

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

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

Nell'interesse della prof.ssa ABBAGNATO Rosaria nata a Palermo il 07.04.1976 e residente in Via Gabriele Bonomo n. 30, C.F. BBGRSR76D47G273I, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

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

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

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI PALERMO, 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 2023/2024, scuola infanzia, 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. 2023/2024, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2023/024.

La ricorrente è una docente della scuola infanzia, assunta a tempo indeterminato il 01.09.2022, ed attualmente in servizio presso l'I.C. "Manzoni - Dina e Clarenza" di Messina (doc. 1, 2).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n. 36 del 1.3.023 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale (doc. 3, 3a).

Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accertarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento 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 Palermo chiedendo l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che la di lei madre, Sig.ra Cavarretta Maria, risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale della commissione medica 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. 45/2022 attuativa del CCNI del 28.1.2022, sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare il diniego (doc. 7).

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

A fronte di tali evidenti lesioni **in data 1.9.023** la ricorrente, si vedrà costretta a recarsi presso la scuola di titolarità di Messina, 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 022/025 per contrasto con art. 2 n. 2 lett. a e segg. direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009; Violazione e falsa

applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata; Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro; Mancato assolvimento dell'onere probatorio; Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 3,97 Cost.

Preliminarmente questo difensore, sebbene a conoscenza del recente orientamento reso della ordinanza n. 35105/2022 Cass., chiede che codesto Ill.mo Giudice voglia pronunciarsi su **fattispecie differente** da quella sino ad oggi oggetto di controversia e non anche sulla sola disapplicazione dell'art. 13 del CCNI 2023/2025 con riferimento ad un eventuale contrasto con l'art. 33 della L. 104/1992 ma bensì in ordine alle specifiche violazioni comunitarie e costituzionali di cui appresso.

Difatti oggetto della presente controversia è la disapplicazione dell'art. 13 per contrarietà non soltanto con l'art. 33 della L. 104/1992 ma bensì con i principi di rilevanza comunitaria, costituzionale come quello di uguaglianza e non discriminazione del soggetto disabile e del lavoratore.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2022/025 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, della Carta

di Nizza, nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile e del lavoratore sanciti dalla Carta Costituzionale.

Più precisamente l'art. 13 del CCNI testualmente dispone che *“Le precedenza riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle operazioni della sola mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I) che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata l'operazione a cui si applica”*.

Orbene l'art. 13 del CCNI mobilità 022/025 afferma (punto 4°) che, *“successivamente” al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, “viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e non 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 **una palese discriminazione e disuguaglianza tra docenti e disabili in identiche fattispecie.**

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

a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile (contrariamente per come avviene se il legame è diverso);

b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza;

c) ponendo il care giver nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa ed il disabile di vedersi ingiustificatamente negata (non graduata) la tutela e la relazione familiare di convivenza, e ciò in assenza di qualsivoglia legittima ragione giustificatrice stante la sussistenza di posti vacanti e disponibili;

d) garantendo il diritto di precedenza assoluto al docente disabile e non anche al figlio unico che assiste il disabile **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;**

e) non garantendo (con l'istituto dell'assegnazione provvisoria) il diritto di tutela costituzionalmente garantito di tutela del disabile ma bensì soltanto quello della P.a.

Appare pertanto *ictu oculi* evidente che l'impianto dell'art. 13 del CCNI tende a tutelare esclusivamente il datore di lavoro e non anche il lavoratore ed il disabile ponendosi in aperto contrasto con il più alto "PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE", sancito dalla direttiva CE 78/2000 (Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni

di lavoro) cui è stata data attuazione con d.lgs 9 luglio 2003 n. 216 ed a cui il giudice interno deve uniformarsi.

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

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

Ed invero l'art 2 della predetta direttiva Art. 2. “Nozione di discriminazione” sancisce che “*per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona é trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone*

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

Orbene secondo tale normativa sovranazionale si configura una discriminazione diretta quando, per uno dei motivi citati, **una persona è trattata in maniera meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona in una situazione analoga, ESATTAMENTE CIO' CHE ACCADE NEL CASO DI SPECIE.**

La condotta di discriminazione indiretta ricorre invece quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto o un comportamento apparentemente neutri, mettono una persona appartenente ad una delle categorie protette in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone a meno che:

a) la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari;

b) nel caso di persone portatrici di handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la Direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente con i principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione criterio o prassi.

