

TRIBUNALE CIVILE DI TREVISO

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ARTICOLO 700 CON ISTANZA DI RINVIO AL MERITO

E CON ISTANZA DI NOTIFICAZIONE EX ARTICOLO 151 CPC

Per il ricorrente sig. **BLANCO CARMELO** nato a **Ragusa** il **04.01.1981** - Codice Fiscale **BLNCML81A04H163I** rappresentato e difeso ai fini del presente atto come da procura telematica allegata dagli avvocati Angela Maria Fasano (CF: FSNNLM77E50G2730 – PEC: studiolegaleavvocatofasano@pec.it, e Stefania Fasano (CF: FSNSFN84A59G2730 – PEC: stefaniafasano@pec.it ed elettivamente domiciliato presso lo studio delle stesse in Palermo, nella Via Giacomo Cusmano, n. 28. L'avvocato Angela Maria Fasano e l'avvocato Stefania Fasano, dichiarano di voler ricevere ogni comunicazione in relazione al presente procedimento ai seguenti indirizzi PEC: studiolegaleavvocatofasano@pec.it e stefaniafasano@pec.it.

CONTRO

- **IL MIM - MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E MERITO** nella persona del Ministro *pro-tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato di Venezia e domiciliati in P.za San Marco, 63, 30124 Venezia VE..
- **USR VENETO, USR SICILIA** nelle persone dei rispettivi Dirigenti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato di Venezia e domiciliati in P.za San Marco, 63, 30124 Venezia VE..
- **ATP TREVISO– ATP RAGUSA** nelle persone dei rispettivi Dirigenti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato di Venezia e domiciliati in P.za San Marco, 63, 30124 Venezia VE..

E NEI CONFRONTI DEI LITISCONSORTI NECESSARI FACENTI PARTE DELLA MEDESIMA CLASSE DI CONCORSO DELLA RICORRENTE, PER ATP DI COMPETENZA, CHE POTREBBERO SUBIRE PREGIUDIZIO DAL PRESENTE RICORSO.

FATTO



Ai fini del presente ricorso si richiamano, quali precedenti, le due recenti sentenze **rese dalla Corte di Appello di Firenze sul punto, in fattispecie del tutto analoga (n. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021 e del 28/10/2021.**

** ** *

Il ricorrente è un docente della scuola secondaria di II grado, per la seguente classe di concorso: A008 - DISCIPLINE GEOMETRICHE, ARCHITETTURA, DESIGN D'ARREDAMENTO E SCENOTECNICA.

Il prof. Blanco, in particolare, risulta titolare presso la seguente istituzione scolastica: TVPM02000G - LICEO STATALE "ANGELA VERONESE" in Treviso, mentre, vanta la propria residenza in Scicli, in Provincia di Ragusa.

Il ricorrente, pur tuttavia è residente in Provincia di Ragusa, ove abita con entrambi i genitori, ambedue affetti da disabilità grave, ex articolo 3, comma 3 della Legge n. 104/1992.

Invero:

A) Il padre del ricorrente è un malato oncologico – ha subito nel 2019 l’asportazione dell’intero stomaco e presenta, inoltre, (cfr. **all. 1**) una capacità di deambulazione sensibilmente ridotta ex articolo 381 del DPR 495/1992.

B) La madre del ricorrente non deambula in modo autonomo ed è affetta da patologia polmonare, diabete di tipo 2 e cosa ben più grave, è affetta da miocardiosclerosi (cfr. **all. 2**).

Occorre altresì rilevare che gli stessi hanno subito un peggioramento delle condizioni di salute, come di recente attestato dal medico che li ha in cura (cfr. **all. 3**).

Il docente è, inoltre, figlio unico, ragione questa che non vede parenti o prossimi congiunti in grado di potersi occupare dei genitori (cfr. **all. 4**).

Appare evidente, quindi, che il papà disabile grave, soprattutto a causa del deterioramento cognitivo, non è in grado di poter svolgere le attività della vita quotidiana in modo autonomo, essendo necessaria, la presenza costante della ricorrente nella vita del padre.



Medesima condizione per la madre.

