buon andamento, l'imparzialità e la razionalità dell'azione amministrativa), abbiano il valore di norme di natura*

*imperativa, nel senso che, una volta che siano individuati i limiti del bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, le stesse non possano essere violate o derogate.*

*Dunque, la lettura dell'art. 33 co. 5 l. 104/92, pur consentendo un bilanciamento effettivo tra le esigenze di tutela del disabile e quelle connesse alla difficoltà di governare complessi processi amministrativi e gestionali, non può certamente arrivare al punto di ritenere che tale operazione di bilanciamento sia completamente sganciata dai criteri generali di imparzialità, correttezza e ragionevolezza, nonché dalla considerazione di principi di rilevanza costituzionale come quello di uguaglianza e non discriminazione.*

*Conseguentemente, la possibilità di graduare le differenti posizioni dei soggetti titolari di una possibile precedenza non può arrivare al punto di stabilire una gerarchia che non sia ancorata ad elementi dai quali dedurre oggettivamente una diversa rilevanza delle situazioni da valutare.*

*In particolare, non deve ritenersi possibile attribuire una diversa rilevanza alle precedenze di cui sono titolari i concorrenti alla mobilità stabilendo una diversa tutelabilità della condizione del soggetto disabile soltanto in relazione alla diversità del rapporto di parentela.*

*Infatti, se si torna a valutare la ratio dell'art. 33 co. 5 l. 104/92, è innegabile che la disposizione miri soltanto a garantire l'assistenza al disabile, senza che dal dato normativo possa dedursi alcun riferimento alla possibilità di differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela.*

*E, a maggior ragione, nel caso in cui la parentela sia nel medesimo grado, come nel caso di specie, trattandosi pur sempre del rapporto genitore/figlio e invertendosi soltanto il ruolo del soggetto portatore di disabilità e di quello preposto all'assistenza e cura.*

*Non si può certo desumere dalla locuzione "ove possibile" un'arbitraria distinzione tra diverse categorie di aventi diritto in relazione al rapporto di parentela con il lavoratore o, addirittura, in base all'età o alle future aspettative di vita del soggetto portatore di handicap.*

*A fronte di ciò, non appaiono nemmeno condivisibili i rilievi secondo cui il diritto in questione sarebbe comunque sufficientemente tutelato, essendo riconosciuta la precedenza in sede di operazioni di assegnazione provvisoria, mentre il mancato riconoscimento in sede di mobilità si giustificerebbe con l'esigenza di graduare la tipologia di aventi diritto in relazione alla parentela, in modo da poter gestire razionalmente l'enorme numero di richieste provenienti dagli aventi diritto.*

*Ancora una volta deve ribadirsi che, pur essendo ammissibile teoricamente l'individuazione di criteri generali utili ad agevolare l'organizzazione della mobilità a fronte delle numerose istanze dei congiunti di portatori di handicap, non può prescindere dall'osservanza dei principi costituzionali di uguaglianza e non discriminazione.*

*Sicché, non può arbitrariamente stabilirsi un diverso trattamento alla posizione di chi si trovi nella necessità di tutelare un congiunto disabile grave e sia legato allo stesso dal medesimo grado di parentela, dovendosi ritenere arbitrari criteri di graduazione fondati soltanto su una non meglio identificata differenza della posizione di garanzia e tutela del genitore nei confronti del figlio disabile, rispetto a quella esattamente speculare del figlio nei confronti del genitore disabile, soprattutto quando egli sia l'unico soggetto in grado di prestargli assistenza. Né può condividersi la posizione di chi ritiene che la diversa condizione del genitore disabile giustificerebbe la limitazione della relativa precedenza alle sole assegnazioni provvisorie interprovinciali, non potendosi ritenere conformi ai già richiamati principi costituzionali differenze di trattamento fondate sulla presumibile inferiore aspettativa di vita del congiunto disabile da assistere.*

*Dunque, va riaffermato che il diritto all'assistenza al disabile può certamente subire limitazioni e bilanciamenti con le esigenze organizzative dell'amministrazione, come pure può ritenersi ammissibile che l'amministrazione scolastica, nell'ottica della realizzazione delle finalità di buon andamento dell'amministrazione e contemperamento degli interessi portati dalle altre categorie di soggetti titolari di diversi diritti di precedenza, utilizzi lo strumento della contrattazione collettiva per stabilire il punto di*

*tale bilanciamento, attraverso l'individuazione di una graduazione di tali precedenze.*

*Tuttavia, tale graduazione non può certamente arrivare al punto di trattare in maniera radicalmente differente dei soggetti portatori di posizioni giuridiche del tutto analoghe, senza peraltro che tale differenziazione trovi giustificazione in criteri razionalmente individuabili e ragionevolmente giustificabili.*