La normativa che regola la materia vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma bensì vieta atti di discriminazione a motivo della religione, delle convinzioni personali, **della DISABILITA'**, dell'età e dell'orientamento sessuale della persona, e, per quanto qui ci interessa, ciò che è

vietato è qualsiasi **FORMA DI DISCRIMINAZIONE
BASATA SULL'HANDICAP E SUL GRADO DI
PARENTELA!**

Infatti si parla di un comportamento arbitrario basato sul diverso trattamento che viene riservato al portatore di handicap basato **esclusivamente sul grado di parentela con la persona da assistere, ed al pari il vincolo che lega un figlio al genitore non si comprende perché possa essere diverso a quello di un genitore verso il figlio o di un coniuge verso l'altro coniuge.**

In altre parole è vietato discriminare sono solo i disabili ma è vietato discriminare chiunque a motivo della disabilità, quindi anche persone che non sono disabili, ma che possono essere discriminate a motivo della disabilità del soggetto che assistono, con il limite che le persone non disabili possono essere protette solo se si trovano in stretto rapporto con il disabile.

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

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

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

Ne consegue che, 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 sussistente con il congiunto preposto alla sua assistenza.

Infatti, se si torna a valutare la ratio dell'art. 33 c. 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.

Ed invero 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 giustificherebbe 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.

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 ed alle assegnazioni provvisorie, il diritto di precedenza dei figli referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, realizza **un'ingiustificata disparità di trattamento e discriminazione 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 sovranazionali e costituzionali.

Ne consegue alla luce delle superiori considerazioni che l'art 13 del CCNI in parte qua, creando palese discriminazione, si pone in aperto contrasto con l'art. 2 della direttiva 78/00 e pertanto deve essere dichiarato nullo (In tal senso Trib. Patti 29.3.023) (doc. 8).

A ciò si aggiunga che il superiore principio di non discriminazione è tutelato, per il soggetto portatore di handicap e per il care giver:

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

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

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

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;

Ad esso fanno da *pendant* i due articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che aprono il capo III dedicato all'Uguaglianza, più precisamente l'art. 20, rubricato *“Uguaglianza davanti alla legge”*, secondo cui *«Tutte le persone sono uguali davanti alla legge»* e l'art. 21 – *“Non discriminazione”* – che recita *«1. 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, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi» e l'art 23 della medesima Carta di Nizza laddove statuisce che «La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, **di lavoro** e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

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

**DISCRIMINAZIONE DIRETTA ENUNCIATO AL DETTO
ART. 2, N. 2, LETT. A)"** (doc. 9).

In detta sentenza si ribadisce chiaramente che il trattamento meno favorevole del lavoratore abile rispetto ad altro lavoratore in situazione analoga, per motivi connessi alla disabilità del familiare che il lavoratore assiste, costituisce all'evidenza un vulnus alla tutela garantita alla disabilità.

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

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

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

Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità l'attribuzione di un diritto di precedenza (NON DI UN SEMPLICE PUNTEGGIO AGGIUNTIVO) A TUTTI I LAVORATORI CHE PRESTINO ASSISTENZA A FAMILIARI DISABILI RIENTRANDO NELLA CATEGORIA PREVISTA DALL'ART. 33 C. 3 L. 1047/1992 NON DETERMINA ALCUN ONERE SPORORIZZIONATO voluto dalla Direttiva Europea.

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

Alla luce delle superiori considerazione appare evidente ritenere che l'art. 13 del CCNI 022/025 nella parte in cui 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 nell'ambito della mobilità annuale solo a favore dei genitori o del coniuge del soggetto gravemente disabile, **negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico opera una discriminazione diretta in virtù di un ingiustificato *minor favor* cui vengono trattati sia il lavoratore che il disabile contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi.**

Sotto tale primo profilo il ricorso deve essere accolto e l'art. 13, in *parte qua*, disapplicato per violazione della direttiva CE 78/00 e della Carta di Nizza.