Dall'attuale condizione clinica del padre e della madre non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il loro stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile. Dalle condizioni di salute del padre del ricorrente non solo sono destinate ad aggravarsi ma non è lecito ammettersi neanche un minimo miglioramento (il verbale non è più soggetto a revisione). Ne consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua del figlio 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 dei due genitori disabili.

Per le ragioni di cui sopra, il ricorrente ha presentato domanda di ASSEGNAZIONE PROVVISORIA NON AVENDO ottenuto mobilità interprovinciale, precisamente per l'anno scolastico 2023/2024, al fine di essere collocato vicino ai genitori, avendo cura di DOCUMENTARE la propria posizione di precedenza (cfr. **all. 5**)

Ed infatti, ecco, quanto documentato in sede di domanda così come contemplato a pagina 7/7 della domanda in atti” : *104 Genitore (CERTIFICATO 104 Blanco Pietro.pdf del 09-03-2023) 2 ALLEGATO D (ANZIANITÀ-DI-SERVIZIO.doc del 10-03-2023) DICHIARAZIONE ESIGENZE DI FAMIGLIA (RICONGIUNGIMENTO-Ai genitori-personale-nonconiugato (4).doc del 10-03-2023) 3 DICHIARAZIONE LEGGE 104-92 (Dichiarazioni legge 104 genitore_coniuge_figlio_disabile 2023.doc del 11-03-2023) 4 DICHIARAZIONE PUGLISI MARIA GIOVANNA (dichiarazione personale Puglisi Maria Giovanna.pdf del 11-03-2023) 5 DICHIARAZIONE TITOLI POSSEDUTI (TITOLI-POSSEDUTI-TRASFERIMENTI (1).doc del 11-03-2023) 6 Decreto di omologa sostitutivo 104 Puglisi Maria Giovanna (decreto di omologa Puglisi Maria Giovanna.pdf del 11-03-2023) 7 8 Ordinanza giudice Treviso (28465050s.pdf del 09-03-2023) 9 Titolo di sostegno (g - NEBRIJA - 24052022 - 140735 - 011.pdf del 11-03-2023”.*

Pur tuttavia, all'esito finale delle operazioni, il deducente non otteneva alcun movimento (cfr. **all. 6**).Orbene il 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 lesioni il ricorrente, si vedrà costretto a recarsi presso una scuola distante dalla residenza dei soggetti disabili gravi, ex articolo 3, comma 3 della legge n. 104/1992, con conseguente irreparabile danno per entrambi e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

Per tali evidenti ragioni e, al fine di essere riavvicinato ai propri genitori il ricorrente presentava domanda di assegnazione provvisoria 2023/2024 (cfr. **all. 7**). Purtroppo, all'esito delle operazioni di AP per l'anno scolastico 2023/2024, il deducente non otteneva neppure assegnazione nel Comune di residenza del padre e della madre disabili.

Ciò appare ancora più irrazionale, ove si consideri che lo stesso MIM giustifica la negazione della precedenza di cui trattasi per la fase interprovinciale, proprio perché ai docenti come il ricorrente *sarebbe* accordata l'assegnazione provvisoria.

Sicché è del tutto arbitrario estendere quel limite a determinate categorie soggettive di dipendenti in relazione allo specifico legame di parentela esistente con il titolare della condizione di handicap grave. Al riguardo si consideri che nella legge n. 104/1992 le varie categorie di parentela (ossia l'essere genitore, coniuge o figlio del soggetto disabile) sono tutte equivalenti ai fini della tutela ivi prevista.

La mancata attribuzione della sede scolastica di residenza del padre, in fase di assegnazione provvisoria, donde, giustifica il deposito del presente ricorso con istanza cautelare ex articolo 700.

La procedura risulta viziata *ab origine* e come tale illegittima **poiché la PA scolastica procedente ha leso i diritti del ricorrente creando una grave disparità di trattamento** che andrà ad incidere su beni costituzionalmente protetti e quindi: 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, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza; C) ponendo il caregiver 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. D) ledendo ed interrompendolo, in maniera consistente e traumatico il legame affettivo e di assistenza tra alcuni disabili e



caregiver seppur partecipanti alla medesima procedura ma differenziandoli dal tipo di mobilità e dal diverso grado di parentela esponendo annualmente il caregiver al trasferimento per mero automatico effetto del mancato rinnovo nell'anno successivo; E) 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. F) attribuendo un punteggio aggiuntivo al caregiver che assiste il disabile al pari di altri candidati che tale assistenza non svolgono (e ciononostante trasferiti sebbene non portatori del fattore protetto).