*Nel caso in esame la disposizione contrattuale oggetto di scrutinio non sembra operare una graduazione in base alla diversa valenza dei diritti oggetto di tutela (si pensi al diverso valore attribuita alla precedenza spettante al lavoratore disabile, rispetto a quella spettante al lavoratore che invece svolga le funzioni di caregiver).*

*Ed infatti, non sembra che possa in alcun modo individuarsi una differente rilevanza tra la posizione del genitore che assiste il figlio disabile, rispetto a quella inversa del figlio che assiste il genitore disabile: stessa situazione oggettiva da tutelare (la disabilità), stesso grado di parentela tra assistente e assistito.*

*Conseguentemente, l'art. 13, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s. 2022/25, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, realizza un'ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe (i genitori che devono assistere i figli disabili) e comprime in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate.*

*Sulla scorta di tali premesse, va pure rilevato che l'anzidetta disposizione, nella parte in cui limita il diritto di assistenza al familiare disabile all'esecuzione in sequenza di tutte le operazioni di ognuna delle tre fasi di mobilità, risulta in contrasto con i principi di cui alla legge n. 104/92, quale lex specialis a tutela del disabile e non derogabile dalla normativa pattizia sulla mobilità del personale docente.*



*Invero, quest'ultima normativa, nel prevedere che il diritto di precedenza per l'assistenza al parente disabile grave venga soddisfatto dopo l'espletamento delle operazioni di mobilità gestite nella I e II fase – che riguardano invece la richiesta di trasferimento dei docenti senza diritto di precedenza –, di fatto limita e restringe l'ambito di tutela del soggetto disabile, con la conseguenza che, ai fini della mobilità interprovinciale, risulta arbitrariamente ristretto il novero dei soggetti che hanno diritto ai benefici ivi previsti (a prescindere dalla sussistenza di sedi disponibili), per di più con riguardo ai casi – quali quelli rientranti nella mobilità interprovinciale – in cui l'esigenza di riavvicinamento è quantomai irrobustita nell'ottica della cura dei bisogni del disabile.*

*Mentre appare del tutto rispondente a criteri di logicità e ragionevolezza la definizione di una graduazione tra le varie precedenze, va detto che, in mancanza di prova contraria offerta dall'amministrazione, non si vede in che misura coincida con indispensabili esigenze organizzative dell'amministrazione la scelta di non riconoscere la possibilità di esercitare il diritto di precedenza per l'assistenza ai congiunti disabili su tutte le sedi disponibili per la mobilità e di limitarla soltanto all'interno di ciascuna delle fasi in cui è ripartita la mobilità.*

*La determinazione pattizia di far prevalere nella scelta di una sede un docente senza alcuna precedenza, rispetto ad un altro docente portatore di un diritto soggettivo garantito da norme imperative, solo per ragioni prettamente tecniche, non rispondendo ad alcun chiaro interesse dell'amministrazione o ad altri rilevanti interessi pubblici, non rientra nei limiti desumibili da una corretta interpretazione dell'art. 33 co. 5 l. 104/92 ed anzi pare oggettivamente in netto contrasto con il primario interesse pubblico (l'effettiva tutela della salute del disabile) garantito da tale disposizione di legge.*

*Le anzidette disposizioni contrattuali dell'art. 13 CCNI cit. per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2022/2025 appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate...*

Sulla scorta di tali principi espressi, pertanto, il Giudice del Lavoro, analizzata la normativa vigente, i principi costituzionali in questione nonché gli interessi in gioco ed il relativo bilanciamento, ha accertato la violazione dei principi costituzionali e della L.104/92 disponendo la nullità delle disposizioni contrattuali illegittime, accertando il diritto della docente a concorrere per le operazioni di mobilità interprovinciale as.2022/23 con diritto di precedenza per l'assistenza alla madre disabile in condizioni di gravità, ex art. 33 comma 5 l. n. 104/92, indipendentemente dalle fasi della mobilità, ritenendo assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

Oltre quanto sopra, per brevità espositiva, si richiamano le motivazioni in fatto ed in diritto di cui al ricorso ex art. 414 cpc