2. Bilanciamento di interessi; Violazione del diritto di tutela della disabilità; Mancato contemperamento degli interessi e dei diritti del disabile e del datore di lavoro

La disposizione contrattuale di cui all'art. 13 del CCNI, oltre a porsi in aperto contrasto con i superiori principi inderogabili nella parte in cui opera la superiore discriminazione tra soggetti in posizioni del tutto analoghe, **non attua certamente un corretto bilanciamento** (voluta dalla Suprema Corte di Cassazione) degli interessi tra il diritto di tutela del disabile sancito (su tutti) dall'art. 32 della Costituzione ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti dalla art. 97 della Costituzione (Cass. 7945/2008, 12692/2002).

Difatti 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 precedenzae.

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.**

Ora nel caso di specie, la lettura dell'art. 33 c. 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.

Ora opinando nel senso espresso dalla Suprema Corte (si ripete non condiviso da numerosi Tribunali) si è sancito esclusivamente il principio secondo cui l'art. 13 del CCNI opererebbe una graduazione fra i diversi titoli (la disposizione contrattuale si riferisce, infatti, a tutti i titoli di precedenza e ad alcuni di essi attribuisce carattere assoluto) e terrebbe conto della distinzione fra mobilità territoriale e mobilità professionale nonché, all'interno della prima, fra spostamenti infra ed extra provinciali e fra mutamenti definitivi e provvisori della sede di assegnazione, stabilendo anche, sempre a tutela della disabilità, **punteggi aggiuntivi da riconoscere al dipendente che assiste l'invalido, punteggi che nelle operazioni ordinarie si risolvono in una precedenza**, seppure non assoluta, a parità di titoli e di anzianità.

La richiamata disciplina, dunque, garantirebbe un bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nelle organizzazioni complesse ed articolate sull'intero territorio nazionale, in

relazione alle quali si rende necessario contemperare le esigenze del singolo dipendente, con quelle, egualmente meritevoli di tutela, di altri titolari di diritti di precedenza.

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

Ne consegue che il recesso del diritto stesso può avvenire solo ove risulti *INCOMPATIBILE* con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, *IN QUANTO SOLO IN TALI CASI* – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945) ma non certamente nel caso di che trattasi (Sezioni Unite della Suprema Corte Sentenza 7945/08).

Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda *IN MANIERA CONSISTENTE* le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009), ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolva in un danno

per la collettività, dovendosi operare un bilanciamento tra il diritto all'assistenza dei disabili, tutelato ex Cost. 32, ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti da Cost. 97 (Cass. 7945/2008, 12692/2002).

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 insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. cit. n. 25379/2016, Cass. n. 9201/2012, Cass 22 marzo 2018, n. 7120).

Ora applicando i predetti principi al caso di specie non si comprende quale possa essere il bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione scolastica né il sacrificio CHE SI DEVE IMPORRE al disabile ed al docente , atteso che nella specie si tratta di TRASFERIMENTI A DOMANDA destinati alla copertura di posti GIÀ RITENUTI DALLA STESSA AMMINISTRAZIONE VACANTI E DISPONIBILI così che occorre solo identificare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro, né si comprende l'onere sproporzionato (*rectius*: il danno) che

l'amministrazione subirebbe nel concedere detti posti con preferenza ai lavoratori che assistono i familiari disabili senza porre alcuna discriminazione legata quanto alla relazione familiare con l'assistito rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione (*sic !!!*), né si comprende quale possa essere il danno arrecato all'amministrazione scolastica qualora si estendesse la precedenza in favore di tutti i parenti ed affini sino al terzo grado operando una graduazione in relazione al diverso grado di parentela all'interno della fase comprendente i soli trasferimenti interprovinciali per come avviene per i trasferimenti provinciali e le assegnazioni provvisorie ove tutti i disabili vengono tutelati come avviene in tutto il pubblico impiego!

In caso contrario deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori care giver a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali come l'assegnazione provvisoria non privi di conseguenze sul piano organizzativo per l'amministrazione scolastica oppure graduando all'interno delle stesse precedenze per i trasferimenti tutti i soggetti parenti ed affini sino al terzo grado che assistono i disabili così come avviene in tutto il pubblico impiego!!!

Merita peraltro aggiungere che la regola contrattualcollettiva che limita la rilevanza extraprovinciale del diritto di precedenza in questione alle assegnazioni provvisorie, che hanno durata solo annuale e sono quindi naturalmente precarie, appare porsi in ulteriore contrasto con l'art.33, co.5 cit., perché tale

disposizione prevede anche che il lavoratore “caregiver” non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

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

Difatti 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 di-ritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto”.