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 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.

La procedura di ASSEGNAZIONE PROVVISORIA per l'anno scolastico 2023/2024, resa in danno del ricorrente, risulta viziata *ab origine* e come tale illegittima per i seguenti motivi di

DIRITTO

1.VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE CCNI ASSEGNAZIONI PROVVISORIE Il CCNI allegato (cfr. all. 4) , vigente anche per il corrente anno scolastico così' recita: *"IV.ASSISTENZA g) personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia genitore, anche adottante o chi eserciti legale tutela1 , di soggetto con disabilità in situazione di gravità. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità; h) personale docente*



destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia coniuge o parte dell'unione civile di soggetto con disabilità in situazione di gravità; i) personale docente solo figlio/a individuato come referente unico che presta assistenza al genitore; tale condizione di referente unico, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che il coniuge o eventuali altri figli non sono in grado di effettuare l'assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive; l) ai sensi dell'art. 42 bis del D.Lgs. 151/01 lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole. Ai sensi del D.Lgs. 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono i sei anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i sei anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia; m) lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole di età superiore a sei anni e inferiore a dodici anni limitatamente alle assegnazioni provvisorie interprovinciali. Sono presi in considerazione i figli che compiono i dodici anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i dodici anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia; n) personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia unico parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge o parte dell'unione civile della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto 65 anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (nella sola condizione di assenza di parenti o affini di grado inferiore) o unico affidatario di persona con disabilità in situazione di gravità; tale unicità, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che eventuali altri parenti o affini non sono in grado di effettuare l'assistenza al soggetto con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive. In relazione ai punti g)-h)-i)- n): - la situazione deve essere documentata secondo le disposizioni di cui all'art. 4 dell' O.M. 203 dell'8.3.2019. La condizione di esclusività dell'assistenza al soggetto con disabilità è prevista esclusivamente nei casi di assistenza al genitore o al parente o affine entro il terzo grado e deve essere documentata con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi del D.P.R. n. 445 del 28.12.2000 e successive modifiche e integrazioni. I requisiti debbono sussistere entro la data di presentazione della domanda e la documentazione deve essere prodotta entro la medesima data.



Il ricorrente è docente *caregiver* di entrambi i genitori (cfr. all. 1 bis). Non vi sono altri parenti prossimi che possono prestare assistenza e cure alla madre e al padre.

Appare evidente, quindi, che la PA scolastica nel negare il trasferimento mediante AP non ha fornito valide ragioni oggettive atte a giustificare l'ingiusto sacrificio imposto a beni costituzionalmente protetti, quali il diritto alla salute, rispetto alle esigenze organizzative della PA.

2. 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 PRESTATO 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 COSTITUZIONE.

L'ordinanza attuativa, il CCNI 2023/2024 (cfr. **allegati 8 e 15**) in atti e le clausole in essi 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 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”.

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.

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 impeditive di derogare alla fonte superiore) **ed una conseguenziale 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.**

Ed invero, la contrattazione collettiva così operando crea una evidente ed ingiustificata discriminazione tra caregiver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso caregiver 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 Europea (Carta di Nizza).

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 caregiver 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). 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 caregiver 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.

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 di -chiarendo 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)".

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 - Cass. 23/5/2017 n.12911). È, 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).

3.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 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 contrattual collettiva che impedirebbe la rilevanza di ogni ragione di precedenza nei trasferimenti extra provinciali 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. 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.



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. 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 RICONOSCENDO UN DIRITTO ASSOLUTO, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale.

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).

