

TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

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

Nell'interesse della prof.ssa IOZZO Maria nata a Catanzaro il 07.02.1969 e residente a Messina in Via Salita Fosse 11/A, C.F. ZZIMRA69B47C352V, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Tommaso Cannizzaro 134, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

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

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

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

e nei confronti di

tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2024/2025, scuola secondaria di secondo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2024/2025, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2024/025.

La ricorrente è una docente della scuola secondaria di secondo grado, assunta a tempo indeterminato il 01.09.2022 ([doc. 1](#)), ed attualmente in servizio, in assegnazione provvisoria, presso l'I.S. "Bisazza" di Messina ([doc. 2](#)).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale ([doc. 3](#)).

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

In particolare la docente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole e distretti rientranti nel Comune/Provincia di Messina, chiedendo l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che la di lei zia, Sig.ra Lopes Tindara Dora, risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto verbale della commissione medica Inps ([doc. 4](#)).

Dall'attuale condizione clinica della zia della ricorrente **non è lecito attendersi alcun miglioramento** atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.

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

Sicchè con mail ([doc. 5](#)) e lettera di notifica ([doc. 6](#)) alla

ricorrente non è stata assegnata la precedenza richiesta e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 30/2024 attuativa del CCNI sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di ragioni oggettive tali da giustificare il diniego ([doc. 7](#)).

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

A fronte di tali evidenti lesioni **in data 1.9.024**, la ricorrente, si vedrà costretta a recarsi presso la scuola di titolarità, con conseguente irreparabile danno per la zia disabile e contestuale disgregazione del nucleo familiare.

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

DIRITTO

1. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per contrasto con art. 2 n. 2 lett. a e segg. direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009; Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata; Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro; Mancato assolvimento dell'onere probatorio; Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex artt. 3, 97 Cost.

Preliminarmente questo difensore, sebbene a conoscenza del recente orientamento reso della ordinanza n. 35105/2022 Cass., chiede che codesto Ill.mo Giudice voglia pronunziarsi su **fattispecie differente** da quella sino ad oggi oggetto di controversia e non anche

sulla sola disapplicazione dell'art. 13 del CCNI 2022/2025 con riferimento ad un eventuale contrasto con l'art 33 della L. 104/1992 ma bensì in ordine alle specifiche violazioni comunitarie e costituzionali di cui appresso.

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

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2022/025 con l'art. 13 limita (*rectius*: **nega**) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta "assistenza" in quanto "figlio referente unico" del "genitore con disabilità" solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000, della Carta di Nizza, nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile e del lavoratore sanciti dalla Carta Costituzionale.

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

Orbene l'art. 13 del CCNI mobilità 2022/025 afferma (punto 4°) che, "successivamente" al diritto di precedenza riconosciuto ai genitori di figlio disabile, "viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato

come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità, a condizione che sussista una “documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi” e una “documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive”.

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

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

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

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

Ne consegue che l'operatività di tutte le altre ipotesi previste dall'art. 13 della contrattazione collettiva, e, per il caso in esame anche per il punto IV, È RISTRETTA ALLA SOLA IPOTESI DI MOBILITÀ PROVINCIALE E NELL'AMBITO DELLA MOBILITA' ANNUALE e non quale precedenza assoluta creando, pertanto **una palese discriminazione e disuguaglianza tra docenti e disabili in identiche fattispecie.**

Più precisamente la contrattazione collettiva così operando crea una **evidente ed ingiustificata discriminazione** tra care giver e

disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso care giver intende partecipare (interprovinciale, provinciale o annuale), ponendo questi ultimo (ed il disabile) in una situazione di minor favor rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale:

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

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

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

d) garantendo il diritto di precedenza assoluto al docente disabile e non anche al figlio unico che assiste il disabile **trattandosi pur sempre del rapporto genitore/figlio e invertendosi soltanto il ruolo del soggetto portatore di disabilità e di quello preposto all'assistenza e cura;**

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

Appare pertanto *ictu oculi* evidente che l'impianto dell'art. 13 del CCNI tende a tutelare esclusivamente il datore di lavoro e non anche il lavoratore ed il disabile ponendosi in aperto contrasto con il più alto "PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE", sancito

dalla direttiva CE 78/2000 (Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) cui è stata data attuazione con d.lgs 9 luglio 2003 n. 216 ed a cui il giudice interno deve uniformarsi.