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

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

Ora ribadito che **la tutela della disabilità va contemperata con quella degli altri interessi di rilievo costituzionale**, va detto che l'art. 97 Cost., impone alle Pubbliche Amministrazioni di organizzare i propri uffici nel rispetto, non del solo principio di efficienza, ma anche di quelli di imparzialità e trasparenza, che si risolvono, sul piano civilistico, nella necessità di agire secondo correttezza e buona fede.

Nelle organizzazioni complesse, pertanto, l'amministrazione, a fronte del potenziale conflitto fra più aspiranti al medesimo bene, è tenuta ad adottare criteri predeterminati e trasparenti che **tengano conto degli interessi, tutti meritevoli di tutela, dei dipendenti interessati alla mobilità.**

La L. n. 104 del 1992, art. 33, nel riconoscere il diritto di precedenza "ove possibile", legittima l'apprezzamento degli altri interessi dei quali il datore di lavoro si deve fare interprete e, pertanto, **lascia spazio a graduazioni della precedenza**, comunque riconosciuta, che tengano conto anche del legame

esistente con la persona affetta da disabilità e che valorizzino, secondo un criterio di normalità, il ruolo che l'aspirante al trasferimento svolge nel nucleo familiare.

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 sussistente con il congiunto preposto alla sua assistenza.**

Non è pensabile quindi garantire **la tutela della disabilità esclusivamente dalla previsione di punteggi aggiuntivi e della precedenza nelle operazioni di assegnazione provvisoria e di trasferimento infraprovinciale.**

Ora se è pur vero che la Corte di Cassazione ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, è altrettanto vero che **l'inciso "ove possibile" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro,** in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Anzitutto, non è in discussione il fatto che l'anzidetta disposizione di tutela attribuisca al dipendente che assiste alla persona affetta da handicap grave un diritto soggettivo che non

può espandersi al punto di sopravanzare altri interessi pubblici, pure costituzionalmente protetti (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945 e da ultimo Corte di Cassazione con sentenza n.35105 del 5 ottobre 2022).

Come pure è condivisibile l'assunto secondo cui, nel condurre l'operazione di bilanciamento, le esigenze dell'amministrazione non possono essere limitate soltanto alla limitata prospettiva dell'attribuzione del singolo posto vacante; dovendosi necessariamente tener conto della prospettiva generale di un'amministrazione articolata e complessa, come certamente è quella della scuola, che debba realizzare la finalità generale del buon andamento della macchina amministrativa e del temperamento dei variegati e molteplici interessi di tutti coloro che concorrono, in varia posizione, alle operazioni di mobilità.

Dunque, coerentemente con tale prospettiva, non si nega certamente il legittimo ricorso in sede di contrattazione collettiva alla individuazione di una graduazione fra i diversi titoli che danno diritto a una precedenza al fine di soddisfare, in maniera ragionevole, il predetto temperamento.

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 sussistente con il congiunto preposto alla sua assistenza.

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 prescindersi 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 giustificherebbe 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.

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.

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.

Sotto tale ulteriore profilo appare evidente che non appaiono sussistere, dunque, esigenze ricollegabili al buon andamento della Pubblica amministrazione che, nell'ottica di bilanciamento degli interessi (quello privato dei lavoratori interessati e quello pubblico), possano giustificare una "disapplicazione", sia pur parziale, delle tutele previste dall'art. 33 L. 104/1992, ma di contro, per i motivi di cui *infra*, la mancata tutela della disabilità.

3. Illegittimità e/o nullità dell'art. 13 del CCNI 2022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 2,3,29,32,38,97

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

Con tale ulteriore motivo occorre correttamente interpretare la lettura costituzionale dell'art. 33 c. 5 della L. 104/1992 e conseguentemente acclarare che l'art. 13 del CCNI 22/025 deve ritenersi altresì illegittimo per contrarietà ai principi costituzionali e come tale deve essere disapplicato anche sotto tale ulteriore profilo.