4.VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE CCNI ASSEGNAZIONI PROVVISORIE II CCNI allegato (cfr. all. 4) , vigente anche per il corrente anno scolastico così' recita: “IV.ASSISTENZA g) personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia genitore, anche adottante o chi eserciti legale tutela1 , di soggetto con disabilità in situazione di gravità. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità; h) personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia coniuge o parte dell'unione civile di soggetto con disabilità in situazione di gravità; i) personale docente solo figlio/a individuato come referente unico che presta assistenza al genitore; tale condizione di referente unico, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che il coniuge o eventuali altri figli non sono in grado di effettuare l'assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente



oggettive; l) ai sensi dell'art. 42 bis del D.Lgs. 151/01 lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole. Ai sensi del D.Lgs. 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono i sei anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i sei anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia; m) lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole di età superiore a sei anni e inferiore a dodici anni limitatamente alle assegnazioni provvisorie interprovinciali. Sono presi in considerazione i figli che compiono i dodici anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i dodici anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia; n) personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia unico parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge o parte dell'unione civile della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto 65 anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (nella sola condizione di assenza di parenti o affini di grado inferiore) o unico affidatario di persona con disabilità in situazione di gravità; tale unicità, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che eventuali altri parenti o affini non sono in grado di effettuare l'assistenza al soggetto con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive. In relazione ai punti g)-h)-i)- n): - la situazione deve essere documentata secondo le disposizioni di cui all'art. 4 dell' O.M. 203 dell'8.3.2019. La condizione di esclusività dell'assistenza al soggetto con disabilità è prevista esclusivamente nei casi di assistenza al genitore o al parente o affine entro il terzo grado e deve essere documentata con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi del D.P.R. n. 445 del 28.12.2000 e successive modifiche e integrazioni. I requisiti debbono sussistere entro la data di presentazione della domanda e la documentazione deve essere prodotta entro la medesima data.

La ricorrente è docente *caregiver* del padre e si occupa della stessa in modo esclusivo (cfr. all. 1 bis). Non vi sono altri parenti prossimi che possono prestare assistenza e cure al padre.

5. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO DELLA P.A. EX ART. 3,97 COST.; VIOLAZIONE DELL'ART. 3, SECONDO



COMMA, COST.,DELL'ART. 26 DELLA CARTA DI NIZZA E DELLA CONVENZIONE DELLE NA - ZIONI UNITE DEL 13 DICEMBRE 2006.

Alla luce delle superiori considerazioni non possono residuare dubbi che la PA ha operato una surrettizia deroga ai principi ed al dettato della legge 104/92 escludendo la operatività della precedenza in parola.

Nel caso di che trattasi è palese la disparità di trattamento perpetrata da parte dell'Amministrazione atteso che la sua condotta difetta di una giustificazione oggettiva e ragionevole che giustifichi la mancata valutazione ed il conseguente mancato riconoscimento del diritto alla precedenza per l'handicap del genitore. Ed invero, non si giustifica dunque la disparità di tratta - mento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierno ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Ed invero, l'art. 33 cit. non effettua distinzioni tra i familiari effetti da handicap grave, all'interno dell'ambito di tutela concesso (se non con il prevedere che ciascuno dei genitori di figlio disabile abbiano diritto, alternativamente, il diritto ai permessi), in particolare non distinguendo il grado di parentela quanto al diritto all'assegnazione del posto di lavoro nella località più vicina alla residenza dell'assistito. Peraltro, diversamente opinando si perverrebbe ad una interpretazione della vigente normativa senz'altro contraria ai principi di eguaglianza e d'imparzialità della p.a. (artt.3 e 97 Cost).

6.SUL SACRIFICIO IMPOSTO AL DISABILE – INTERESSE PRIMARIO DEL DIRITTO ALLA SALUTE PREVALENTE SULLE ESIGENZE ORGANIZZATIVE DELLA PA.

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 (Sen - tenza 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 nonchè 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 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 pronunziata 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

7. DIFETTO DI MOTIVAZIONE - IL DIRITTO ALLA SALUTE NEGATO IN ASSENZA DI VALIDA RAGIONE – DISPARITA’ DI TRATTAMENTO

Il MIM non ha reso motivazione logica, razionale e valida, sul perché una madre debba rinunciare alla cura ed assistenza del proprio genitore.

L’interesse del MIM, in questo caso, è inferiore rispetto al diritto alla salute dei genitori, SICURAMENTE PREVALENTE, poiché DI MATRICE COSTITUZIONALE ED EUROUNITARIA.

Sotto tale primo profilo appare evidente che in assenza 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 il 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.

Nel caso di specie, si 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.

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 di-chiarando 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.

Il MIM 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) edella 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).

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!!!). 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.

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.