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

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

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

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

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

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

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

La normativa che regola la materia vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma bensì vieta atti di discriminazione a motivo della religione, delle convinzioni personali, **della DISABILITA'**, dell'età e dell'orientamento sessuale della persona, e, per quanto qui ci interessa, ciò che è vietato è qualsiasi **FORMA DI DISCRIMINAZIONE BASATA SULL'HANDICAP E SUL GRADO DI PARENTELA!**

Infatti si parla di un comportamento arbitrario basato sul diverso trattamento che viene riservato al portatore di handicap basato **esclusivamente sul grado di parentela con la persona da assistere, ed al pari il vincolo che lega un figlio al genitore non si comprende**

perché possa essere diverso a quello di un genitore verso il figlio o di un coniuge verso l'altro coniuge.

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

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

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

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

Ne consegue che, non deve ritenersi possibile attribuire una diversa rilevanza alle precedenze di cui sono titolari i concorrenti alla mobilità stabilendo una diversa tutelabilità della condizione del soggetto disabile soltanto in relazione alla diversità del rapporto di parentela sussistente con il congiunto preposto alla sua assistenza.

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

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

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

Ed invero non può arbitrariamente stabilirsi un diverso trattamento alla posizione di chi si trovi nella necessità di tutelare un congiunto disabile grave e sia legato allo stesso dal MEDESIMO GRADO DI PARENTELA, dovendosi ritenere arbitrari criteri di graduazione fondati soltanto su una non meglio identificata differenza della posizione di garanzia e tutela del genitore nei confronti del figlio disabile, rispetto a quella esattamente speculare del figlio nei confronti del genitore disabile, soprattutto quando egli sia l'unico soggetto in grado di prestargli assistenza.

Né può condividersi la posizione di chi ritiene che la diversa condizione del genitore disabile giustificherebbe la limitazione della relativa precedenza alle sole assegnazioni provvisorie interprovinciali, non potendosi ritenere conformi ai già richiamati principi costituzionali differenze di trattamento fondate sulla presumibile inferiore aspettativa di vita del congiunto disabile da assistere.

Conseguentemente, l'art. 13, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s 2024/25, nella parte in cui limita, ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale ed alle assegnazioni provvisorie, il diritto di precedenza dei figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, realizza **un'ingiustificata disparità di trattamento e discriminazione tra soggetti in posizioni del tutto analoghe** (i genitori che devono assistere i figli disabili) e comprime in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative sovranazionali e costituzionali.

Ne consegue che alla luce delle superiori considerazioni, l'art. 13 del CCNI in parte qua, creando palese discriminazione, si pone in aperto contrasto con l'art. 2 della direttiva 78/00 e pertanto deve

essere dichiarato nullo (In tal senso Trib. Patti, sentenza del 29.3.023) (doc. 8).

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

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

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

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

2) dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata dal nostro Ordinamento con Legge n. 18 del 3 marzo 2009, che conferma, in favore delle persone con disabilità, i principi fondamentali in tema di riconoscimento **dei diritti di pari opportunità e di non discriminazione**.

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

Ad esso fanno da *pendant* i due articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che aprono il capo III dedicato all'Uguaglianza, più precisamente l'art. 20, rubricato *“Uguaglianza davanti alla legge”*, secondo cui *«Tutte le persone sono uguali davanti alla legge»* e l'art. 21 - *“Non discriminazione”* - che recita *«1. È vietata*

qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi» e l'art 23 della medesima Carta di Nizza laddove statuisce che “La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, **di lavoro** e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

Sul punto la Corte di Giustizia, nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C- 3003/06 “Coleman”, ha già chiarito che “Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. QUALORA UN DATORE DI LAVORO TRATTI UN LAVORATORE, **CHE NON SIA ESSO STESSO DISABILE**, IN MODO MENO FAVOREVOLE RISPETTO AL MODO IN CUI È, È STATO O SAREBBE TRATTATO UN ALTRO LAVORATORE IN UNA SITUAZIONE ANALOGA, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, UN SIFFATTO TRATTAMENTO **VIOLA IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE DIRETTA ENUNCIATO AL DETTO ART. 2, N. 2, LETT. A)**” (doc. 9).

