

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

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

Nell'interesse della Prof. MESSINA Vittorio nato a Messina il 3.12.1964 ivi residente in SS 114 Km 7.700 n. 35 Mili Marina, c.f. MSS VTR 64T03F158N, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina , Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

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

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

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

e nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2021/2022 , scuola secondaria di secondo grado , di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2021/2022, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed



interprovinciale a.s. 2021/022.

\*\*\*\*\*

Il ricorrente è un docente della scuola secondaria di secondo grado, assunto a tempo indeterminato il 1.9.2015, ed attualmente in servizio presso I.C. Pugliatti di Taormina ( doc. 1, 2)

Il ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n 106 del 29.3.021 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3, 3a).

Con la predetta domanda il ricorrente ha chiesto accertarsi quale amministratore di sostegno e referente unico il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi dell'art 33 comma 3 e 5 della legge 104/1992, indicando diversi comuni, scuole e provincie disposti secondo un proprio ordine di preferenza così come consentito dalla stessa normativa di riferimento.

In particolare la docente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole e distretti rientranti nel comune / provincia di Messina/ Catania chiedendo l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che la di lei madre , Sig.ra Scauso Stefana, risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale commissione Inps (doc.4).

Dall'attuale condizione clinica della madre della ricorrente **non è lecito attendersi alcun miglioramento** atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente



peggiorato tanto da divenire irreversibile.

Ne consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua della ricorrente la cui vicinanza appare di fondamentale importanza sia nella gestione pratica e logistica e, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile.

Sicchè con mail e lettera di notifica (doc. 5,6) alla ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 106/2021 attuativa del CCNI del 31.12.2019, prorogato sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare il diniego ( doc. 7, a, b ).

Orbene la ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla l.104/1992 non si è visto riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali .

A fronte di tali evidenti lesione **in data 1.9.021** il ricorrente, si vedrà costretto a recarsi presso la scuola di titolarità, con conseguente irreparabile danno per la madre disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

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

## **DIRITTO**

**1. Illegittimità dell'art 13 del CCNI 019/022 per contrasto con art 2 n. 2 lett.a e segg .direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione**



delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009; Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata; Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro; Mancato assolvimento dell'onere probatorio; Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 3,97 Cost

L'ordinanza attuativa del CCNI 2019/2022 e le clausole in esso inserite sono illegittime per contrarietà alla normativa nazionale, comunitaria nonché ai precetti costituzionali e come tali devono essere disapplicate.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2019/022 con l'art 13 limita (*rectius*: **nega**) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92 sancite dalla Carta Costituzionale.

Più precisamente l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 31.12.2018 testualmente dispone che "Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la



*mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l' operazione a cui si applica".*

Orbene l'art. 13 del CCNI mobilità del 2019/22 afferma (punto 4°) che, *"successivamente" al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, "viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e n a II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, a condizione che sussista una "documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi" e una "documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive".*

Dal tenore letterale del citato punto IV si evince in modo incontrovertibile che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera SOLO ALL'INTERNO E PER LA PROVINCIA IN CUI È UBICATO IL COMUNE DI ASSISTENZA e non quale precedenza assoluta come previsto per altra ipotesi menzionata nel punto I) del predetto art. 13 CCNI.

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

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



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

Ne consegue che l’operatività di tutte le altre ipotesi previste dall’art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, È RISTRETTA ALLA SOLA IPOTESI DI MOBILITÀ PROVINCIALE E NELL’AMBITO DELLA MOBILITA’ ANNUALE e non quale precedenza assoluta creando, pertanto **un palese sbilanciamento degli interessi** in favore del datore di lavoro ( stante le mancate esigenze datoriali) ed una consequenziale **discriminazione diretta ed indiretta** di cui alla direttiva CE 78/00 per il *minor favor* riservato ad alcune categorie di docenti e disabili vietata dalle disposizioni comunitarie e dai precetti costituzionali.

a ) *Sulla violazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta di cui alla direttiva 78/00.*

L’art 13 del CCNI si pone in aperto contrasto altresì con il più alto “**PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE**”, sancito dal Diritto Europeo e dalla Carta Costituzionale, volto a garantire la parità di trattamento fra le persone, e quindi anche dei lavoratori e dei disabili.