In linea generale l'ordinamento giuridico riconosce a più livelli ed in molteplici ambiti, tra cui quello lavorativo, la tutela delle persone disabili: principi costituzionali (art. 2 principio di solidarietà; art. 3 principio di eguaglianza; art. 4 diritto al lavoro; art. 38 diritto alla educazione ed all'inserimento professionale degli invalidi) impongono, innanzitutto, la protezione dei disabili, nei confronti dei quali è vietata qualsivoglia discriminazione ed è doveroso assumere iniziative di tutela, sostegno e promozione, anche in ambito lavorativo.

Anche a livello di legislazione primaria numerose norme perseguono l'obiettivo della tutela e della promozione delle persone disabili, altresì nel mondo del lavoro: si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'art. 15 St. Lav., al d.lgs. 216/2003, in materia di parità di trattamento, alla legge 68/1999, alla L. 104/1992 (V. Trib. Biella del 4.4.023) (doc. 9a).

Di recente la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza del 8.2.2022 ha disposto che "la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile

convivente, DEVE ESSERE INTERPRETATA IN TERMINI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATI - ALLA LUCE DELL'ART. 3, SECONDO COMMA, COST., E DELLA CARTA DI NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito .un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n.18 del 2009 . dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n.25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza. E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

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

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.

Sul punto la giurisprudenza di merito ha rilevato che *"L'inciso "ove possibile" indica che tale possibilità di scelta non è assoluta, tuttavia correttamente l'appellante ha richiamato la giurisprudenza della Corte di legittimità che, per i rapporti di lavoro pubblico, ha stabilito che il rifiuto di accedere ad una tale richiesta è giustificabile qualora potrebbe determinarsi un danno alla collettività, danno che nel caso di specie non è ravvisabile, atteso che l'appellante è stato assunto in ruolo, seppur in via provvisoria, proprio presso l'I.C. di Spoltore, dove quindi esisteva un posto vacante e disponibile e d'altra parte, nel bilanciamento di interessi contrapposti, IL RILIEVO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE, ALLA SOLIDARIETÀ SOCIALE, ALLA TUTELA DEI DISABILI, PREVALE SULLE ESIGENZE ORGANIZZATIVE DELL'ISTITUZIONE SCOLASTICA, che peraltro nel caso di specie alcun danno patirebbe dalla soluzione prospettata dall'appellante. In relazione quindi alla circostanza che la legge 104/92 non fa alcuna graduazione circa i parenti o affini da assistere, sol richiedendo che il lavoratore sia l'unico in grado di prestare assistenza, va da se che il CCNI 11/4/17, che prevede la*

limitazione del diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale a favore dei soli genitori e del coniuge del soggetto affetto da handicap, contrasta con l'art.33 che ha portata più ampia (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019).

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

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

Sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, ha avuto modo di soffermarsi anche la Corte Costituzionale *“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 di cui agli artt. 2, 3, 29, 32, 38, 97 Costituzione ed il ricorso deve essere accolto.

4. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 21, 33 della Legge 104/92; legge n.

183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità

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

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

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

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".

Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art. 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale (non

definitiva) e provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art. 1418 c.c. **per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 2 della direttiva CE 78/2000, con l'art. 33 c. 5 L. 104/92, art. 601 del d.lgs 297/1994** e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

5. 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 2022/23, 2023/24, 2024/25 viene accantonato il cinquanta per cento delle disponibilità determinate **al termine dei movimenti effettuati in seconda fase (trasferimenti provinciali.)**”*

6. Le operazioni di mobilità del personale docente, relative alla terza fase, sul restante 50 per cento si realizzano nel triennio di validità del presente contratto secondo le seguenti aliquote: il 25% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale 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 è assegnato ad anni alterni a favore delle assunzioni in ruolo ovvero alle operazioni di mobilità; nel 2023/2024 viene assegnato per le immissioni in ruolo.

8. Il calcolo del contingente 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. (1)

9. I posti e le cattedre che si dovessero rendere disponibili per effetto dei movimenti in uscita della terza fase vanno ad incrementare le disponibilità per la mobilità in ingresso nel limite delle percentuali indicate al comma 6. Nel caso in cui terminate le operazioni di mobilità territoriale 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, fermo restando il rispetto del contingente destinato alla mobilità territoriale e professionale.