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

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

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

La contrattazione collettiva assicurando al docente care giver non un diritto di precedenza al cospetto di altri candidati che tale assistenza non svolgono (e ciononostante trasferiti sebbene non portatori del fattore protetto) ma solo un PUNTEGGIO AGGIUNTIVO **non è compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto**

dalla superiore direttiva in termini di giustificazione ragionevolmente oggettiva nonché in termini di onere sproporzionato per l'amministrazione.

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

Autorevole e attenta giurisprudenza di merito (cfr. Corte di Appello Firenze, n. 760/2020, n. 531/2021, n. 483/2021, 401/2021, n. 743/2022, e, più recentemente, sentenze del 16.5.2023 e del 24.5.2023 e n. 227 del 16.4.024) ha affrontato detta questione osservando, in particolare, che “[..] ritiene il collegio che nella materia di interesse non possa prescindere dalla disciplina dettata dalla Direttiva 78/2000, che “stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro” (pacificamente applicabile al rapporto di impiego pubblico, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 3), che all'art. 5 si occupa anche della disabilità, essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno.

E' certo infatti che le garanzie approntate dal diritto dell'Unione al lavoratore disabile si applichino anche nei casi in cui si faccia astrattamente questioni di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore o la lavoratrice non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie l'handicap), ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziale in ragione della sua relazione con il portatore del fattore, come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accadere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile, che è ciò che qui specificamente interessa. Una tale

condizione rientra infatti sicuramente nell'ambito di applicazione delle tutele antidiscriminatorie come ha chiarito la Corte di Giustizia nella sentenza CgUe, 17 luglio 2008, C-303/06 Coleman, secondo cui «il divieto di discriminazione diretta [...] non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta».

Ciò detto, è poi noto come la direttiva delinea una nozione di handicap (disabilità) propria del diritto dell'Unione, ricostruibile cioè solo dalla fonte sovranazionale (nella sua complessità e quindi dalla direttiva e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia) e non dal diritto interno, come ha affermato la stessa Corte di Giustizia a partire dalla sentenza 11 luglio 2006, nella causa C13/05, Chacon Navas – che contiene una prima enunciazione della nozione di "handicap" ai fini dell'applicazione della direttiva.

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

In esito alla ratifica della Convenzione e richiamandone il contenuto, infatti la Corte di Giustizia, nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011, ha affermato che la nozione di «handicap» debba “essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di

diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Inoltre, dall'articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «dureture»". E ancora, secondo il Giudice dell'Unione la stessa nozione "dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività" (così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C-354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata), e senza che rilevi l'origine dell'handicap, così che "se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78" (così Corte di Giustizia, 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C337/11).

Quanto al carattere "duraturo" di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha inteso disciplinare ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punto 54).

Così definita la nozione di disabilità, l'art. 5 della direttiva dispone poi che "per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di

svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato...".

E ancora il ventesimo considerando della direttiva impone ai datori di lavoro l'introduzione di "misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento", mentre il ventunesimo chiarisce che "per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni".

È noto che l'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione, su ricorso della Commissione/Repubblica Italiana.

In esito con il D.L. 28.6.2013 n. 76, convertito con modificazioni nella L. 9.8.2013, il legislatore nazionale ha inserito nel D. Lgs. 216/2003, all'art. 3, un comma 3 bis, a norma del quale "Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

Una piana lettura di queste disposizioni impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adattare, nei limiti di "sforzo non sproporzionato", la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.