### § § §

#### **Sulle recenti pronunzie di merito successive alle sentenze della Corte di Cassazione ex adverso richiamate**

Il Tribunale di Vibo Valentia, Giudice del Lavoro dott. Ilario NASSO, con la Sentenza n. 602 del 14.09.2023 ([all. 5](#)) si è pronunciato sulle medesime questioni poste all'attenzione della Corte, affermando “*È, invero, dirimente constatare l'irrazionalità del disposto contrattual-collettivo applicabile alla fattispecie, giacché – limitando la spendibilità delle prerogative ex l. 104/1992 agli spostamenti infra-provinciali, e alle assegnazioni provvisorie (con estensione, in questo caso, del beneficio agognato anche ai tramutamenti fra province differenti)– esso priva di concreta utilità i diritti conferiti dalla legge ai referenti delle persone da accudire, nella misura in cui preclude l'opponibilità – al datore di lavoro pubblico – della situazione di disabilità certificata proprio laddove essa andrebbe peculiarmente valorizzata: vale adire in sede di gestione dei trasferimenti (definitivi) fra province diverse, come tali associati a distanze – riscontrabili fra l'invalido e il suo accompagnatore – maggiori rispetto a quelle misurabili all'interno della medesima provincia (per la quale ipotesi, paradossalmente, i precetti della l.104/1992 trovano da tempo pedissequa attuazione: v. – in proposito e fra le altre – Trib. Roma, ord. 14 marzo 2018). 5.2. Va, nondimeno, condivisa l'opzione ermeneutica secondo la quale il diritto al trasferimento, invocato*

odiernamente, non potrebbe ritenersi ascritto ai suoi titolari in termini assoluti e indiscriminati, dovendosi comunque coordinare con le necessità sottese all'efficace organizzazione dei servizi scolastici, a garanzia della pienezza dell'offerta formativa e dell'ottimale funzionalità del sistema d'istruzione. Allo stesso tempo, però, mentre la controparte non ha addotto né specifiche né insuperabili ragioni materiali – ulteriori rispetto alla puntuale applicazione della negoziazione settoriale – conducenti alla reiezione dell'istanza di mobilità preferenziale, l'art. 24, I c., lett. b), l. 183/2010 – nel novellare l'art. 33, V c., l. 104 /1992 – ha stabilito come «Il lavoratore di cui al comma 3 [abbia] diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede». 5.3. L'inciso «ove possibile», allora, implica l'attribuzione all'aspirante del vantaggio reclamato, ogniquale volta non siano rinvenibili – nella data vicenda in considerazione, e caso per caso – elementi concretamente ostativi alla sua concessione, da individuarsi e motivarsi congruamente a cura della pubblica amministrazione procedente, e sempreché – all'esito del relativo scrutinio giudiziale – gli argomenti negatori, eventualmente addotti dall'Ente convenuto, non si dimostrino pretestuosi o apparenti. 5.4. Me. conto rammentare – d'altra parte – come lo stesso Dipartimento della Funzione pubblica, con circolare n. 13/2010, abbia consentito il rifiuto datoriale del trasferimento, domandato dal referente del disabile, solo «in presenza di circostanze oggettive impeditive, come ad esempio la mancanza di posto corrispondente nella dotazione organica di sede, mentre non può essere subordinato a valutazioni discrezionali o di opportunità dell'amministrazione.»».

### **Sul recentissimo arresto della Corte di Appello di Firenze e sui principi di diritto ivi affermati**

Con sentenza n. 227/24 del 16.04.2024, [\(all. 6\)](#) la Corte di Appello di Firenze ha disatteso le pronunzie di segno contrario della Cassazione citate *ex adverso* fornendo una diversa interpretazione delle questioni in esame e accogliendo il ricorso proposto dalla lavoratrice.

In particolare la Corte di Appello di Firenze ha effettuato un ampio ragionamento facendo propri gli orientamenti di diritto internazionale ed Europeo sulla tutela della disabilità e sul bilanciamento di interessi affermando *“Nel merito, è fondato il diritto alla precedenza in fase di mobilità fatto valere dalla docente appellante (in linea con la giurisprudenza di questa Corte, iniziata con la sentenza n. 412/19 del 16.5.2019. Canturi c/ MIUR, Pres. Liscio Est. Tarquini, e seguita da numerose conformi n. 483/2021, n. 401/2021, n. 531/2021, n. 375/2022. n. 237/2023).*

*In fatto, le circostanze dedotte dalla appellante sono pacifiche tra le parti e comunque anche documentate (si vedano i docc. N.ni 4 e 9 sullo stato di handicap grave del genitore nonché sul fatto che la docente usufruisce dei permessi ex art. 33 L. 104/1992, come da relativa attestazione; non essendo contestata la situazione di referente unico).*

*In primo grado, la docente aveva poi affermato che alcune docenti che nella sua classe di consono nell'ambito della procedura di mobilità per l'anno scolastico 2022/2023 erano state trasferite nelle sedi poste nella provincia di Napoli - indicate come sua prioritaria preferenza - erano prive di diritto di precedenza ex art. 33 L. 104/1992 e aveva depositato a riprova i relativi bollettini (il Ministero nulla aveva replicato sul punto).*

*In diritto, l'art. 13 CCNI 2022/2025 non riconosce il diritto di precedenza nella mobilità territoriale interprovinciale a) docente referente unico del genitore disabile in condizioni di gravità, ma solo in fase di assegnazione provvisoria.*

