

**TRIBUNALE CIVILE DI TRAPANI- SEZ. LAVORO**

**Ricorso**

Della sig.ra **Cavarretta Maria Grazia** (C.F. CVRMGR71P59F061H) nata a Mazara del Vallo (TP) il 19/09/1971 e residente a Castelvetro (TP), Via Tagliata, 2 ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv. Alessio Ardizzone (CF. RDZLSS75P14G273F), pec: [alessioardizzone@pec.it](mailto:alessioardizzone@pec.it) – fax 091/6195380, e Christian Conti (CF. CNTCRS73T06C351T), pec: [avv.conti@pec.it-fax](mailto:avv.conti@pec.it-fax) 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente, giusta procura in calce al presente atto

**CONTRO**

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

**e nei confronti di**

tutti i docenti della scuola primaria - posto comune – controinteressati indicati in ricorso nonché inseriti nei bollettini per i trasferimenti per gli anni scolastici 2022/2023 e 2023/2024 del personale docente di ruolo pubblicati dal MIM – USR Sicilia nel sito web dell'A.T. Trapani che hanno ottenuto il trasferimento interprovinciale all'esito di tali procedure di mobilità

\*\*\*\*\*

I) La Sig.ra Cavarretta, assunta dal Ministero dell'Istruzione con contratto a tempo indeterminato come docente di scuola primaria, è titolare presso l'istituto AURORA GELLI di Campi Bisenzio (Fi).

Negli AA.SS. 2022/2023 e 2023/2024 la stessa presentava domande di mobilità senza però sortire l'effetto sperato. Più precisamente, nelle due citate domande di mobilità (**All. ti 1 e 2**) faceva valere il proprio diritto di precedenza nei movimenti allegando tutta la documentazione afferente al diritto di precedenza per l'assistenza prestata alla propria madre, Sig.ra Crispino Anna Maria, disabile grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 L. 104/92 (**All. 3**), senza mai ottenere il movimento richiesto, in quanto del tutto illegittimamente il CCNI sulla mobilità non prevede, in fase di richiesta di mobilità interprovinciale, la precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992.



Successivamente la ricorrente presentava domanda di assegnazione provvisoria per l'A.S. 2023/2024, anche questa volta allegando la documentazione atta a dimostrare l'esigenza di assistenza alla madre portatrice di handicap grave. A seguito di ciò otteneva l'assegnazione provvisoria (limitatamente all'A.S. 2023/2024) presso l'I.C. Pertini di Trapani (**All. 4**).

Da qui il presente ricorso affidato ai seguenti motivi di diritto

\*\*\* \*\*

**IN VIA PRELIMINARE SUL CONTRADDITTORIO NEI CONFRONTI DEI  
DOCENTI CONTROINTERESSATI**

Com'è noto, in caso di ricorsi in materia di procedura di mobilità docenti, la Corte di Cassazione recentemente ha statuito il seguente principio di diritto (Cass. Sez. lav. 36356/2021): *“La pretesa con cui un docente di ruolo della scuola pubblica richiede il trasferimento in altra provincia, sulla base delle procedure previste dalla normativa di legge e dalla contrattazione collettiva, ha natura di azione di adempimento, alla cui introduzione è sufficiente la deduzione dell'inosservanza di regole di scelta favorevoli a tale docente e cui la P.A. era vincolata, mentre la questione in ordine alla effettiva spettanza di quel posto proprio a chi agisce e non ad altri concorrenti attiene soltanto al piano della prova o a quello della fondatezza nel merito e va definita sulla base dell'intero materiale istruttorio, acquisito o legalmente acquisibile in causa e comunque nel contraddittorio di tutti i candidati concorrenti rispetto a quel medesimo posto e di coloro cui esso sia stato in concreto attribuito”. Nel caso di specie (come nella fattispecie esaminata dalla Ecc.ma Corte di Cassazione) il litisconsorzio non è stato realizzato in primo grado con la conseguenza che l'esame della domanda giudiziale non avrebbe potuto avere corso, sul piano istruttorio, se non previa costituzione del contraddittorio mancato. Con la conseguenza che se il giudizio viene celebrato senza la partecipazione di tutti i **litisconsorti** necessari, è affetto da **nullità** assoluta, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche d'ufficio”.*

Ancor più recentemente tale principio è stato fatto proprio anche dalla Corte di Appello di Palermo che, richiamando il suddetto principio della Cassazione definendolo come *“orientamento recente e autorevole”*, ha dichiarato la nullità della sentenza di primo grado proprio in considerazione della disintegrità del



contraddittorio per mancata notifica del ricorso introduttivo nei confronti dei docenti controinteressati (cfr Corte appello Palermo sez Lavoro sent. n. 942/2022).