COSA INSEGNA LA CORTE COSTITUZIONALE SUL PUNTO

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., rientrante 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).

SULLA NON DEROGABILITA' DELLA NORMA

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



ser -vizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle persone affette da handicap grave.

ONERE DELLA PROVA

A ciò si aggiunga che “L’onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all’esercizio del diritto grava sul datore di lavoro” (Cfr. Cass. Sez. Lav. 18.02.2009) n. 3896). In un caso analogo la giurisprudenza di merito ha sancito che “ il MIUR, su cui gravava l’onere di dimostrare la sussistenza di ragioni impeditive che non hanno consentito di trasferire la ricorrente in Provincia di....., non ha svolto al riguardo alcuna allegazione concreta, limitandosi a richiamare nella sua memoria il fatto che la precedenza è concessa ove possibile e a dichiarare laconicamente che in fase interprovinciale la domanda non era stata accolta”(ord. Tribunale di La Spezia N. 497/2018 del 12 febbraio 2018).

Inoltre la Suprema Corte(doc. 19) con (l’ordinanza del 22 marzo 2018, n. 7120,)precisa che la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell'art. 3 comma 2° Costituzione, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. Corte di Cassazione, 7.6.2012 n. 9201).Le misure previste dall'art. 33 comma 5° devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo Corte di Cassazione, n. 24015/2017).Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro (cfr. sull'onere probatorio Corte di Cassazione, 18.2.2009 n. 3896).

ELEMENTI PER CUI LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE NON PUO’ ESSERE INVOCATA AL CASO DI SPECIE.

Principi espressi e ribaditi con doppia sentenza di appello - con due sentenze (n. 483/2021 del 15/06/2021 e n. 401/2021 del 18/05/2021) della Corte di Appello di Firenze.



Ma vi è di più.

La sentenza del Tribunale di Palermo, della Corte di Appello di Roma, Corte di Appello di Firenze, Tribunale di Napoli e Cosenza – pur discostandosi consapevolmente dalla linea interpretativa suggerita da Cass. n. 4677/2021- appaiono pertanto in linea con consolidata giurisprudenza di legittimità e merito in *subiecta materia*.

Vediamone le ragioni.

Anche il Tribunale di Napoli con Sentenza n. 2158/2022 del 07-04-2022 ha reso identica interpretazione costituzionalmente orientata.

Così anche, la Corte di Appello di Roma (cfr. **all. 10**), con la sentenza allegata, ove evidenzia che: *Va richiamato sul punto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 disp. att. c.p.c., il precedente di questa Corte nella causa r.g. n. 1225/2018 Sezione Lavoro (Pres. est. Panariello), in una fattispecie del tutto analoga rispetto a quella che qui occupa, secondo cui: “4.1. Con il primo motivo l'appellante lamenta l'errata declaratoria di nullità dell'art. 13, punto IV, CCNI 11/04/2017 e l'omessa considerazione del fatto che tale “norma pattizia” rappresenta un equo bilanciamento fra gli interessi del dipendente e del datore di lavoro. Il motivo è infondato. 4 L'appellante non spiega perché mai la rilevanza dell'assistenza al disabile – espressione del dovere costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost. – dovrebbe essere limitata alla mobilità annuale e non estesa pure a quella definitiva interprovinciale. Al riguardo si consideri che la natura personalissima dei doveri di assistenza imporrebbe di riconoscere la stabilità e la definitività del suo adempimento, caratteri assicurati soltanto da un diritto di precedenza nella mobilità definitiva. Dunque privo di ragionevolezza si rivela l'art. 13, punto IV, CCNI cit., secondo cui “Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto di usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare domanda di mobilità”. Inoltre, va considerato che l'inciso “ove possibile”, di cui all'art. 33 L. n. 104/1992, viene costantemente inteso dalla giurisprudenza come riferito alle situazioni organizzative del datore di lavoro, sicché è del tutto arbitrario estendere quel limite a determinate categorie soggettive di dipendenti in relazione allo specifico legame di parentela esistente con il titolare della condizione di handicap grave. Al riguardo si consideri che*



nella legge n. 104/1992 le varie categorie di parentela (ossia l'essere genitore, coniuge o figlio del soggetto disabile) sono tutte equivalenti ai fini della tutela ivi prevista". Risulta evidente che anche nel caso di specie non è in discussione che fosse "possibile" il trasferimento nella sede richiesta dall'appellante al momento della domanda di mobilità per l'a.s. 2017/2018, quanto la legittimità dell'esclusione (introdotta dall'art. 13, punto IV, CCNI cit.) del suo diritto di precedenza ex art. 33 L. n. 104/1992 per effetto dell'assistenza prestata alla madre portatrice di handicap grave. Per l'effetto la motivazione resa dal Tribunale è conforme a diritto e va confermata. Le spese del grado seguono la soccombenza degli appellanti ex art. 91 c.p.c. ".