*Il Ministero dell'Istruzione, escludendo il diritto di precedenza dell'appellante nell'ambito della procedura di mobilità oggetto del giudizio, ha dato applicazione a tali norme della contrattazione Collettiva, delle quali la docente afferma la nullità per contrasto con gli art. 33 L. 104/1992 e 601 D. Lgs. 297/1994.*

*Secondo l'art 33 comma 3, i lavoratori dipendenti, pubblici o privati, che assistano “persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano*

*compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi a etti da patologie invalidanti o siano deceduti a mancanti” hanno “diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere”, e non possono essere trasferiti “senza il loro consenso ad altra sede”.*

*Il D. Lgs. 697/1994 (“Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”) all’art. 601 dispone che “gli artt. 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n.104, concernente l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. Le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”. La giurisprudenza di legittimità ha anche ribadito che l’art. 33 “non consente di limitare il diritto alla mobilità solo alle fattispecie in cui in cui la situazione di handicap del soggetto assistito fosse esistente solo al momento dell’instaurazione del rapporto di lavoro. L’espressione “ha diritto di scegliere”, infatti, non può essere riferita solo al momento iniziale del rapporto di impiego pubblico, in cui è disposta l’assegnazione della sede di lavoro, ma deve essere fatta con riferimento alla ratio generale della L. 104, di approntare strumenti di tutela della persona handicappata. che esaltino la naturale spinta solidaristica nascente dal vincolo familiare e che si aggiungano alle tutele offerte dai pubblici servirsi di assistenza. La centralità di tale concetto di tutela è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza proprio in relazione al momento in cui il diritto della persona handicappata deve essere rapportato al diritto alla mobilità del pubblico dipendente. tanto nel caso che il vincolo di assistenza venga invocato per evitare il trasferimento (Cass. 9.07. 12 n. 9201), tanto che venga invocato per ottenere il trasferimento (Cass. n. 16298/ 2015, ove il dato interpretativo letterale viene rafforzato con la comparazione con il successivo comma 6, che regola la fattispecie della persona in situazione di handicap che chiede lo spostamento di sede, alla quale non viene posta alcuna preclusione e si consente il trasferimento, senza distinguere se la situazione*



*soggettiva sia intervenuta prima dell'instaurazione o in costanza del rapporto di lavoro) ” (Cass. n. 585/2016).*

*Comunque si intenda la procedura di mobilità straordinaria cui ha preso parte anche l'appellante (nell'alternativa fra parte integrante delle formalità del reclutamento nei termini previsti dall'art. 1 commi 96 e seguenti della L. 107/2015, o trasferimento dalla sede originariamente e provvisoriamente assegnata all'atto dell'assunzione. avvenuta appunto nel corso del piano di assunzioni straordinario previsto dai commi appena citati dell'art. 1 L. 107/2015), è indubbio che nella specie si applichi l'art. 33.*

*Ed, a maggior ragione, si impone una simile conclusione quanto all'art 601 del D. Lgs. 297/1994, che alla stessa disciplina legale della mobilità fa espresso riferimento.*

*La presente motivazione parte dall'affermazione che nella materia in esame è decisiva la Direttiva 78/2000, che “stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro” (pacificamente applicabile al rapporto di impiego pubblico, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 3), il cui art. 5 si occupa anche della disabilità, essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno.*

*E' certo, infatti, che le garanzie del diritto dell'Unione per il lavoratore disabile si applichino anche ai casi di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie l'handicap), ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziato in ragione della sua relazione con il portatore del fattore (come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accedere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile, che è ciò che qui specificamente interessa).*

*E tale condizione rientra sicuramente nell'ambito di applicazione delle tutele antidiscriminatorie, come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE, 17 luglio 2008, C-303/06 Coleman secondo cui << il divieto di discriminazione diretta [...] non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato*

*o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è*

*Causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta >>.*

*Ciò detto, la direttiva delinea una nozione di handicap (disabilità) propria del diritto dell'Unione, ricostruibile cioè solo dalla fonte sovranazionale (nella sua complessità e quindi dalla direttiva e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia) e non dal diritto interno, come ha affermato la stessa Corte di Giustizia a partire dalla sentenza 11 luglio 2006, nella causa C 13/05, Chacon Navas — che contiene una prima enunciazione della nozione di “handicap” ai fini dell'applicazione della direttiva.*

*Una definizione ulteriormente argomentata dalla Corte dopo la ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, il cui art. 1, comma 2 definisce disabili coloro che “hanno minorazioni fisiche, mentali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri”.*