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

Si allega una tabella esemplificativa del calcolo:

Posti totali disponibili	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
---------------------------------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

Posti totali disponibili	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	
Posti destinati alla immisione in ruolo (aliquota 90%)	0	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9
Posti destinati alla mobilità (aliquota 50%)	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9	
di cui l'80% destinati ai trasferimenti	1	1	2	2	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	6	6	7	
di cui il restante 20% destinati alla mobilità professionale	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	2	2	2	

Posti destinati alla mobilità (aliquota 50%)	0	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8
di cui il 60% destinati ai trasferimenti	0	1	1	1	1	2	2	2	2	3	3	4	4	4	4	5	5
di cui il restante 40% destinati alla mobilità professionale	0	0	0	1	1	1	1	2	2	2	2	2	2	3	3	3	3

Posti totali disponibili	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
Posti destinati alla immisione in ruolo (aliquota 50%)	0	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	9
Posti destinati alla mobilità (aliquota 50%)	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9
di cui il 50% destinati al trasferimento	1	1	1	1	2	2	2	2	3	3	3	3	4	4	4	4	5
di cui il restante 50% destinati alla mobilità professionale	0	0	1	1	1	1	2	2	2	2	3	3	3	3	4	4	4

Ora il CCNI per la mobilità 2022/25 richiama l'art. 10 del CCNL 29/11/07 in cui sono stabiliti i principi per la mobilità territoriale e professionale.

Orbene il CCNL in questione non contiene alcuna espressa deroga rispetto all'art. 470 cit. prevedendo la priorità solo per il personale appartenente a classi di concorso, aree disciplinari, ruoli, aree e profili professionali in situazione di esubero e rinviando per il resto alla contrattazione integrativa.

Ma la contrattazione integrativa, come si è visto, è legittimata ad operare, a pena di nullità, nell'ambito delle sole materie demandate dalla contrattazione collettiva nazionale e **non può dunque sostituirsi a quest'ultima nell'introdurre esprese deroghe rispetto alla fonte legislativa.**

Il che si rivela armonico anche rispetto ai segnalati orientamenti assunti in materia dalla giurisprudenza amministrativa sopra ricordata che, scrutinando l'O.M. attuativa dell'art. 8 del C.C.N.I. per il triennio 2022-2025, alla luce del disposto di cui all'art. 470 del D.lgs. 297/94, ne ha sospeso l'efficacia statuendo che *“fermo il carattere cautelare dell'accertamento, nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni, vada attribuita prevalenza alla prima alla luce dell'art. 470, primo comma, d.lgs. n. 297 del 1994”* (TAR Lazio n. 2367 del 16/04/19; conf. Consiglio di Stato, ord.3722/19, del 22/07/19

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 - intercomunale: 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 25% delle disponibilità in favore della mobilità interprovinciale e del 25% 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 pubblica 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.

Sul punto il Tribunale di Verona con sentenza n. 372/2021 pubbl. il 10/06/2021 su ricorso patrocinato da questo difensore ha sancito il principio secondo cui *“ Si deve allora ritenere che l’art. 470 D.Lgs.297/94 sia tuttora in vigore in veste di norma primaria regolatrice della mobilità dei docenti, con principi che non possono essere sovvertiti dalla contrattazione integrativa. L’art. 2 D. Lgs. 165/01 – nel testo in vigore sino alla riforma introdotta con D.lgs.150/09 - ammette la possibilità che un contratto collettivo deroghi legittimamente a previgenti disposizioni di legge successive al 13.1.94, salvo che queste ultime siano dichiarate espressamente inderogabili. Deve, tuttavia, osservarsi come, nel caso in scrutinio, il CCNI per la mobilità 2019/22 richiami l’art. 10 del CCNL 29/11/07 in cui sono stabiliti i principi per la mobilità territoriale e professionale. Ed il CCNL in questione non contiene alcuna espressa deroga rispetto all’art. 470 cit. prevedendo la priorità solo per il personale appartenente a classi di concorso, aree disciplinari, ruoli, aree e profili professionali in situazione di esubero e rinviando per il resto alla contrattazione integrativa. Ma la contrattazione integrativa, come si è visto, è legittimata ad operare, a pena di nullità, nell’ambito delle sole*

materie demandate dalla contrattazione collettiva nazionale e non può dunque sostituirsi a quest'ultima nell'introdurre espresse deroghe rispetto alla fonte legislativa. Il che si rivela armonico anche rispetto ai segnalati orientamenti assunti in materia dalla giurisprudenza amministrativa sopra ricordata che, scrutinando l'O.M. n. 203/19, applicativa dell'art. 8 del C.C.N.I. per il triennio 2019-2022, alla luce del disposto di cui all'art. 470 del D.lgs. 297/94, ne ha sospeso l'efficacia statuendo che "fermo il carattere cautelare dell'accertamento, nel rapporto tra mobilità e nuove assunzioni, vada attribuita prevalenza alla prima alla luce dell'art. 470, primo comma, d.lgs. n. 297 del 1994" (TAR Lazio n. 2367 del 16/04/19; conf. Consiglio di Stato, ord.3722/19, del 22/07/19).