Da quanto sopra discende la necessità di chiamare in giudizio tutti i docenti partecipanti alle procedure di mobilità oggetto del presente ricorso.

**NEL MERITO:**

**1**

**VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2 BIS E 33, V COMMA L. 104/1992**

Come si evince dalla documentazione allegata (cfr autodichiarazione esigenze famiglia - **All. 5**) la ricorrente è l'unico soggetto che può dare assistenza alla propria madre con la quale convive, in quanto i fratelli della stesa non possono prestare la necessaria assistenza per i motivi oggettivi meglio indicati nelle autodichiarazioni allegate (**All. 6**), tanto è vero che la docente oltre ad avere ottenuto, come sopra esposto, l'assegnazione provvisoria ha usufruito dei permessi ex lege 104/1992, debitamente autorizzati dal dirigente scolastico (**All. 7**) per poterle prestare assistenza.

Tuttavia, la legge prevede una tutela ampia per il disabile: ed infatti l'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992 testualmente stabilisce che *“il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.”*

Come è noto tutta la materia della tutela della disabilità è disciplinata, fondamentalmente, dalla l. 104/1992 che negli anni ha subito varie modifiche frutto, soprattutto, dell'applicazione di principi e di norme di derivazione euro-comunitaria. La suddetta legge, inoltre, è stata oggetto di vari interventi interpretativi da parte di copiosa giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale. In materia poi, come sopra detto, vi è stato un decisivo intervento del diritto euro comunitario che ne ha ulteriormente chiarito alcuni aspetti e rafforzati altri.

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



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

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

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

Il tutto con evidente violazione della stessa L. 104/1992, la quale oggi prevede esplicitamente inserito e normato il divieto di discriminazione diretta ed indiretta dei disabili di derivazione euro-comunitaria.

Infatti, l'esclusione di tutta una categoria di docenti dalla possibilità di usufruire della precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992, si pone in contrasto con il principio di divieto di discriminazione ex art. 2, D.L. 105/2022 (di Attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio) il quale testualmente dispone “ *Alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo l'articolo 2 e' inserito il seguente: «Art. 2-bis (Divieto di discriminazione). - 1. E' vietato discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici di cui all'articolo*



**33 della presente legge, agli articoli 33 e 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, all'articolo 18, comma 3-bis, della legge 22 maggio 2017, n. 81, e all'articolo 8 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonche' di ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura".** Alla luce di quanto sopra risulta palese la violazione di tale norma di fonte euro-comunitaria stante che l'art. 13, punto IV del CCNI mobilità, riconosce in assoluto la precedenza per l'assistenza al coniuge mentre limita tale diritto per l'assistenza al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità solo ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella fase II dei trasferimenti tra comuni della stessa provincia. **Pertanto il suddetto diritto di precedenza viene espressamente escluso nella fase III ossia per i casi di mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale. Tale disciplina pattizia introduce un intollerabile diverso trattamento tra docenti genitori o coniugi rispetto ai figli di persona in stato di disabilità grave, ovvero proprio quella discriminazione vietata per legge!**

A differenza da quanto sostenuto dalla Giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr Cass. Civ. ordinanza n. 4677/2021 e Cass. Civ. Sent. n. 3255/2022), l'art. 13 CCNI non pone limitazioni al diritto di precedenza de-quo, **ma la esclude totalmente in via generale ed astratta per tutta una categoria di docenti che, come l'odierna ricorrente, richiedono mobilità interprovinciale.**

Sul punto va citata la sentenza della Corte di Appello di Roma che, analizzando proprio il sistema delle precedenze delineato dall'art. 13 CCNI mobilità docenti, ha esplicitamente affermato “..... in concreto appare evidente come la normativa in esame garantisca il diritto al trasferimento con il solo limite rappresentato dalla salvaguardia di esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro, che costui ha l'onere di allegare e dimostrare di volta in volta e non in astratto (cfr. C. App. Sentenza n. 1984/2021 pubbl. il 17/05/2021 qui richiamata anche ex art. 118 c.p.c. Disp. Att.). **E' quindi chiaro come la norma pattizia, nella parte in cui esclude in ogni caso il diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale senza una verifica, in concreto, di situazioni ostative, aventi la natura sopra specificata, è in contrasto anche solo con la normativa statale.** Del resto anche in questa sede le Amministrazioni appellanti non hanno rappresentato