In particolare, la Corte, in accoglimento delle prospettazioni ricorsuali, valorizza il riferimento alla Direttiva 78/2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro interno, e ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE, 17 luglio 2008, C-303/06 *Coleman* e nella sentenza 11 luglio 2006 causa C13/05, *Chacon Navas*, nonché nella recentissima sentenza Cass. Sez. Lav. n. 6497/2021.

Merita anche particolare attenzione la pronuncia del Tribunale di Cosenza (cfr. **all. 11**) che, con Ordinanza n. 17596-2021 del 29.09.21, ha chiaramente esposto i motivi per cui si discosta dal precedente della Cassazione. In particolare, il Giudice, premettendo di non ignorare il recente intervento della Cassazione, ha ritenuto di discostarsi da tale interpretazione osservando come l'applicabilità dei benefici previsti dalla l. 104/92 al personale della scuola è prevista da disposizione speciale, inserita nel TU della scuola di cui al d.lgs. 297/94 art. 601 che così recita "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. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità". Dunque, il Tribunale di Cosenza ha ritenuto che la precedenza per i soggetti aventi diritto ai benefici previsti dalla l. 104/92 nelle operazioni di mobilità è prevista espressamente dalla legge. Invero, la legge citata è da considerarsi speciale perché atta a disciplinare il comparto scuola.

Ancora, si possono ricordare i seguenti precedenti: Tribunale di Santa Maria Capua Vetere Sentenza n. 2666/2021 del 25/10/2021; Tribunale di Patti sentenza n. 1229/2021; Corte di Appello di Roma con sentenza del 6.10.2021 n. 3222; Tribunale di Messina con sentenza del 14.10.2021 n. 2790 ecc.



Ne deriva, che il contratto sulla mobilità non può violare la norma primaria prevedendo in luogo della mobilità l'assegnazione provvisoria poiché quest'ultimo istituto ha finalità e natura differenti.

Non viene però condivisa l'interpretazione con cui la citata Cass. n. 4677/2021 aveva invece affermato la piena compatibilità delle disposizioni contrattuali con la disciplina fissata dalla legge n.104, in quanto adottate “nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n.104 del 1992 privilegia”.

Il Tribunale di Palermo – dopo aver richiamato i principi stabiliti sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia dalla Convenzione ONU e dalla Commissione Europea in materia dei diritti delle persone con disabilità- ha osservato che l'applicabilità dei benefici previsti dalla legge 104/1992 al personale della scuola, è prevista da disposizione speciale, inserita nel Testo Unico della Scuola di cui al D. Lgs. n. 297/1994. Di seguito, il testo della norma citata. Art. 601 – Tutela dei soggetti portatori di handicap. 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.

Dunque, la precedenza per i soggetti aventi diritto ai benefici previsti dalla l. 104/1992 nelle operazioni di mobilità, è prevista espressamente dalla legge e, segnatamente, da legge speciale atta a disciplinare tale specifico comparto.

Del resto, l'Ordinanza Ministeriale che regola i trasferimenti del personale scolastico è stata più volte dichiarata illegittima dal Giudice Amministrativo, proprio in ragione della mancata precedenza riconosciuta al figlio quale referente unico del disabile grave bisognoso di assistenza.

E più volte lo stesso Giudice Amministrativo ha riconosciuto tale precedenza persino in favore del personale militare.

È appena il caso di ricordare che le disposizioni contenute nella legge 104/92 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.

Com'è noto, le disposizioni contenute nel CCNI sulla mobilità del comparto scuola stabiliscono invece una discriminazione tra i soggetti che prestano l'assistenza al familiare disabile, attribuendo una precedenza ad alcuni e negandola ad altri, sulla base



del rapporto di parentela, finendo così per limitare, se non negare, quei diritti garantiti dalla citata l.n. 104/1992, a tutela in primo luogo del soggetto disabile.