Ora, sembra al collegio che l'art. 33 comma 6 della L. 104/1992, nella parte in cui assicura al lavoratore disabile il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e a non esserne trasferito senza il suo consenso realizzi precisamente uno di tali accomodamenti ragionevoli, giacché la prossimità del disabile alla propria rete di relazioni costituisce, di norma, un fattore decisivo al fine di assicurargli l'effettiva possibilità di svolgere la propria prestazione in condizioni di parità.

Ne deriva che l'inciso "ove possibile" di cui dice la norma in questione, a proposito appunto della possibilità per il lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro, deve necessariamente leggersi, anche in via di interpretazione conforme, come coincidente con la nozione di "onere non sproporzionato" di cui alla direttiva.

Di conseguenza il limite al diritto del lavoratore disabile di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio luogo di residenza non potrà identificarsi con un qualunque confliggente interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico o privato, ma con un interesse particolarmente qualificato, tale che al pretermetterlo segua appunto uno sforzo sproporzionato.

Ma così ricostruito il significato della disposizione, è un fatto che la L. 104/1992 riconosca un diritto di contenuto identico anche al familiare legato da una relazione qualificata con il disabile e che se ne prenda cura, anche a lui o a lei assicurando il medesimo diritto a scegliere ove possibile la sede di lavoro in funzione dell'assistenza prestata al disabile, e quindi in relazione al domicilio di questi, e a non esserne allontanato se non con il suo consenso.

Sembra allora al collegio che il legislatore nazionale abbia inteso apprestare sotto il profilo che ora interessa (quello dell'individuazione del luogo di esecuzione della prestazione), anche in favore dei lavoratori e delle lavoratrici che assistano familiari con disabilità (che per questo il diritto dell'Unione protegge con il dispositivo antidiscriminatorio), la garanzia di soluzioni ragionevoli del tutto analoghe a quelle assicurate immediatamente al lavoratore disabile dal diritto nazionale e prima da quello europeo, ciò al fine evidente di consentire la compatibilità effettiva tra attività lavorativa del care giver e assistenza, ciò nell'interesse primario del disabile.

Deve di conseguenza ritenersi che il limite al diritto del lavoratore care giver (come individuato dall'art. 33 della L. 104/1992) a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare assistito (l'“ove possibile” di cui dice il comma 3 del medesimo art. 33) debba essere individuato, proprio come per il lavoratore disabile, nell' “onere sproporzionato” del datore di lavoro [..].

Ora al fine di accertare se un simile onere sia stato assolto, deve in primo luogo valutarsi se già astrattamente la norma collettiva (del CCNI mobilità), che, come più volte detto, vincola l'amministrazione scolastica ad assicurare ai lavoratori che, come l'appellante, assistano familiari disabili che non siano loro figli, 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, sia o meno compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dall'art. 33 e letto nei termini appena detti di “onere sproporzionato” per l'amministrazione.

In proposito merita rammentare come si tratti nella specie, pacificamente, di trasferimenti a domanda, destinati alla copertura di posti già ritenuti dall'amministrazione vacanti e disponibili, così che in effetto si fa questione solo dell'individuazione dei soggetti destinati a quelle sedi di lavoro.

Pare allora alla Corte che non sia agevole individuare quale “onere sproporzionato” costituirebbe per l’amministrazione assegnare tali posti, già qualificati, si ripete, come 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. In contrario potrebbe anzi fondatamente ritenersi che proprio l’assegnazione dei lavoratori care givers a sedi idonee a consentire l’attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali, non ultima l’assegnazione provvisoria, essi non privi di conseguenze, sul piano organizzativo, per l’amministrazione scolastica.

Quanto poi alla posizione degli altri lavoratori interessati al trasferimento, deve certo ammettersi un potere-dovere dell’amministrazione di stabilire (o più esattamente di convenire in sede collettiva) criteri di precedenza tra più candidati tutti portatori del fattore di protezione (così, ad esempio, ritenendo prioritaria la posizione dei lavoratori disabili rispetto ai care givers, o stabilendo priorità tra questi ultimi, privilegiando per esempio i genitori di minori disabili) [..].

Non è inutile ricordare come proprio nell’ambito della procedura di mobilità che interessa, la contrattazione collettiva non attribuisca al punteggio un rilievo esclusivo e determinante, come risulta dalla previsione dell’art. 6 che valorizza anche le preferenze espresse dai docenti per le varie sedi.