*circostanze impeditive concrete ed effettive all'ammissione della Marianna Maiorello alla procedura di mobilità interprovinciale con diritto di precedenza” (Sentenza n. 442/2023 pubbl. il 20/02/2023 **all. 8**).*

Ed ancora il Tribunale di Patti con la sentenza n. 573/2023 del 23.03.2023 (**All. 9**), in aperto dissenso dai suddetti principi espressi dalla Corte di Cassazione, ha evidenziato che “..non è condivisibile la prospettazione secondo cui l’istituto previsto dall’art. 33 co.5, L. 104/92 non sarebbe afferente a diritti fondamentali e, conseguentemente, le posizioni giuridiche potrebbero essere regolamentate o comprese di fronte ad altri concorrenti ed altrettanto rilevanti diritti ed interessi normativamente protetti. A tal proposito, va premesso che la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali”. Ed ancora “Dunque, la lettura dell’art. 33 co. 5 l. 104/92 non consente certamente di ritenere che sia consentito prevista una diversa tutelabilità della condizione del soggetto disabile in relazione alla diversità del rapporto di parentela sussistente con il congiunto preposto alla sua assistenza: la disposizione mira soltanto a garantire l’assistenza al disabile, senza che da tale normativa 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 del medesimo grado, come nel caso di specie. Conseguentemente, l’art. 13, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l’a.s 2022/25, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell’ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l’assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, comprime in maniera significativa l’effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione”.

Pertanto conclude il Tribunale di Patti “Dunque, va riaffermato che il diritto all’assistenza al disabile può certamente subire limitazioni e bilanciamenti con le esigenze organizzative dell’amministrazione, come pure può ritenersi ammissibile che l’amministrazione scolastica, nell’ottica della realizzazione della finalità di buon andamento dell’amministrazione e contemperamento degli interessi portati dalle altre categorie di soggetti titolari di diversi diritti di precedenza, utilizzi lo strumento della contrattazione collettiva per stabilire il punto di tale bilanciamento, attraverso l’individuazione di una graduazione di tali precedenze. **Tuttavia, tale graduazione**





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

**2**

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

L'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992 testualmente stabilisce che “*il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.*”

Tale norma di legge è stata violata dal CCNI: ed infatti, per quanto concerne il sistema delle precedenzae, l'art. 14 del CCNI in questione dispone che “*il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, **non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità;** al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”.*

Al fine di evitare equivoci, si devono fare in questa sede alcune precisazioni per una corretta decisione dell'odierna fattispecie, **che non può essere decisa con un semplice richiamo della Cassazione Civile n. 585/2016, del recente orientamento espresso in materia dalla Cassazione con l'ordinanza n. 4677/2021 e dalla successiva sentenza n. 3255/2022 nonché dalla stessa Corte di Appello di Palermo.**

Innanzitutto c'è da dire che la Giurisprudenza sopra citata, non tiene in considerazione il divieto normativo di non discriminazione introdotto nella stessa L. 104/1992 all'art. 2 bis. In secondo luogo la stessa **non esamina l'incidenza delle disposizioni e dei principi dell'Unione Europea** che invece in altri comparti la stessa Suprema Corte ha ben presenti (cfr Cass. Civ. ordinanza n. 6150/2019).

Sul punto, la **Corte di Appello di Firenze con l'esemplare sentenza n. 521/2020 del 08.10.2020** (tale sentenza è stata confermata dalla stessa **Corte di Appello di Firenze con le sentenze n. 483/2021 del 15/06/2021, n. 401/2021 del 18/05/2021 e n. 375/2022 del 21.06.2022**), ha dichiarato la nullità della contrattazione collettiva nel



punto in cui non ha riconosciuto la precedenza ex art 33, V comma, L. 104/1992 al docente che presta assistenza continuativa al parente riconosciuto portatore di handicap grave ex art. 3, comma 3, L. 104/1992. Sostiene in modo ineccepibile la Corte di Appello che in tale materia non possa prescindersi dall'art 5 della Direttiva n. 78/2000 “*essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno*”. Ebbene, la corretta interpretazione della normativa comunitaria e della conseguente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (che tra l'altro ha sanzionato l'Italia per non avere adeguato la propria normativa interna alle direttive comunitarie), “***...impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte super primaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adottare, nei limiti di sforzo non sproporzionato, la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto***”.