Non va infatti dimenticato che – come acutamente osservato da Corte di Cassazione n.6150/2019- il diritto tutelato dalla l.n. 104/1992 non è tanto quello del lavoratore che assiste il familiare, quanto quello del soggetto bisognoso di assistenza, il quale -in mancanza delle agevolazioni di legge- vedrebbe gravemente limitato il diritto di essere assistito, a causa delle note carenze del sistema pubblico di assistenza, che costringono la rete familiare a farsi carico delle inefficienze della P.A.

SULLA CAUTELARE

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

Il docente sta terminando il congedo biennale, per queste precipue ragioni lo stesso ricorrente è stato costretto a richiedere aspettativa non retribuita per poter riavvicinarsi ai genitori gravemente disabili (cfr. **all. 13**). Il prossimo passo sarà il licenziamento!

Il periculum è quindi imminente.

A)Il pregiudizio, inoltre, si sta consumando non solo in danno del diritto alla salute dei soggetti cui oggi viene negato il diritto all'assistenza, ma anche, in danno della posizione professionale del ricorrente che sta subendo un grave danno curriculare e professionale.

Infatti: i docenti che usufruiscono dell'aspettativa senza soluzione di continuità per 12 mesi non avranno attribuito alcun punteggio. Ciò bloccherà la posizione del deducente Blanco nelle graduatorie, limitando di fatto la sua progressione economica e giuridica, mediante un danno non quantificabile per equivalente.

Non solo!

B)Il disabile, papà del ricorrente, non è autosufficiente e pertanto non è in grado di svolgere autonomamente le più elementari attività quotidiane, né di carattere alimentare né igienico. L'assegnazione del ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza dal papà e dalla mamma, anch'essa disabile certamente cagionerebbe gravi disagi alla vita familiare dello stesso e irreparabile nocumento alle esigenze di cura dello stesso, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.



A ciò si aggiunga che il ricorrente, chiamata a prestare servizio a parecchi km di distanza dal padre con la quale convive è una figura INDISPENSABILE per la cura e l'assistenza che, non può essere privata della necessaria e continua assistenza di cui ha bisogno atteso che nessun'altro parente in linea diretta può provvedervi.

Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con 4. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016). Pertanto, in virtù di una lettura combinata dei valori costituzionali, dei principi di certezza del diritto e affidamento del cittadino, appare giustificata la censura di disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

Dalla documentazione versata in atti, emerge l'irreparabile pregiudizio che tale situazione sta creando alla ricorrente, l'intero nucleo familiare della stessa e, soprattutto, la madre disabile che si vedrebbe 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

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).

Non è tutto: il pregiudizio prodotto in danno della ricorrente è altresì irreparabile, atteso che i relativi effetti lesivi non ricadrebbero su interessi meramente patrimoniali ma andrebbero ad intaccare la stessa sfera dei diritti personali DEL DISABILE GRAVE insuscettibili di reintegrazione ex post. Difatti, le lungaggini del giudizio ordinario del lavoro non consentirebbero di fornire adeguata tutela alla ricorrente nell'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico. In sostanza, è proprio la natura del diritto vantato che consente di ritenere irreversibile ed irreparabile la lesione del diritto. La mamma disabile ha necessità di continue cure mediche che contribuiscono ad aggravare la sfera dell'autonomia personale.

Tale lesione, in quanto incidente su posizioni giuridiche soggettive a contenuto non patrimoniale (diritto alla salute ex art. 32 della Costituzione) ed a rilevanza in genere



costituzionale a quel diritto strettamente connesse - n. cronol. 47297/2016 del 21/11/2016 RG n. 10913/2016 - suscettibile di pregiudizio non ristorabile per equivalente (Cass. n. 8373/2002). Deve quindi ritenersi ricorrere il pericolo di un pregiudizio irreparabile atteso che gli effetti lesivi non ricadono su interessi meramente patrimoniali ma intaccano, nel caso di specie, la sfera dei diritti personali e familiari della lavoratrice, come tali insuscettibili di reintegrazione ex post.