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, vada 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"*.

Ed invero tale pronuncia è stata confermata anche in sede di appello, dal Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3722/2019, resa il 22.07.2019, nella quale il Collegio, dopo aver premesso che i ricorrenti appellati (interessati a ottenere un trasferimento che li avvicini al luogo di originaria residenza e, quindi, a un aumento dei posti disponibili) hanno ritenuto che la disciplina pattizia privilegiando i nuovi assunti, violi l'art. 470 comma 1 del D.lgs. 16 aprile 1994 n.29, ha accolto la doglianza mossa e ha statuito che *“la norma dell'art. 470 comma 1 è stata attuata, con gli accordi di cui qui si tratta, e pertanto in quella sede avrebbe dovuto essere applicato il principio che lo stesso comma esprime, ovvero la preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine”* .

In tal senso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con ordinanza cautelare del 18/11/2019, ha disposto *“Alla luce della normativa ora illustrata le ragioni svolte da parte ricorrente appaiono fondate, per molteplici ragioni: va, in primo luogo, osservato che la norma invocata è chiara nel delegare alla contrattazione collettiva la regolamentazione della materia, ma individua in maniera assolutamente univoca il fine ultimo che deve ispirare le parti sociali, costituito dal “superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”*. La previsione legislativa, quindi, contrariamente alla contrattazione collettiva, è inequivoca nell'accordare preferenza alle operazioni di mobilità territoriale rispetto alle immissioni in ruolo, che dovrebbero essere

effettuate sui posti residui al termine delle prime.....Del resto, in tal senso depongono anche le modifiche introdotte dal D.Lgs. 150/09 all'art.2, commi 2 e 3-bis, del testo unico sul pubblico impiego, che hanno capovolto l'originario rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione dei rapporti di lavoro pubblici, laddove la contrattazione collettiva nazionale può derogare alle disposizioni di legge soltanto ove la stessa fonte legale lo preveda e nei limiti in cui essa disponga, comminando la sanzione della nullità per le regole contrattuali che derogano alla legislazione senza alcuna autorizzazione. Orbene, è evidente che nel caso di specie il testo dell'art. 470 cit. sia chiaro nell'orientare gli obiettivi che la contrattazione collettiva deve perseguire e, tenuto conto che dall'emanazione della predetta norma, alla sottoscrizione del CCNI del 6.03.2019 sono trascorsi oltre 24 anni, si appalesa nella sua dirompente evidenza la violazione dell'intentio legis ad opera dell'art. 8 CCNI del 6.03.19".

Ebbene i docenti che hanno ottenuto, in virtù di tale disposizione contrattuale, la sede nella provincia richiesta dalla ricorrente **hanno, tutti, minore esperienza e punteggio (essi sono i docenti inseriti nel bollettino dei trasferimenti provinciali, sia i neo immessi in ruolo appena convocati ed in particolare i docenti Cucuzzella Michele, Di Gaudio Maria Rosaria, Di Pisa Emilia, Fricano Maria Giovanna e Salamone Rosaria Rita)** e ciononostante sono riusciti ad ottenere, in virtù di un meccanismo viziato, la sede prescelta e ciò in palese contrasto anche con quanto disposto dall'art. 470 del T.U. nella parte in cui lo scorrimento delle graduatorie secondo l'ordine di preferenza e del punteggio complessivo conseguito **sono gli**

UNICI criteri da utilizzare, nonché dell'art. 28 c. 1 DPR 28 del 487/1994.

In definitiva le superiori disposizioni che evidenziano *ictu oculi* l'intenzione del legislatore di premiare l'esperienza acquisita sul campo sono state clamorosamente disattese dall'amministrazione scolastica e ciò in spregio all'art. 97 della Costituzione violando il principio di correttezza e buona fede, imparzialità e buon andamento che regolano la funzione pubblica.