*In esito alla ratifica della Convenzione e richiamandone il contenuto, infatti la Corte di Giustizia, nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011, ha affermato che la nozione di «handicap» debba essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori. Inoltre, dall'art. 1, secondo comma, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali debbano essere <<durature>>”.*

*E ancora, secondo il Giudice dell'Unione la stessa nozione “dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile*

*attività” (così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C- 354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata), e senza che rilevi l’origine dell’handicap, così che “se una malattia curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di <<handicap>> ai sensi della direttiva 2000/78 (così Corte di Giustizia, 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C337/11).*

*Quanto al carattere “duraturo” di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l’importanza accordata dal legislatore dell’Unione alle misure destinare ad adattare il posto di lavoro in funzione dell’handicap dimostra che esso ha inteso disciplinare ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per lungo periodo ( sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1° dicembre 2016, Mo. Da. C-395/1 5, punto 54). Così definita la nozione di disabilità, 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 considerando chiarisce che “per determinare 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”.*

*L'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e su ricorso della Commissione Europea, la Corte di Giustizia ha accertato la relativa violazione con la sentenza 4 luglio 2013, Commissione/ Repubblica Italiana. Quindi, con il D.L. n. 76 / 2013, convertito nella L. n. 99 / 2013, il legislatore nazionale ha inserito nell'art.3 D. Lgvo n. 216/2003 il comma 3 bis, secondo il 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”. In conclusione, si impone di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte super-primaria 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, nonché a chi lo assista. di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.*

*Il principio è stato ribadito nella recente sentenza Cass. Sez. Lav. n. 6497/2021, la quale (in materia di licenziamento intimato a) lavoratore disabile) ha ripercorso il medesimo quadro normativo composto dal decreto legislativo n. 216 del 2003 che, adottato in attuazione della direttiva 78 del 2000, ha introdotto il principio di parità di trattamento senza distinzione handicap in favore dei lavoratori con disabilità (parità che per i motivi già detti. si estende altresì ai lavoratori che prestano assistenza a familiari con disabilità), e dal decreto legge n. 76 del 2013, convertito in legge n. 99 del 2013, che ha aggiunto l'obbligo dei datori di adottare accomodamenti*



*ragionevoli per garantire la piena uguaglianza dei lavoratori anche in condizioni di disabilità (uguaglianza che, per gli stessi motivi si estende altresì ai lavoratori che prestano assistenza a familiari con disabilità).*

*In conclusione, secondo Cass. n. 6497/2021, così ricostruito il quadro, era decisivo affermare che, per garantire la parità di trattamento dei lavoratori in tema di disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati devono adottare adattamenti organizzativi ragionevoli secondo un'interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 78 del 2000 (Cass. n. 6798/2018, n. 13649/2019), evitando oneri organizzativi eccessivi. da valutarsi in relazione alle peculiarità l'organizzazione ed alle relative risorse finanziarie, nell'ambito della generale esigenza di mantenimento degli equilibri finanziari (Cass. n. 27243/2018, n. 6678/2019, n. 18556/2019). I diritti del disabile e del care giver devono essere garantiti senza pregiudicare oltre il limite di ragionevolezza posizioni di diritto soggettivo ed interessi di terzi.*

*Infine, secondo l'art 2 della Convenzione di New York del 2006, si considera accomodamento ragionevole la modifica e l'adattamento necessario ed appropriato, che non imponga un carico sproporzionato ed eccessivo, profili questi ultimi da valutare sia rispetto alla complessiva organizzazione datoriale sia rispetto agli altri lavoratori (Cass. 34132/2019).*

*Ora, secondo il Collegio, dalla possibilità concreta di assistere il proprio familiare disabile dipende l'effettiva possibilità per il lavoratore care giver di continuare a svolgere la propria prestazione in condizioni di parità, senza essere posto di fronte all'alternativa tra rinunciare al rapporto di lavoro (svolto con modalità incompatibili con l'assistenza) o all'assistenza al proprio familiare (inconciliabile con condizioni di tempo e luogo della prestazione lavorativa).*

*Ne deriva che, poiché l'art. 33 della L. 104/1992 disciplina una condizione decisiva per la compatibilità effettiva tra lavoro e assistenza (luogo di esecuzione della prestazione lavorativa), l'inciso normativo "ove possibile", a proposito della possibilità per il lavoratore che assista il familiare disabile di scegliere la sede di lavoro - anche in via di interpretazione conforme - deve*



*necessariamente leggersi come coincidente con la nozione di “onere sproporzionato” di cui alla direttiva.*

*Quindi, il limite al diritto del lavoratore che presta assistenza di scegliere la sede di lavoro più idonea a consentirgli lo svolgimento dell’attività di assistenza 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.*

*Applicati tali principi al caso in esame, è pacifico che vi sia una situazione di handicap del padre dell’appellante e che essa svolga assistente come referente unico (elemento non in contestazione).*