Più precisamente detta disposizione pattizia si pone in aperto contrasto con il principio di discriminazione diretta ed indiretta voluto dalla direttiva CE 78/2000 nonché del corretto temperamento e bilanciamento degli interessi del docente ( e del disabile) e della P.A. con eccessivo sbilanciamento in favore di quest ‘ultima.



Ed invero la contrattazione collettiva così operando crea una **evidente ed ingiustificata discriminazione** tra care giver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso care giver intende partecipare ( interprovinciale, provinciale o annuale), ponendo questi ultimo ( ed il disabile) in una situazione di minor favor assolutamente discriminante rispetto ad altri docenti ( e disabili) partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale:

Principi di non discriminazione reiteratamente ribaditi:

1) dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Eu-ropea (Carta di Nizza), secondo cui:

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

b) all'art. 26 stabilisce che *“L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”*;

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

2) dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata dal nostro Ordinamento con



Legge n. 18 del 3 marzo 2009, che conferma, in favore delle persone con disabilità, i principi fondamentali in tema di riconoscimento dei diritti di pari opportunità e di non discriminazione.

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

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

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

Ed invero l'art 2 della predetta direttiva Art. 2. “Nozione di discriminazione” sancisce che “*per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale.*”

Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, ed all'art 3 della predetta direttiva il principio di parità di trattamento si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o





qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva è obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

L'art. 6 della direttiva 2000/78, rubricato «Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età», dispone, al suo n. 1, quanto segue: *«Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, DA UNA FINALITÀ LEGITTIMA, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.*

L'art. 10 della direttiva 2000/78, rubricato «Onere della prova», così dispone: *«1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, **incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.***

Ed è ciò che accade nel caso di specie laddove l'art 13 del CCNI 019/022 nel riservare un trattamento differenziale o meno favorevole ai care giver ed ai disabili( attribuendo



soltanto un punteggio) a seconda dal grado di parentela ed a seconda del tipo di procedura cui lo stesso partecipa, sacrifica in maniera ingiustificata il diritto costituzionalmente garantito alla tutela del disabile ( NON GARANTENDONE LA CONTINUITA') ed alla sua relazione familiare innanzi a non comprovate esigenze organizzative con la conseguenza che opera senza dubbio alcuno un'incitazione a porre il lavoratore innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa e ciò in aperto contrasto con l'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a), della direttiva 2000/78.

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

Ne consegue che dando rilevanza all'art 13 del CCNI si crea una evidente ed ingiustificata discriminazione tra care giver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso care giver intende partecipare ( interprovinciale, provinciale o



annuale), ponendo questi ultimo ( ed il disabile) in una situazione di minor favor rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale: ( *V anche Sul principio di non discriminazione Corte di Appello di Catanzaro con sentenza n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020 , su ricorso patrocinato da questo difensore* ).( doc.8a) e più precisamente:

- a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile;
- b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, ri-conoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza;
- c) ponendo il care giver nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa ed il disabile di vedersi in-giustificatamente negata( non graduata) la tutela e la relazione familiare di convivenza, e ciò in assenza di qualsivoglia legittima ragione giustificatrice stante la sussistenza di posti vacanti e disponibili.
- d) riservando il trasferimento definitivo nella sede del genitore disabile, in favore del solo docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale, e dall'altro, prevedendo l' assegnazione provvisoria nella sede del genitore disabile, in favore del docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento inter-provinciale, al pari del docente (non in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale.
- e) ledendo ed interrompendolo, in maniera consistente e traumatico il legame affettivo e di assistenza tra alcuni disabili



e care giver seppur partecipanti alla medesima procedura ma differenziandoli dal tipo di mobilità e dal diverso grado di parentela esponendo annualmente il care giver al ritrasferimento per mero automatico effetto del mancato rinnovo nell'anno successivo;

f) avvicinando alla sede richiesta solo coloro che pur assistendo un familiare in condizione di disabilità grave sono già collocati in un ambito territoriale vicinore al comune di residenza del disabile da assistere e negando di contro assistenza a chi assiste il medesimo familiare nel caso di mancata assegnazione provvisoria.

g) attribuendo un punteggio aggiuntivo al care giver che assiste il disabile al pari di altri candidati che tale assistenza non svolgono (e ciononostante trasferiti sebbene non portatori del fattore protetto).