Per tutto quanto sopra

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

CHIEDE

all'Ill.mo Tribunale adito, affinché, ai sensi del combinato disposto degli art. 700 c.p.c. e artt. 669-bis e seguenti c.p.c., Voglia contrariis reiectis,

IN VIA PRINCIPALE

- 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 poiché in contrasto con art 2 della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e caregiver 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;
- 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 2019/20 22 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.
- Dichiarare che il docente ha diritto ad essere assegnato provvisoriamente e fino al 31 agosto 2024, **anche in soprannumero o in potenziamento**, in una delle prime 3 preferenze espresse in sede di domanda di assegnazione provvisoria 2023/2024, secondo l'ordine di gradimento espresso, al fine di poter consentire allo stesso di prendersi cura dei genitori disabili gravi.
- In subordine accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 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 residenza del padre disabile grave, ex articolo 3, comma 3 della Legge n. 104/1992.

- 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: bollettini AP 2023/2024 afferenti alla classe di concorso del ricorrente.

- Conseguentemente disporre il trasferimento presso la sede (scuola/ distretto) rientrante presso il Comune di residenza del padre disabile grave, ex articolo 3, comma 3 della Legge n. 104/1992 o in un comune vicino, anche in soprannumero o in potenziamento.

- In via istruttori a 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 presso le sedi indicate dalla ricorrente e comprovanti la presunta precedenza.

- Si fa richiesta di fissazione della data di udienza per la trattazione nel merito del presente ricorso.

- Si chiede di essere autorizzati alla notifica a mezzo PEC del Ricorso e del pedissequo Decreto di fissazione di udienza alle Amministrazioni interessate.

- Con vittoria di spese da distrarsi in favore dei procuratori costituiti che si dichiarano
antistatari **AI FINI ISTRUTTORI**

- Si depositano in formato telematico i seguenti documenti:

- **1.** Copia documentazione medica padre e verbale accertamento medico legale legge 104/1992 in condizione di gravità.

- **2.** Copia documentazione medica madre.

- **3.** Copia certificati medici recenti genitori.

- **4.** Copia dichiarazione figlio unico e residenza.

- **5.** Assegnazione provvisoria 2023/2024.

- **6.** Copia domanda di assegnazione provvisoria 2023/2024.

- **7.** Copia Ordinanza Ministeriale mobilità 2023/2024.

- **8.** Copia CCNI Assegnazioni Provvisorie vigente 2023/2024.

- **9.** Copia intesa proroga CCNI assegnazioni provvisorie 2023/2024.

- **10.** Copia sentenza Corte di Appello di Roma,



- **11.** Copia sentenza Tribunale di Cosenza.
- **12.** Copia sentenza Corte di Appello di Firenze.
- **13.** CCNI mobilità 2023/2024.
- **14.** Richiesta di aspettativa.

RICHIESTA DI NOTIFICA PER PUBBLICI PROCLAMI

Considerato che notifica nelle forme tradizionali, risulterebbe alquanto gravosa, sia per le oggettive difficoltà nel reperire tutti i nominativi degli eventuali controinteressati, sia per l'impossibilità di identificare tutti i controinteressati con i loro relativi indirizzi, e che, comunque, determinerebbe una dilatazione enorme dei tempi del presente procedimento, così svilendo l'invocata tutela cautelare e la naturale speditezza del rito del lavoro; - tenuto conto del fatto che in casi analoghi i Tribunali civili, Sez. lavoro, hanno individuato quale forma di notifica alternativa alla notificazione per pubblici proclami, la pubblicazione del ricorso sul sito istituzionale del Ministero (nella fattispecie Ministero della Giustizia). Per quanto sopra, si chiede che Codesto On.le Tribunale Voglia autorizzare la notifica del presente ricorso ai sensi dell'art. 151 c.p.c., attraverso la pubblicazione del testo integrale del ricorso e del relativo provvedimento di fissazione udienza sul sito internet del Ministero della Giustizia nella pagina a ciò dedicata o, in via subordinata, alla pubblicazione per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c..

DICHIARAZIONE DI VALORE

Ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. n. 115/2002 si dichiara la controversia è di valore indeterminabile ed il contributo unificato è di €259,00.

Palermo, addì 05.10.2023

avv. Angela Maria Fasano avv. Stefania Fasano