Ne discende che, con riguardo all’interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell’organico a mezzo delle procedure di mobilità, deve ritenersi che l’attribuzione di un diritto di precedenza a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili (rientrando nelle categorie previste dall’art. 33, comma 3, l. 1992 n. 104) non determini alcun “onere sproporzionato”.

Né, come affermato da questo giudicante [...] «il pregiudizio che potrebbe derivare, in conseguenza di tale precedenza, per le posizioni di colleghi che non svolgano tale assistenza, potrebbe ritenersi antigiuridico, sia in quanto in sé il punteggio non rappresenta, nell'ordinamento scolastico come disegnato dalla disciplina legale e convenzionale, un fattore preferenziale esclusivo nell'attribuzione delle sedi di servizio, sia poiché la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non comportante per l'amministrazione un onere sproporzionato, per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori care givers».

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

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

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

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

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

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

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

Nel caso in esame la disposizione contrattuale oggetto di scrutinio **non sembra operare una graduazione in base alla diversa valenza dei diritti oggetto di tutela** (si pensi al diverso valore attribuita

alla precedenza spettante al lavoratore disabile, rispetto a quella spettante al lavoratore che invece svolga le funzioni di caregiver).

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

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

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

Ora opinando nel senso espresso dalla Suprema Corte (si ripete non condiviso da numerosi Tribunali) si è sancito esclusivamente il principio secondo cui l'art. 13 del CCNI opererebbe una graduazione fra i diversi titoli (la disposizione contrattuale si riferisce, infatti, a tutti i titoli di precedenza e ad alcuni di essi attribuisce carattere assoluto) e terrebbe conto della distinzione fra mobilità territoriale e mobilità professionale nonché, all'interno della prima, fra spostamenti infra ed extra provinciali e fra mutamenti definitivi e provvisori della sede di assegnazione, stabilendo anche, sempre a

tutela della disabilità, **punteggi aggiuntivi da riconoscere al dipendente che assiste l'invalido, punteggi che nelle operazioni ordinarie si risolvono in una precedenza**, seppure non assoluta, a parità di titoli e di anzianità.

La richiamata disciplina, dunque, garantirebbe un bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nelle organizzazioni complesse ed articolate sull'intero territorio nazionale, in relazione alle quali si rende necessario contemperare le esigenze del singolo dipendente, con quelle, egualmente meritevoli di tutela, di altri titolari di diritti di precedenza.

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

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

Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda IN MANIERA CONSISTENTE le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009), ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolva in un danno per la collettività, dovendosi operare un bilanciamento tra il diritto all'assistenza dei disabili, tutelato ex Cost. 32, ed i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica posti da Cost. 97 (Cass. 7945/2008, 12692/2002).

La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, DOVRANNO ESSERE VALORIZZATE LE ESIGENZE DI ASSISTENZA E DI CURA DEL FAMILIARE DISABILE DEL LAVORATORE, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Cass. cit. n.25379/2016, Cass. n.9201/2012, Cass 22 marzo 2018, n. 7120).

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

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

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

Merita peraltro aggiungere che la regola contrattualcollettiva che limita la rilevanza extraprovinciale del diritto di precedenza in questione alle assegnazioni provvisorie, che hanno durata solo annuale e sono quindi naturalmente precarie, appare porsi in ulteriore contrasto con l'art. 33, co.5 cit., perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "caregiver" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

E l'assegnazione provvisoria, lasciando la cattedra di titolarità del "caregiver" altrove, **LO ESPONE ANNUALMENTE AL**

RITRASFERIMENTO PER MERO AUTOMATICO EFFETTO DEL MANCATO RINNOVO NELL'ANNO SUCCESSIVO, REALIZZANDO UN RISULTATO VIETATO DALLA LEGGE.