Sul punto la Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C- 3003/06 "**Coleman**" ha già chiarito che *"Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. QUALORA UN DATORE DI LAVORO TRATTI UN LAVORATORE, CHE NON SIA ESSO STESSO DISABILE, IN MODO MENO FAVOREVOLE RISPETTO AL MODO IN CUI È, È STATO O SAREBBE TRATTATO UN ALTRO LAVORATORE IN UNA SITUAZIONE ANALOGA, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale*



*lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essen-ziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, UN SIFFATTO TRATTAMENTO VIOLA IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE DIRETTA ENUNCIATO AL DETTO ART. 2, N. 2, LETT. A)". ( doc.9)*

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

Alla luce delle superiori considerazione appare evidente ritenere che l'art 13 del CCNI 019/022 (il cui raffronto con l'art 33 della legge 104/1992 deve essere letto in termini costituzionalmente garantiti, )nella parte in cui prescrive che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza e solo nell'ambito della mobilità' annuale , negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico, OPERA UNA DISCRIMINAZIONE DIRETTA ED INDIRETTA contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi.

*b) Sul mancato contemperamento degli interessi personali del docente ( interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare ) e*



della P.A. (interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale).

A ciò si aggiunga che opinando nel senso voluto dalla contrattazione collettiva si opera un illegittimo sacrificio del diritto di tutela del disabile che invece può essere sacrificato ( nel senso voluto dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite) **SOLO a fronte a esigenze tecniche, organizzative e produttive, ALLEGATE E COMPROVATE da parte datoriale, NON SOLO EFFETTIVE MA ANCHE NON SUSCETTIBILI DI ESSERE DIVERSAMENTE SODDISFATTE**”(Cass. n. 6150/2019, cit.) e non certamente alle non comprovate quanto astratte esigenze della P.A. sulle quali il giudice nazionale è tenuto ad effettuare il dovuto bilanciamento di interessi. (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte ( Sentenza 7945/08) hanno statuito che “ *la posizione di vantaggio ex art. 33, si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del ci-tato art.*



33, comma 5, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l'handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all'ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorché corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr.: Corte Cost. ord. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte costituzionale ha avuto modo anche di ricordare come esaminando alcuni profili della L. n. 104 del 1992, ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ed ha aggiunto anche che essa incide sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a fare superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti”

Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda IN MANIERA CONSISTENTE le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009)(



assenti nel caso di specie) , ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolva in un danno per la collettività, dovendosi operare un bilanciamento tra il diritto all'assistenza dei disabili, tutela-to ex Cost. 32, ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti da Cost.97 (Cass. 7945/2008, 12692/2002), al quale questo giudice è chiamato a pronunciarsi ed il cui onere probatorio incombe sulla P.a.

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

Deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori care giver a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali come l'assegnazione provvisoria non privi di conseguenze sul piano organizzativo per l'amministrazione scolastica aventi durata solo annuale e sono quindi





naturalmente precarie ed in contrasto con l'art.33, co.5 cit. L.104/1992, perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "caregiver" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

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

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

Sul punto il **Tribunale di Messina** su ricorso patrocinato da questo difensore con sentenza del 11.5.021 ( pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della Su-prema Corte n. 4677 del 22.2.021 (che non si è pronunciata sul bilanciamento degli interessi in gioco facendo gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio e non condivisa da numerosi giudici di merito, V. anche Trib. Cosenza Sen-tenza n. 770/2021 pubbl. il



01/04/2021, Sentenza del 8.4.021 Trib Catania ; Tribunale di Benevento sentenza del 8.3.2021 ) ha statuito che “ *l’inciso “ove possibile” fa riferimento ad esigenze organizzative dell’amministrazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, MA NON CERTO ALLE CONDIZIONI SOGGETTIVE DELL’ASSISTITO, SICCHÉ NON CONSENTE UNA GRADUAZIONE DELLE SITUAZIONI DI ASSISTENZA (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela..... il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, OSSIA L’INTERESSE DELL’INVALIDO AD AVERE GARANTITA L’ASSISTENZA FAMILIARE, da un lato, e l’interesse al buon andamento dell’amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall’art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall’art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – NON PUÒ ESSERE OPERATO IN MODO DIFFORME DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.*” (Trib. Messina n. 1073/2021 G.L. dott.ssa Romeo). La ratio della norma va individuata, evidentemente, nell’esigenza di evitare l’interruzione dell’effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa. Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto” (Trib. Messina, sez. lav., ord. 21 novembre 2011).( doc.8,)