*Quindi, il caso in esame rientra sicuramente nell’ambito applicativo del diritto dell’Unione, con ogni conseguenza quanto all’obbligo di interpretazione conforme da parte di questa Corte.*

*Ciò detto, deve allora valutarsi se la norma collettiva sia o meno compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dall’art 33, a sua volta inteso in termini di “onere sproporzionato” per l’amministrazione, laddove vincola l’amministrazione ad assicurare ai lavoratori che assistano genitori disabili nella scelta della sede di lavoro nell’ambito di una procedura di mobilità, non un diritto di precedenza rispetto ad altri candidati che tale assistenza non svolgano, ma solo un punteggio aggiuntivo.*

*Va ribadito che nel caso in esame si discute di trasferimenti a domanda, destinati alla copertura di posti già ritenuti dall’amministrazione vacanti e disponibili, e che quindi si tratta solo di individuare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro.*

*Secondo il Collegio, per l’amministrazione non sarebbe “ onere sproporzionato” assegnare tali posti (già 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- Al contrario, proprio l’assegnazione dei lavoratori care givers a sedi idonee a consentire l’attività di assistenza finirebbe per limitare l’utilizzo da parte degli stessi lavoratori di*

*altri istituti contrattuali (ad esempio il congedo parentale ex art. 45 del D. Lgvo n.151/2001) non privi di conseguenze, sul piano organizzativo, per l'amministrazione scolastica.*

*Peraltro il Ministero, sul punto, non he fornito alcuna allegazione e prova in ordine all'esistenza di tale "onere sproporzionato".*

*Quanto poi alla posizione degli altri docenti interessati al trasferimento, deve certo ammettersi un potere-dovere dell'amministrazione di stabilire, o meglio di convenire in sede collettiva, criteri di precedenza tra più candidati tutti portatori del fattore di protezione (così ad esempio ritenendo prioritaria la posizione dei lavoratori disabili rispetto a chi presta assistenza a familiari, o stabilendo priorità tra questi ultimi, per esempio privilegiando i genitori di minori disabili rispetto ai figli di genitori disabili).*

*Ora, quanto ai lavoratori non portatori del fattore di protezione, che sarebbero obiettivamente svantaggiati dal diritto di precedenza attribuito a tutti i colleghi che assistono familiari disabili. in quanto tale precedenza varrebbe a superare eventuali punteggi più elevati, ritiene il Collegio che già astrattamente il riconoscimento di una simile precedenza non potrebbe porre alcun problema di disparità di trattamento.*

*Anzi, proprio il diritto di precedenza varrebbe a superare la disparità di fatto costituita certamente dalla titolarità, per via di associazione, in capo ai care givers, del fattore di protezione disabilità.*

*Del resto, nell'ambito delle procedure di mobilità qui in esame, né la legge né la contrattazione collettiva attribuiscono al punteggio un rilievo esclusivo e determinante, costruendo piuttosto la procedura anche intorno alle preferenze espresse dai docenti per le varie sedi.*

*In conclusione, riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare coperture 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 determinerebbe alcun "onere sproporzionato".*

*Il pregiudizio che tale precedenza potrebbe provocare alle posizioni di colleghi che non svolgano tale assistenza, non potrebbe ritenersi anti giuridico, sia perché nell'ordinamento scolastico come disegnato dalla disciplina legale e convenzionale il punteggio non rappresenta in sé un fattore preferenziale esclusivo nell'attribuzione delle sedi di servizio, sia perché la precedenza rappresenta appunto lo strumento per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori care givers senza comportare un onere sproporzionato.*

*Giurisprudenza di legittimità*

**Il Collegio è consapevole del contrasto fra la presente decisione e Cass. Sez. Lav. n. 585/2016 (peraltro riferita a norme collettive diverse da quelle qui in esame) nonché Cass. Lav. n. 4677/2021 e da ultimo Lav. n. 35105/2022 (riferite invece alle stesse norme collettive, riguardando analoghi casi di docenti del Ministero dell'Istruzione che, in contrasto con la disciplina collettiva, rivendicano la precedenza ex art. 33 in quanto persone che assistono ascendenti in condizione di handicap grave).**

**Pur a fronte di tali recenti contrarie affermazioni di legittimità, il motivo per cui il Collegio qui ribadisce la propria decisione consiste, fondamentalmente, nel fatto che nessuna delle pronunce ora richiamate abbia in alcun nodo affrontato la questione dell'interpretazione conforme dell'art. 33 L. 104/1992 alla luce del diritto dell'Unione Europea, limitandosi piuttosto ad argomentare la legittimità della disciplina collettiva rispetto a quella legale nazionale, con particolare riferimento al fatto che il riconoscimento selettivo della precedenza (in favore di chi assiste figli e coniuge, piuttosto che favore di chi assiste i genitori) soddisferebbe l'esigenza basilare della pubblica amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e nel contempo rappresenterebbe un corretto bilanciamento degli interessi tra la stessa pubblica amministrazione e il dipendente care giver.**