Difatti la ratio della norma va individuata, evidentemente, nell'esigenza di **evitare l'interruzione dell'effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona handicappata, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa.** Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto"

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

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

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

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

La L. n. 104 del 1992, art. 33, nel riconoscere il diritto di precedenza "ove possibile", legittima l'apprezzamento degli altri interessi dei quali il datore di lavoro si deve fare interprete e, pertanto, **lascia spazio a graduazioni della precedenza**, comunque riconosciuta, che tengano conto anche del legame esistente con la persona affetta da disabilità e che valorizzino, secondo un criterio di normalità, il ruolo che l'aspirante al trasferimento svolge nel nucleo familiare.

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

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

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

Anzitutto, non è in discussione il fatto che l'anzidetta disposizione di tutela attribuisca al dipendente che assiste alla persona affetta da handicap grave un diritto soggettivo che non può espandersi al punto di sopravanzare altri interessi pubblici, pure costituzionalmente protetti (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945 e da ultimo Corte di Cassazione con sentenza n. 35105 del 5 ottobre 2022).

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

Dunque, coerentemente con tale prospettiva, non si nega certamente il legittimo ricorso in sede di contrattazione collettiva alla

individuazione di una graduazione fra i diversi titoli che danno diritto a una precedenza al fine di soddisfare, in maniera ragionevole, il predetto temperamento.

Tuttavia, tenuto conto anche della particolare rilevanza costituzionale che assume un diritto fondamentale come quello in discorso, che mira a tutelare nel miglior modo possibile la condizione del disabile bisognoso di assistenza, **non può certo ritenersi che la dovuta considerazione degli interessi pubblici di cui è portatrice l'amministrazione scolastica possa arrivare al punto di stabilire, in maniera arbitraria e irragionevole, una distinzione gerarchica tra diverse categorie di aventi diritto, soltanto in relazione al rapporto di parentela con il lavoratore o, addirittura, in base all'età del soggetto portatore di handicap.**

In particolare, è innegabile che tali disposizioni di tutela, pur temperate con altri valori di rilevanza costituzionale (la libertà di iniziativa economica e, nel caso in esame, il buon andamento, l'imparzialità e la razionalità dell'azione amministrativa), abbiano il valore di norme di natura imperativa, nel senso che, una volta che siano individuati i limiti del bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, le stesse non possano essere violate o derogate.

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

Conseguentemente, la possibilità di graduare le differenti posizioni dei soggetti titolari di una possibile precedenza **non può**

arrivare al punto di stabilire una gerarchia che non sia ancorata ad elementi dai quali dedurre oggettivamente una diversa rilevanza delle situazioni da valutare.

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

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

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

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

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

poter gestire razionalmente l'enorme numero di richieste provenienti dagli aventi diritto.

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

Sicché, non può arbitrariamente stabilirsi un diverso trattamento alla posizione di chi si trovi nella necessità di tutelare un congiunto disabile grave e sia legato allo stesso **dal medesimo grado di parentela**, dovendosi ritenere arbitrari criteri di graduazione fondati soltanto su una non meglio identificata differenza della posizione di garanzia e tutela del genitore nei confronti del figlio disabile, rispetto a quella esattamente speculare del figlio nei confronti del genitore disabile, soprattutto quando egli sia l'unico soggetto in grado di prestargli assistenza.

Né può condividersi la posizione di chi ritiene che la diversa condizione del genitore disabile giustificherebbe la limitazione della relativa precedenza alle sole assegnazioni provvisorie interprovinciali, non potendosi ritenere conformi ai già richiamati principi costituzionali differenze di trattamento fondate sulla presumibile inferiore aspettativa di vita del congiunto disabile da assistere.

A fronte di ciò, non appaiono nemmeno condivisibili i rilievi secondo cui il diritto in questione sarebbe comunque sufficientemente tutelato, essendo riconosciuta la precedenza in sede di operazioni di assegnazione provvisoria, mentre il mancato riconoscimento in sede di mobilità si giustificherebbe con l'esigenza di graduare la tipologia di aventi diritto in relazione alla parentela, in modo da

poter gestire razionalmente l'enorme numero di richieste provenienti dagli aventi diritto.