La contrattazione collettiva assicurando al docente care giver non un diritto di precedenza al cospetto di altri candidati



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

Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità con l'attribuzione di un diritto di precedenza ( NON DI UN SEMPLICE PUNTEGGIO AGGIUNTIVO) A TUTTI I LAVORATORI CHE PRESTINO ASSISTENZA A FAMILIARI DISABILI ( RIENTRANDO NELLA CATEGORIA PREVISTA DALL'ART 33 C, 3 L. 104/1992) NON DETERMINA ALCUN ONERE SPORORIZZIONATO voluto dalla Direttiva Europea.

La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, DOVRANNO ESSERE VALORIZZATE LE ESIGENZE DI ASSISTENZA E DI CURA DEL FAMILIARE DISABILE DEL LAVORATORE, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed EVITANDO RIFLESSI PREGIUDIZIEVOLI DAL TRASFERIMENTO DEL CONGIUNTO OGNI VOLTA CHE LE ESIGENZE TECNICHE, ORGANIZZATIVE E PRODUTTIVE



NON RISULTINO EFFETTIVE E COMUNQUE INSUSCET-  
TIBILI DI ESSERE DIVERSAMENTE SODDISFATTE (Cass. cit.  
n.25379/2016, Cass. n.9201/2012, Cass 22 marzo 2018, n. 7120)).

A ciò si aggiunga che la Suprema Corte di Cassazione con recente ordinanza del **8.2.2021** ha disposto che *"la disposizione dell'art. 33, comma 5, della .legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, DEVE ESSERE INTERPRETATA IN TERMINI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATI - ALLA LUCE DELL'ART. 3, SECONDO COMMA, COST., E DELLA CARTA DI NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito .un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n.18 del 2009 . dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n.25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere tra-sferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per*



*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".( doc. 10)(*  
V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379)

Sotto tale primo profilo appare evidente che in assenza di di comprovate ragioni giustificatrici ( stante la disponibilità dei posti in capo alla p.a.) tali da giustificare il sacrificio imposto al disabile ed in assenza di un corretto bilanciamento tra il diritto all'assistenza del disabile tutelato dall'art 32 della Cost. ed i principio di buon andamento ed imparzialità della P.A., l'art 13 del CCNI deve essere disapplicato poiché in contrasto con i superiori principi costituzionali e comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi nella interpretazione della legge 104/1992 voluta anche dal Giudice delle Leggi.

Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto.

2.Illegittimità e/o nullità dell'art 13 del CCNI 2019/022 per  
Violazione e falsa applicazione degli artt 2,3,29,32,38 Costituzione;  
Disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento  
trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

L'art 13 del CCNI 2019/022 deve ritenersi altresì illegittimo per contrarietà ai principi costituzionali e come tale deve essere disapplicato anche sotto tale ulteriore profilo.

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

Ed invero il diritto del disabile all'assistenza – tutelato tramite l'assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel



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

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

Pertanto, subordinare, come nel senso voluto dalla contrattazione collettiva , diritti costituzionalmente rilevanti - quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili -a dubbie esigenze organizzative dell'istituzione scolastica( cui grava l'onere della prova) porterebbe in realtà ad un **eccessivo sbilanciamento degli interessi**, dando un'eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro( su cui grava l'onere probatorio) rispetto a quelli, attinenti alla persona (e **discendenti dalle disposizioni**



costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità. (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019).

Sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, ha avuto modo di soffermarsi anche la **Corte Costituzionale**. *“La ratio legis del diritto al permesso mensile retribuito consiste nel favorire l’assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare al fine di tutelarne la salute psico-fisica, quale diritto fondamentale dell’individuo tutelato dall’art. 32 Cost., rientrando tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all’uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.)..... In questo caso l’elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall’esigenza di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell’uomo ex art. 2 Cost. D’altra parte, ove così non fosse, il diritto — costituzionalmente presidiato — del portatore di handicap di ricevere assistenza nell’ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato “normativo” rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio. Se, dunque, l’art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”* (Corte Costituzionale, n.213/2016).



Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante “esterno”, sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con **CIÒ NON POTENDOSI CONSENTIRE CHE POSSA CONCRETIZZARSI UNA PALESE ELUSIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.**

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

**3. Illegittimità dell'art 13 del CCNI 019/022 per Violazione e falsa applicazione degli art 21, 33 della Legge 104/92; legge n.183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art 601 ; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità.**

L'ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate poiché altresì in contrasto con art 33 Legge n. 104/1992 ed art 601 TU scuola.

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





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

Quest'ultima disposizione (art. 601),infatti, non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo RICONOSCONO UN DIRITTO ASSOLUTO, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale, con la conseguenza che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone( si ripete) alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017).

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



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

La predetta disposizione normativa, che anch'essa non pone alcun limite al grado di parentela, **non derogabile**, con l'art. 1, si pone quale finalità quella di garantire il pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia nella scuola nel lavoro e nella società, la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana il raggiungimento della massima autonomia e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle



minorazioni, predisporre interventi volti a superare gli stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata”.

Sul punto il **Tribunale di Monza** con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019 ha sancito che “ E’ palese che l’art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall’art.33, co.3, L.104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all’esercente la tutela legale e “successivamente” al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all’interno della medesima provincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli, “( doc.11)

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



limitatamente alle sedi disponibili secondo l'ordine di preferenza espressa" ( doc.12)

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

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra le tante) con recente statuizione, ha così disposto: *"la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti* (cfr. Trib. Messina, Catania, Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo Valentia, Pisa; Latina, Taranto, Alessandria,) (doc. 13,14,15,16, 17, 18,19,20, 21, 22, 23,24).

Anche sotto tale ulteriore ed assorbente motivo , la ricorrente, referente unico del disabile in situazione di gravità, ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi



dell'art 33 l. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

4 Violazione e falsa applicazione dell'art. 470 del D. Lgs. n. 297/1994; Nullità dell'art. 8 c. 5 CCNI;

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

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo limita fortemente il diritto di partecipazione nelle operazioni di mobilità ai docenti, come la ricorrente, partecipanti alla mobilità interprovinciale, laddove con l'art. 8 c. 5 prescrive che *“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.*

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.**



Tali aliquote sono applicate fatti salvi gli accantonamenti richiesti e la sistemazione del soprannumero provinciale considerando distintamente le diverse tipologie di posto (comune/sostegno).

7. Ai fini della ripartizione dei posti di cui al precedente comma 5, l'eventuale posto dispari, fatto salvo quanto previsto nell'articolo 5 del presente contratto, è assegnato ad anni alterni a favore delle assunzioni in ruolo ovvero delle operazioni di mobilità.

8. Il calcolo dei contingenti di cui al comma 6 del presente articolo viene effettuato arrotondando all'unità successiva, ove possibile, il resto decimale più alto. Qualora il calcolo delle predette aliquote dia luogo ad un numero non intero, questo se pari a 0,5 si approssima all'unità superiore a favore della mobilità territoriale interprovinciale (1).

9. I posti e le cattedre che si dovessero rendere disponibili per effetto dei trasferimenti interprovinciali e dei passaggi di cattedra in uscita e dei passaggi di ruolo vanno ad incrementare le disponibilità in ingresso nel limite delle percentuali indicate al comma 6. Nel caso in cui terminate le operazioni di mobilità territoriale interprovinciale l'aliquota dei posti destinati non venga esaurita i posti residui sono destinati alla mobilità professionale, fatta salva la salvaguardia del personale in esubero sulla provincia.

Qualora all'esito delle operazioni relative alla mobilità professionale, nei limiti del contingente residuo ulteriori posti disponibili, gli stessi verranno destinati a mobilità territoriale



interprovinciale, fermo restando il rispetto del contingente il rispetto del contingente destinato alla mobilità territoriale e professionale.

10. Solo per le classi di concorso risultanti in esubero nazionale di cui all'art. 2, comma 4 del presente contratto nell'a.s. di riferimento (2019/20, 2020/21 ovvero 2021/2022) finché permanga la situazione di esubero suddetta, la mobilità territoriale si effettua sul 100% delle disponibilità determinate al termine della fase II.

11. per il personale di cui all'art. 18 bis del presente contratto, il calcolo dei contingenti di cui ai commi precedenti avviene al termine della fase H bis dell'allegato 1".