Ciò concretamente significa che “*...riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità, l'attribuzione di un diritto di precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 104/1992 non determini un “onere sproporzionato” e ciò in quanto “.....la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non costituente per l'amministrazione un onere sproporzionato per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori **care givers**”* (Conf. Tribunale di Palermo- sez. Lavoro n. 1742/2020).

Ancor più recentemente sempre la Corte di Appello di Firenze **con la sentenza n. 348/2023 del 16.05.2023 (All 10)**, ha ulteriormente ribadito le argomentazioni sopra riportate aggiungendo però altri convincenti argomenti che non possono che condurre all'accoglimento delle domande della ricorrente. In ordine all'obbligo del datore di lavoro di adottare accomodamenti ragionevoli al fine di garantire il rispetto della parità di trattamento delle persone con disabilità, la suddetta sentenza della Corte di Appello di Firenze precisa “*....deve allora valutarsi se la norma collettiva sia o meno compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dall'art. 33, a sua volta inteso in termini di “onere sproporzionato” per l'amministrazione, laddove vincola l'amministrazione ad assicurare ai lavoratori che assistano genitori disabili nella scelta della sede di lavoro nell'ambito di una procedura di mobilità, non un diritto*





*di precedenza rispetto ad altri candidati che tale assistenza non svolgano, ma solo un punteggio aggiuntivo. Va ribadito che nel caso in esame si discute di trasferimenti a domanda, destinati alla copertura di posti già ritenuti dall'amministrazione vacanti e disponibili, e che quindi si tratta solo di individuare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro. Secondo il Collegio, per l'amministrazione non sarebbe "onere sproporzionato" assegnare tali posti (già destinati a essere coperti), con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili, senza distinzione quanto alla relazione familiare con l'assistito, rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione".*

Pertanto **"In conclusione, riguardo all'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità, l'attribuzione di un diritto di precedenza (e non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dall'art. 33 comma 3 L. 1044992 non determinerebbe alcun "onere sproporzionato".** In ultimo si evidenzia come la medesima Corte di Appello di Firenze, al fine di fugare ogni dubbio interpretativo, ha affermato di essere ben consapevole del contrasto con la Cassazione n. 585/2016; 4677/2021 ed in ultimo con la sentenza 35105/2022, tuttavia il collegio ha ritenuto che *"..nessuna delle pronunce ora richiamate abbia in alcun modo affrontato la questione dell'interpretazione conforme dell'art. 33 L. 104/1192 alla luce del diritto dell'unione europea, limitandosi piuttosto ad argomentare la legittimità della disciplina collettiva rispetto a quella legale nazionale, con particolare riferimento al fatto che il riconoscimento selettivo della precedenza (in favore di chi assiste figli e coniuge, piuttosto a favore di chi assiste i genitori) soddisferebbe l'esigenza basilare della pubblica amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e nel contempo rappresenterebbe un corretto bilanciamento degli interessi tra la stessa pubblica amministrazione e il dipendente care giver.."*

Anche la Corte di Appello di Roma inoltre con la recente sentenza **1396/2023 del 2 maggio 2023 (All. 11)** ha ribadito l'inderogabilità dei principi eurounitari da parte del CCNL: si riportano all'uopo alcuni passi salienti della pronuncia allegata *"Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dell'Unione ha avuto rilievo importante anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non soltanto per la sua opera d'interpretazione della Direttiva sopra citata, ma anche per l'enunciazione delle*



*forme di tutela da garantire ai soggetti portatori di fattori di rischio, che ha raggiunto la massima estensione possibile. Tale percorso è stato segnato dall'individuazione dei principi generali del diritto comunitario e dal novero dei diritti fondamentali che dei primi costituiscono parte integrante, tra i quali compare il divieto generale di discriminazione. In particolare, la Corte di Giustizia ha chiarito che le disposizioni in materia di discriminazione per disabilità hanno una porta generale (sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA) e ampia...La Corte di Giustizia ha anche chiarito (sentenza del 19 aprile 2016, Dansk Industri, C-441/14) che il principio di non discriminazione opera, nel rispetto del canone dell'effettività, "persino in controversie tra privati" e "obbliga i Giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio" e a disattendere le eventuali interpretazioni contrarie date in precedenza e ciò anche quando la Direttiva non risulti applicabile ovvero quando il Giudice si trovi nell'impossibilità di procedere a un'interpretazione conforme del diritto nazionale. Dunque, proprio la tensione dell'ordinamento a garantire la massima tutela del disabile e, a tale scopo, anche al lavoratore che gli presta assistenza, offre all'interprete un robusto parametro esegetico per verificare, in caso di controversia, se sia o meno legittimo il trattamento normativo riservato soltanto a determinate categorie di soggetti che assistono il disabile, ovvero soltanto a determinate tipologie di assistenza in suo favore. Pertanto, poiché ex art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001 il CCNL è fonte normativa primaria che deve perciò accordarsi pure con l'ordinamento comunitario, ne deriva che l'eccezione contenuta nella nota 6 dell'art.13 del CCNI è illegittima per il solo fatto della sua difformità dal diritto dell'Unione".*