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

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

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

3. Illegittimità e/o nullità dell'art. 13 del CCNI 2022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 29, 32, 38, 97 Costituzione; Disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione

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

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

Anche a livello di legislazione primaria numerose norme perseguono l'obiettivo della tutela e della promozione delle persone disabili, altresì nel mondo del lavoro: si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'art. 15 St. Lav., al d.lgs. 216/2003, in materia di parità di trattamento, alla legge 68/1999, alla L. 104/1992 (V. Trib Biella, sentenza del 4.4.023, Tribunale di Cosenza 16.1.2024; Tribunale S. Maria Capua Vetere 25.10.2023) (doc. 9, 10, 11).

Di recente la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza del 8.2.2022 ha disposto che *"la disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, DEVE ESSERE INTERPRETATA IN TERMINI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATI - ALLA LUCE DELL'ART. 3, SECONDO COMMA, COST., E DELLA CARTA DI NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è*

conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n.18 del 2009. dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n. 25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto rileva nella fattispecie in esame, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza. E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

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

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

Sul punto la giurisprudenza di merito ha rilevato che *"L'inciso "ove possibile" indica che tale possibilità di scelta non è assoluta, tuttavia correttamente l'appellante ha richiamato la giurisprudenza della Corte di legittimità che, per i rapporti di lavoro pubblico, ha stabilito che il rifiuto di accedere ad una tale richiesta è giustificabile qualora potrebbe determinarsi un danno alla collettività, danno che nel caso di*

specie non è ravvisabile, atteso che l'appellante è stato assunto in ruolo, seppur in via provvisoria, proprio presso l'I.C. di Spoltore, dove quindi esisteva un posto vacante e disponibile e d'altra parte, nel bilanciamento di interessi contrapposti, IL RILIEVO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE, ALLA SOLIDARIETÀ SOCIALE, ALLA TUTELA DEI DISABILI, PREVALE SULLE ESIGENZE ORGANIZZATIVE DELL'ISTITUZIONE SCOLASTICA, che peraltro nel caso di specie alcun danno patirebbe dalla soluzione prospettata dall'appellante. In relazione quindi alla circostanza che la legge 104/92 non fa alcuna graduazione circa i parenti o affini da assistere, sol richiedendo che il lavoratore sia l'unico in grado di prestare assistenza, va da sé che il CCNI 11/4/17, che prevede la limitazione del diritto di precedenza nella mobilità interprovinciale a favore dei soli genitori e del coniuge del soggetto affetto da handicap, contrasta con l'art.33 che ha portata più ampia (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019).

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

Pertanto, subordinare, come nel senso voluto dalla contrattazione collettiva, diritti costituzionalmente rilevanti – quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili - **A DUBBIE** esigenze organizzative dell'istituzione scolastica (cui grava l'onere della prova) porterebbe in realtà ad un **eccessivo sbilanciamento degli interessi**, dando un'eccessiva preponderanza a

quelli organizzativi del datore di lavoro (su cui grava l'onere probatorio) rispetto a quelli, attinenti alla persona (e discendenti dalle disposizioni costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità.

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

Ed è proprio dal carattere di primazia gerarchica della Carta Costituzionale e dai riflessi prodotti dal versante “esterno”, sia esso internazionale o comunitario, che tali diritti acquistano maggior valore e vanno maggiormente tutelati nell'intero sistema ordinamentale con ciò non potendosi consentire che possa concretizzarsi una palese elusione del sistema delle fonti dalla contrattazione collettiva.

Anche sotto tale ulteriore profilo la disposizione di cui all'art. 13 del CCNI deve essere disapplicata per contrarietà ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 29, 32, 38, 97 Costituzione ed il ricorso deve essere accolto.

4. Illegittimità dell'art. 13 del CCNI 022/025 per Violazione e falsa applicazione degli artt. 21, 33 della Legge 104/92; legge n. 183/2000; Violazione del D.Lgs 297/94 art. 601; Violazione del principio gerarchico delle fonti; diritto di precedenza in sede di mobilità.

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

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

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

Tale operazione non altresì in linea con quanto disposto **dal comma quinto dell'art. 33 legge 104/92** come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, laddove stabilisce che "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"; il comma 3 fa riferimento al "*lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in*

situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti”.