SPosti totali

disponibili

Posti destinati alla immissione in ruolo (aliquota 50%)

Posti destinati alla mobilità (aliquota

50%)

di cui l'80% destinati ai trasferimenti

di cui il restante 20% destinati alla

mobilità professionalei allega una tabella esemplificativa del calcolo:

Posti totali

disponibili

Posti destinati alla immissione in ruolo (aliquota 50%)

Posti destinati alla mobilità (aliquota

50%)

di cui l'80% destinati ai trasferimenti

di cui il restante 20% destinati alla



mobilità

professionale

<b>Posti totali disponibili</b>	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
Posti destinati alla immissione in ruolo (aliquota 50%)	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9

<b>Posti totali disponibili</b>
Posti destinati alla immissione in ruolo (aliquota 50%)
<b>Posti destinati alla mobilità (aliquota 50%)</b>
di cui l'80% destinati ai trasferimenti
di cui il restante 20% destinati alla mobilità professionale

Ne consegue che una volta espletata in via prioritaria la mobilità provinciale (prima fase - comunale: trasferimenti tra scuole dello stesso comune di titolarità; seconda fase - in-tercomunale: trasferimenti tra scuole di comuni diversi all'interno della provincia di titolarità), viene disposto un accantonamento, sui posti residui, del 50% per le immissioni in ruolo, del 30% delle disponibilità in favore della mobilità in-terprovinciale e del 20% in favore della mobilità professionale del personale docente, violando, tale irragionevole limite, un enorme pregiudizio ai docenti partecipanti alla mobilità interprovinciale.

Difatti tale disposizione contrattuale si pone in aperto contrasto con l'art. 470 del D. Lgs. n. 297/1994 (c.d. "Testo Unico della Scuola), laddove prevede che: "specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pub-





blica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e di quella territoriale (non con priorità alla provinciale) , nonché per la ripartizione tra posti 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”.

In definitiva la predetta disposizione legislativa ha posto alla contrattazione collettiva il vincolo di procedere alle immissioni in ruolo solo dopo aver completato la procedura di mobilità territoriale (sui posti residui), al cui interno sono da comprendere tanto la mobilità provinciale quanto quella interprovinciale.

La norma contrattuale pertanto così operando ha accordato tale precedenza soltanto alla mobilità provinciale violando tale limite in pregiudizio dei partecipanti, come la ricorrente, alla mobilità interprovinciale

In definitiva la disciplina prevista dal CCNI sulla mobilità del personale del comparto scuola risulta pertanto illegittima per violazione di legge, laddove riserva il 50% dei posti disponibili alle nuove assunzioni e limita la mobilità interprovinciale e professionale al restante 50%, dando la priorità alla mobilità provinciale ed alle immissioni in ruolo rispetto a quella interprovinciale.



A sancire la palese illegittimità della clausola pattizia de quo, è intervenuta, peraltro, l'ordinanza del TAR Lazio n. 2367 del 16.04.2019 che, indagando l'O.M. n. 203/19, applicativa dell'art. 8 del CCNI per il triennio 2019-2022, alla luce del disposto di cui all'art. 490 del D.lgs. 297/94, ne ha sospeso l'efficacia affermando che "fermo il carattere cautelare dell'accertamento, nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni, va data 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 (passaggi di cattedra e di ruolo) 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 rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni".

Sul punto il Tribunale di Verona di recente su ricorso patrocinato da questo difensore ha disposto che "\_\_\_\_\_" (doc. 30)



Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale ( non definitiva) e provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa di cui all'art 2 e segg della direttiva CE 78/2000, con la Carta di Nizza, con i principi Costituzionali, con l'art .33 l. 104/92, art 601 del dlgs 297/1994 ed l'art 8 del CCNi in contrasto con l'art 470 TU scuola conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

**Istanza cautelare ex art 700 cpc**

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

**In ordine al periculum in mora**

Il mancato accoglimento della presente istanza e la necessità di attendere la fine del giudizio determinerebbe un danno grave ed irreparabile per il ricorrente, attesi i tempi del giudizio ordinario.