I principi sopra esposti erano già stati esposti in modo molto chiaro e puntuale anche dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 6150/2019 del 01.03.2019. Tale ordinanza ha il merito di aver approfondito innanzitutto la *ratio* dell'art. 33, V comma, L. 104/1992 ed inoltre ha affermato che "la previsione di cui al citato comma 5 dell'articolo 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e cio' sul presupposto che il ruolo delle famiglie "resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori



*di handicap" (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005)". Nella medesima ordinanza la Cassazione in modo inequivocabile ha altresì affermato che "ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro piu' vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'articolo 33, comma 5 cit., non vi e' dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro..omissis.. Tale bilanciamento, come gia' statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovra' valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale". Incombe sul datore di lavoro "l'onere di dimostrare l'impossibilita' di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili..."*

### 3

#### **SUI POSTI DISPONIBILI**

Prima di scendere nella disamina di tale punto va necessariamente premesso che, in materia di impugnativa della procedura di mobilità, la Corte di Cassazione (cfr Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 10/11/2021) 23/11/2021 N. 36356) ha opportunamente chiarito come la relativa domanda giudiziale “...**ha la natura propria di un'azione di adempimento**”.

Da ciò deriva, pertanto, che l'azione proposta deve essere qualificata come azione di adempimento contrattuale (alla corretta esecuzione del trasferimento nell'ambito della procedura di mobilità); pertanto stante la natura dell'azione di adempimento, più correttamente spetta all'amministrazione l'onere della prova di avere adempiuto correttamente secondo quanto stabilito dalla stessa Cassazione nella nota sentenza del 2008.

Fatta la superiore necessaria premessa, si può scendere nel merito del presente punto. Come emerge *per tabulas* dai bollettini trasferimenti validi per gli AA.SS. 2022/2023 e 2023/2024, (**All,ti 12 e 13**) numerosi sono stati i trasferimenti di docenti in ambito comunale, provinciale ed interprovinciale ad ottenere il movimento: a livello comunale e provinciale senza alcun diritto di precedenza e a livello



interprovinciale sulla base di una *generica ed imprecisata* precedenza secondo il ccni.

Proprio recentemente, peraltro, la giurisprudenza ha chiarito come la “precedenza” pattizia concessa ai docenti richiedenti mobilità provinciale non possa in nessun modo superare la precedenza legale prevista dalla normativa sopra indicata (**art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94**).

Infatti, anche se il Ministero resistente ha inteso (con l'assenso delle parti sociali) dare priorità ai movimenti provinciali ciò non può che valere solo rispetto a docenti privi di precedenza. Di fronte invece a diritti di precedenza ex L. 104/1992, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali decise a tavolino senza tenere in considerazione le singole domande presentate.

Sul punto, è recentissima la pronuncia del Tribunale di Pordenone che all'uopo ha precisato che “ *È ben vero che il CCNI 2017 prevede fattispecie di gradazione nel diritto di precedenza sembrando favorire - come riscontrato dagli acquisiti bollettini mobilità della Provincia di Trapani di cui all'allegato 10 - docenti ancorché privi di precedenza ma SOLO PERCHÉ RICHIEDENTI MOBILITÀ PROVINCIALE CONTRATTUALMENTE ANTEPOSTA A QUELLA INTERPROVINCIALE. Senonché detta regola pattizia deve necessariamente cedere il passo al contenuto di una normativa di rango superiore quale LA DISCIPLINA SPECIALE CONTENUTA NELL'ART. 601 D. LVO N. 297/94 NON A CASO INSERITO TRA LE DISPOSIZIONI COMUNI A TUTTO IL PERSONALE SCOLASTICO. Vi si stabilisce al I comma che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 "si applicano al personale di cui al presente testo unico", mentre al II comma dispone che tali norme "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e IN SEDE DI MOBILITÀ". Detta disposizione in buona sostanza ha la STRUTTURA DELLA NORMA IMPERATIVA INCONDIZIONATA, PORTATRICE DI VALORI DI RILIEVO COSTITUZIONALE (art. 38 co 2 Carta fondamentale). In definitiva, quand'anche il MIUR abbia inteso, con l'assenso delle parti sociali, dare priorità ai movimenti provinciali, ciò non può che valere solo rispetto ai docenti privi di precedenza. Di fronte invece a diritti di precedenza ex L. 104/92, costituzionalmente garantiti, alcuna limitazione può essere dettata da mere scelte convenzionali” (Sentenza n. 144/2018 pubbl. il 06/02/2019- All.. **14**).*