**In altri termini, secondo il Collegio, i precedenti di legittimità non forniscono ancora una risposta adeguata alla fondamentale questione relativa alla (dis)parità di trattamento del docente che assiste un ascendente condizione di handicap grave rispetto al docente che non sia care giver di alcun familiare. Profilo che, con riferimento ai principi sovranazionali, impone di ritenere la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art. 3, delle disposizioni del CCNI mobilità di interesse, che attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che assistano ascendenti disabili solo un punteggio aggiuntivo e non diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.”**

§ § §

**Sulla mancanza di esigenze organizzative, produttive, economiche e/o di tutela degli interessi collettivi connessi alla buona amministrazione e precedenti rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali posti alla base della L. 104/92 – sulla violazione dell’onere della prova.**

In ordine a tali aspetti si richiama quanto dedotto dal giudice di prime cure nella sentenza impugnata nonché quanto dedotto in atti e alle ulteriori sentenze allegate, ivi compresa la sentenza della Corte di Appello di Firenze che ha ritenuto lesiva per l’amministrazione il dover esitare annualmente le istanze di assegnazione provvisoria o di congedo parentale piuttosto che disporre il trasferimento dei docenti *care givers* di genitori disabili.

§ § §

**E. Riproposizione della questione assorbite e delle difese e delle eccezioni svolte nel giudizio di primo grado ex art. 346 cpc**

La deducente difesa, reitera le difese e le eccezioni svolte nel corso del procedimento di prime cure e che non sono state accolte o che sono state ritenute assorbite dalla decisione oggi appellata.

§ § §

**Violazione dell’art. 3 e 97 della Costituzione e di tutte le altre norme**

**di legge e costituzionali in materia di trasparenza e buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione. Violazione dell'art. 3 della L. n.241 / 90. Sull'onere della prova.**

Il Ministero illegittimamente non pubblica gli elenchi dei docenti non soddisfatti dalle operazioni di mobilità territoriale e non redige delle vere e proprie graduatorie in quanto effettua i movimenti secondo un criterio che non si basa esclusivamente sul punteggio posseduto dai docenti, ma che tiene presente nell'elaborazione dei movimenti dell'ordine di scelta delle sedi effettuata dai docenti in domanda, delle fasi previste dal contratto di mobilità e delle sottofasi e di aliquote.

Tale complessa procedura non consente al Ministero di pubblicare graduatorie.

I bollettini dei movimenti, infatti, sono elenchi con movimenti elaborati e non corrispondono a graduatorie.

*“Ai sensi dell'art. 3 comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'atto amministrativo deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione quando non è possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall'Autorità emanante e sono indecifrabili le ragioni sottese alla determinazione assunta.” (Cfr. per tutte T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 21.06.11, n. 5479).*

Tale precetto normativo mira a consentire al privato la possibilità di vagliare la legittimità dell'azione amministrativa attraverso una valutazione ex post dell'iter logico – valutativo seguito dall'amministrazione, con particolare riferimento ai presupposti di fatto e di diritto in base ai quali un determinato atto è stato posto in essere.

Nel caso di specie l'Amministrazione resistente ha impedito alla ricorrente di indicare in domanda di mobilità il beneficio di legge, senza spiegarne le ragioni poste a fondamento di siffatta determinazione.

Tale mancata “spiegazione giuridica” impone alla deducente di tutelare i propri diritti e quelli della madre alla quale deve prestare assistenza in sede



giudiziaria, in quanto è stata superata da numerosi docenti senza precedenza di legge concorrenti alle fasi precedenti di mobilità e non ha ottenuto il trasferimento nelle sedi richieste.

**Sull'onere della prova**, si richiamano i principi del **Tribunale di Vicenza** di cui **all'ordinanza del 12.11.2016**, che nel procedimento n.1591/2016 RG ha stabilito che per l'accoglimento del ricorso è sufficiente il requisito della *“probabile fondatezza del diritto azionato, riferito alla illegittimità del provvedimento di assegnazione ...”* e che *“... incombe sul MIUR l'onere di fornire la prova della corretta applicazione dei criteri di assegnazione delle sedi, onere che non è stato assolto, non essendo stata allegata l'esistenza di richiedenti titolari di un punteggio maggiore per ciascuno degli ambiti territoriali oggetto delle preferenze espresse dalla ricorrente...”*.