La stessa situazione familiare della ricorrente che le attribuisce la precedenza di cui all'art. 33 appare infatti sufficiente a far ritenere che il tempo occorrente a giungere ad una



decisione nel merito possa arrecare pregiudizio a beni e diritti di valenza costituzionale che non appaiono suscettibili di riparazione a posteriori. ( V. decreto Trib Asti n.2846/2018 del 18/12/2018)(doc. 25)

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

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

Più precisamente la madre è interdetta nonché portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 3 della Legge 104/92.

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

A ciò si aggiunga che la ricorrente ha già avuto **ricosciuto lo status di referente unico dall'amministrazione statale quale amministratore di sostegno**( doc.26 ).



Il ricorrente unico convivente con la madre disabile Scauso Stefana , risulta amministratore di sostegno ( Varese) .( doc.27, 28,29)

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

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

La chiesta cautela si impone anche sotto ulteriore profilo garantito dalla Carta Costituzionale.

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

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



nazionali contrarie.

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

La ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2021 si vedrà costretto a lasciare il disabile e a prestare servizio nell'attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per la stessa e per la disabile.

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

Per quanto esposto, appaiono dimostrati i requisiti per la richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., tanto sotto il profilo del *fumus* che del *periculum*, atteso il grave ed irreparabile danno che il ricorrente subirebbe qualora l'Ill.mo sig. Giudice adito non adotti il provvedimento cautelare richiesto.

Tanto premesso e ritenuto, il ricorrente, come sopra dom.to, rapp.to e difeso

### CONCLUSIONI

1.Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra ,previa disapplicazione ai sensi degli artt 1339 , 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2021/2022 poiché in contrasto con art 2 della



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

2. Accertare e dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto disapplicare l'art 13 CCNI 2019/2022 per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò per contrarietà alla direttiva Ce 78/2000, Carta di Nizza , nonché ai precetti costituzionali e le disposizioni di cui *infra*.

3. In subordine accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2019/2022 poiché in contrasto la legge 104/1992 ( artt. 3, 21, 33) e dell'art 601 (T.U. scuola) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della presso le sedi rientranti nel comune di Messina , Provincia di Messina, Catania, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei madre** e ciò con effetto immediato;

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



*e del periculum in mora* e contestualmente ex art 700 c.p.c. **emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto del ricorrente con particolare riferimento alla** disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Messina scuola secondaria di secondo grado pubblicato il 7.6.021 con il quale non gli è stato assegnata la precedenza alla ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza alla disabile per gli anni scolastici 2021/2022 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 7.06.021 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il comune/ Provincia di Messina e eseguenti.

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

6. Accertare e dichiarare il diritto di precedenza del ricorrente nelle operazioni di mobilità interprovinciale ai sensi dell'art 470 Tu scuola in relazione ai movimenti provinciali ed alle immissioni in ruolo come illegittimamente previsto dall'art 8 del CCNI 2019/022 e conseguentemente disporre anche in sovrannumero il trasferimento del ricorrente presso una delle sedi





di cui alla domanda secondo l'ordine indicato ( Comune/ Provincia di Messina) e seguenti;

7. In via istruttoria si chiede che l'ill.mo Giudice adito voglia ai sensi dell'art 210 cpc ordinare all'amministrazione resistente di esibire il prospetto delle disponibilità dei posti vacanti e disponibili prima e dopo i trasferimenti interprovinciali , le effettive e concrete disponibilità dei posti nonché il titolo di precedenza vantato dai docenti trasferiti Isaia Maurizio ( presumibilmente con precedenza successiva a quella vantata dal ricorrente) Profiti Isabella e Costa Natale presso le sedi indicate dal ricorrente e comprovanti la presunta precedenza;

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

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato il cui valore è indeterminato lo stesso è pari ad € 259,00 (doc. 27).*

Messina 07.06.021

*Avvocato*

*Vincenzo La Cava*

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

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

considerato altresì che l'elevato numero dei



controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per la ricorrente, formula espressa

istanza

Affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge , ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U.e pertanto

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2021/2022 scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI - Mobilità Scuola 2021/022, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2021/22, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2021/022 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR. <http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami/2> ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

- a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
- b) nome della ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;
- c) sunto dei motivi del ricorso ;
- d) indicazione dei controinteressati genericamente



individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2021/2022 scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l’a.s. 2021/22, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola primaria partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2021/022;

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

Messina 7.6.021

*Avvocato*

Vincenzo La Cava