L'unico limite esterno alla tutela del disabile è rappresentato dalle c.d. *Esigenze organizzative* del datore di lavoro, che devono essere esplicitamente dichiarate e provate dal datore di lavoro pubblico, non ex post nell'eventuale giudizio incardinato dal caregiver, ma immediatamente a presentazione della domanda di trasferimento, come più volte chiarito da costante ed uniforme giurisprudenza anche di legittimità. Pertanto, se è vero che la norma ex art. 33, V comma, L. 104/1992 ha come scopo primario quello di ampliare la sfera di tutela del portatore di handicap, salvaguardando situazioni di assistenza in atto, accettate dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose, e se è vero che l'unico limite esterno alla tutela del disabile è rappresentato dalle c.d. *Esigenze organizzative* del datore di lavoro; è fondamentale soffermarsi sulla corretta interpretazione dell'inciso "ove possibile". Sul punto il Tribunale di Sciacca ha avuto modo di affermare *"Va ancora precisato che la disposizione normativa di cui all'art. 33 L. n.104/1992 è stata più volte fatta oggetto di pronunciamenti ad opera della Corte costituzionale, la quale ha chiarito che la pretesa del parente del la persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina non costituisce un diritto assoluto, come si ricava dall'inciso testuale "ove possibile" (in tal senso si veda Corte cost . nn. 406/92, 325/96, 246/97 e 396/97). Tali assunti hanno trovato riscontro nelle pronunce del la Suprema Corte, che hanno ribadito i l principio secondo cui il diritto di scelta del la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è privo di condizioni , ma richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il venir meno del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tal i casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (v. Cass . nn. 829/01, 12692/02, nonché Sezioni Unite n. 7945/08) . D'altra parte, seppur vero che il diritto in questione non è costruito come un diritto pieno e assoluto in capo al presunto beneficiario, è parimenti vero che i limiti a tale diritto di precedenza devono essere costituite da circostanze obiettive, quali quella della disponibilità in organico del posto rispetto alla individuazione delle sedi vacanti e disponibili da coprire mediante procedura di mobilità. Ora, tenuto conto del la natura imperativa e speciale della disciplina regolatoria posta dall'art . 33 della L. n. 104/1992, è da ritenere che l a stessa si inserisca nel sistema normativo generale riguardante le assegnazioni ed i trasferimenti dei lavoratori, ponendosi come legge speciale finalizzata a disciplinare*



il caso concreto dell'assegnazione e del trasferimento dei soggetti portatori di handicap o dei familiari che prestano a questi assistenza". Pertanto la mancata indicazione di tali esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro basta "per l'accoglimento della pretesa attorea" (cfr Tribunale Sciacca sent. 1/2023 del 10.01.2023- **All. 15**).

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

**CHIEDE**

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

- preliminarmente, autorizzare l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 151 cpc nei confronti di tutti i docenti controinteressati partecipanti alle mobilità oggetto del ricorso mediante pubblicazione di estratto del ricorso introduttivo e del provvedimento di fissazione di udienza nel sito istituzionale del Ministero dell'Istruzione.

Nel Merito:

- Accertare il diritto alla precedenza ex art. 33, V comma, L. 104/1992 nell'Ambito territoriale o distretto di residenza del disabile da assistere;
- Conseguentemente condannare il Ministero dell'Istruzione ad assegnare la sig.ra Cavarretta in una sede scolastica nell'Ambito territoriale o distretto del Comune di residenza del disabile da assistere o in subordine in un Comune viciniore, secondo l'ordine di preferenza espressa in domande di mobilità;

Condannare il Ministero dell'Istruzione al pagamento delle spese legali del presente giudizio;

Ai fini del contributo unificato si dichiara che lo stesso è di valore indeterminabile e che il lo stesso è pari ad € 259,00.

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

Palermo 12 settembre 2023

**Avv. Alessio Ardizzone**

**Avv. Christian Conti**