Sul tale aspetto è intervenuto anche il **Tribunale di Firenze, con sentenza n. 574 / 2017 del 13.06.2017, resa nel procedimento n. 3313 / 2016 RG** che ha precisato come *“alla ricorrente non può chiedersi la dimostrazione di ulteriori circostanze rispetto all'unico fatto dalla stessa facilmente accertabile ovvero sia la circostanza di essere stata scavalcata da colleghi con punteggio inferiore. Per contro, sarebbe stato onere di parte convenuta provare documentalmente il corretto operare dell'amministrazione ovvero sia che erano state stilate distinte graduatoria secondo l'ordine di preferenza.”*

### § § §

#### **Sulla istanza di sospensione della esecutività della sentenza impugnata**

Parimenti inammissibile ed infondata, nonché priva di qualsivoglia motivazione o allegazione, è l'istanza inibitoria formulata *ex adverso*.

La Corte di Appello, nel provvedimento di fissazione udienza, ha correttamente rilevato il difetto di allegazioni in ordine alla iniziata esecuzione.

Tanto è sufficiente per il rigetto dell'istanza.

In ogni caso, le motivazioni avanzate da controparte sono infondate in quanto l'USP di Messina ed in generale le amministrazioni scolastiche incaricate, sono solite eseguire i trasferimenti in esecuzione di provvedimenti giudiziale senza

disporre revoche o rettifiche al fine di garantire la continuità didattica, effettuando i trasferimenti in sovrannumero o nell'Ambito territoriale.

Controparte nulla ha allegato in ordine al pregiudizio subito o che potrebbe subire in virtù della esecuzione del provvedimento.

### § § §

#### **Sulla condanna alle spese di lite**

Il giudice di prime cure ha correttamente liquidato le spese di lite ex art. 91 cpc in accoglimento totale delle domande formulate dalla docente, come da dispositivo e secondo i parametri vigenti.

Le censure avanzate sul punto sono errate ed infondate e come tali devono essere respinte.

### § § §

#### **Istanza di trattazione orale**

Per quanto sopra esposto e ritenuto, visti i contrasti giurisprudenziali e le censure preliminari e di merito di cui sopra, il deducente si oppone alla trattazione della causa mediante il deposito di note scritte e chiede che l'udienza già si svolga in presenza con la discussione orale della causa.

### § § §

Tutto quanto sopra premesso e ritenuto, la docente Maria Cristina CARIANNI, *ut supra* rappresentata, domiciliata e difesa, *contrariis reiectis*, chiede sin da ora l'accoglimento delle seguenti domande e

#### **conclusioni**

- 1) In via preliminare, rigettare l'appello avversario perché inammissibile, improcedibile per assenza dei presupposti e requisiti di cui all'art. 342 e segg. cpc, con ogni conseguenza di legge;
- 2) Sempre in via preliminare, rigettare l'appello perché inammissibile, improcedibile ed infondato ai sensi dell'art. 348 bis e segg. cpc per la mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento dello stesso, con ogni conseguenza di legge;
- 3) Sempre in via preliminare, rigettare l'appello avversario perché improcedibile ed inammissibile per omessa notifica ai docenti

controinteressati – pubblicazione degli atti ai sensi dell'art 151 cpc sul sito del Ministero;

4) Nel merito, rigettare l'appello avversario per tutte le motivazioni in fatto ed in diritto di cui al presente atto e per l'effetto accogliere le domande e conclusioni svolte dalla docente CARIANNI Maria Cristina nel ricorso ex art. 414 cpc da intendersi integralmente richiamate e trascritte;

5) In ogni caso condannare controparte al pagamento delle spese, compensi, 15% spese generali, IVA, CPA ed accessori di legge da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario con la maggiorazione del 30% ex DM 55/2014 per l'uso di tecnologie informatiche – collegamenti ipertestuali nella redazione del presente atto.

### § § §

L'Avv. Massimiliano FABIO dichiara che il valore della controversia è indeterminabile e che nulla è dovuto per contributo unificato non essendo stata svolto appello incidentale o altro, che il proprio C.F. è FBA MSM 70D28 F158V e di eleggere domicilio digitale alla PEC massimilianofabio@pec.giuffre.it

L'Avv. Massimiliano FABIO deposita i seguenti atti e documenti:

- 1) [Procura alle liti;](#)
- 2) [Sentenza di primo grado;](#)
- 3) [Atto di appello e provvedimento di fissazione udienza notificato;](#)
- 4) [Fascicolo di parte di primo grado;](#)
- 5) [Sentenza n. 602/23 del 14.09.2023 Tribunale di Vibo Valentia, sez. lavoro;](#)
- 6) [Sentenza n.227/2024 Corte di Appello di Firenze, sez. lavoro.](#)

Sant'Agata di Militello – Messina, 05.09.2024

Avv. Massimiliano FABIO