Sotto tale ulteriore profilo il ricorso deve essere accolto.

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

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

In ordine al periculum in mora

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

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

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla 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 madre della ricorrente, soggetto portatore di handicap, titolari di una posizione protetta dall'ordinamento giuridico.

Più precisamente la madre è portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 3 della Legge 104/92, giusto verbale della commissione medica Inps.

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

A ciò si aggiunga che la ricorrente ha già avuto **ricosciuto lo status di referente unico (sebbene non più previsto a seguito della recente normativa) dall'amministrazione statale** (doc. 11).

La ricorrente è l'unica a potersi prendere cura della madre disabile. Difatti il padre della ricorrente (e marito della disabile) risulta deceduto, mentre la sorella (e figlia della disabile), sig.ra Abbagnato Lucia, è impossibilitata stante le gravi patologie che affliggono il di lei marito, di cui si prende cura (doc. 10, 10a, 10b, 10c).

Ne consegue che la ricorrente è chiamato 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 della 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 né si possono creare le condizioni di andarla a minare, arrivando ad approvare addirittura disposizioni nazionali contrarie.

Ne consegue che devono essere riconosciute la sussistenza attuale di ragioni d’urgenza, stante il pregiudizio

effettivo alla vita familiare da ritenersi irreparabile – come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia di mobilità – giacché non risarcibile per equivalente, ricadendo i relativi effetti lesivi, non su interessi meramente patrimoniali, bensì sulla stessa sfera dei diritti personali, in quanto tali insuscettibili di reintegrazione ex post.

La ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2023 si vedrà costretta 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 il disabile.

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

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

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

CONCLUSIONI

1. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra ,previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2023/2025 poiché in contrasto con art. 2 della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e care giver partecipanti nella

medesima procedura di mobilità operando *minor favor* nei confronti di alcune categorie di docenti (come la ricorrente) e di disabili e di maggiore favore soltanto nell'ambito dei trasferimenti provinciali e nelle c.d. assegnazioni provvisorie;

2. Accertare e dichiarare la sussistenza di posti vacanti nelle sedi indicate in domanda per la procedura di mobilità interprovinciale 2023/025 e conseguentemente dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto dichiarare l'art. 13 CCNI 2023/2025 illegittimo e/o nullo per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò in violazione dei precetti costituzionali di cui *infra*;

3. Accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2025 poiché in contrasto la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art. 601 (T.U. scuola) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della presso le sedi rientranti nel Comune/Provincia di Palermo, **anche in sovrannumero**, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che le 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 della 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 Palermo scuola infanzia pubblicato il 24.05.2023 con il quale non è stata 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 2023/2024 e seguenti, b) disapplicare la nota mail del 24.05.2023 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il Comune/Provincia di Palermo e seguenti;

5. Sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (con riferimento all'art 13 del CCNI 2023/025), per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e della direttiva CE 78/2000 nella parte in cui non riconosce medesimo trattamento a tutti i parenti ed affini sino al terzo grado ponendo delle discriminazione in ordine al grado di parentela che lega il disabile ed il care giver negando a quest' ultimo , in relazione ai trasferimenti interprovinciali, il diritto (seppur condizionato) di precedenza nella procedura di mobilità;

6. Accertare e dichiarare per i motivi di cui infra previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339, 1418, 1419 c.c. e 40 c. 1 ultimo cpv del D.lgs. n. 165/01, dell'art. 8 e 6 del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2025 poiché in contrasto con l'art. 470,

465 del D.lgs. n. 297/1994 nella parte in cui prevede nelle operazioni di mobilità 2023/2024 la priorità ai trasferimenti provinciali rispetto a quelli interprovinciali sui posti ancora disponibili con maggiore aliquota e priorità in favore dei neo immessi in ruolo;

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

8. 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. 12).

Messina 26.06.2023

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 2023/2024 scuola infanzia, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI - Mobilità Scuola 2023/024, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2023/24, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola infanzia partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2023/024 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 2023/2024 scuola infanzia, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l’a.s. 2023/24, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola infanzia partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2023/024;

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

Messina 26.06.2023

Avvocato

Vincenzo La Cava