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

Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all'art. 13 punto IV laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale (non definitiva) e provinciale del figlio referente unico deve ritenersi nulla a norma dell'art. 1418 c.c. **per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 2 della direttiva CE 78/2000, con l'art. 33 c. 5 l. 104/92, art. 601 del d.lgs 297/1994** e conseguentemente deve essere disapplicata dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento.

In ultimo la Suprema Corte di Cassazione con ordinanza interlocutoria del 17.1.2024 ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e l'art. 295 c.p.c., ha chiesto alla Corte di giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione ed in particolare, sulle seguenti questioni:

a) se il diritto dell'Unione europea debba interpretarsi, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che sussista la legittimazione del caregiver familiare di minore gravemente disabile, il quale deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

b) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che gravi sul datore di lavoro del caregiver di cui sopra l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto caregiver, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

c) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a) e/o

alla questione b), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che per caregiver rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 si debba intendere qualunque soggetto, appartenente alla cerchia familiare o convivente di fatto, che si prenda cura in un ambito domestico, pure informalmente, in via gratuita, quantitativamente significativa, esclusiva, continuativa e di lunga durata di una persona che, in ragione della propria grave disabilità, non sia assolutamente autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita o se il diritto dell'Unione europea vada interpretato nel senso che la definizione di caregiver in questione sia più ampia o ancora più ristretta di quella sopra riportata.

In tal Senso V. Corte di Appello di Catania del 07.05.2024 ([doc. 8](#)).

Alla luce delle superiori considerazioni appare evidente ritenere che l'art. 13 del CCNI 2022/025 nella parte in cui prescrive che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza e solo nell'ambito della mobilità annuale solo a favore dei genitori o del coniuge del soggetto gravemente disabile, negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico opera una discriminazione indiretta e/o diretta in virtù di un ingiustificato minor favor cui vengono trattati sia il lavoratore che il disabile stesso fondato su non comprovate ed illegittime finalità opera una discriminazione diretta ed indiretta contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi.

Sotto tale profilo il ricorso deve essere accolto e l'art. 13 del

CCNI disapplicato.

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

In ordine al fumus boni iuris

Si rinvia ai superiori motivi di diritto che certamente devono essere accolti.

In ordine al periculum in mora

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

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

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

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

Più precisamente la zia è portatrice di handicap ai sensi

dell'art. 3 comma 3 della Legge 104/92, giusto verbale della commissione medica Inps.

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

A ciò si aggiunga che la ricorrente ha già avuto riconosciuto lo status di referente unico (sebbene non più previsto a seguito della recente normativa) dall'amministrazione statale ([doc. 9](#)).

La ricorrente è l'unica a potersi prendere cura della zia disabile. Difatti quest'ultima non si è mai sposata e non ha avuto figli, e convive con la nipote (odierna ricorrente) ([doc. 10](#), [10a](#), [10b](#)).

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

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

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

Difatti, tale condizione rappresenta un inevitabile "pregiudizio per l'unità della famiglia" nonché una palese violazione dei diritti sanciti dalla carta costituzionale e comunitaria, sono state "gravemente compromesse l'unità e la serenità del nucleo familiare, in

considerazione dell'attuale distanza tra luogo di lavoro e di residenza della famiglia.

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

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

La ricorrente, infatti, dal prossimo mese di settembre 2024 si vedrà costretta a lasciare la disabile e a prestare servizio nell'attuale sede di titolarità e ciò renderà palese il gravissimo disagio per la stessa e per la zia disabile.

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

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

Ciò posto la ricorrente come sopra rappresentata difesa e domiciliata chiede accogliersi le seguenti

CONCLUSIONI

1. Si chiede che codesto Ill.mo Tribunale, per i motivi di cui infra, voglia preliminarmente sottoporre alla Corte di Giustizia

della Unione Europea la questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, se sia compatibile o meno la direttiva 78/00 l'art. 13 del CCNI punto IV sulla mobilità docenti 2022/025 nella parte in cui non ammette alla mobilità interprovinciale il lavoratore che sia referente unico di genitore affetto da handicap grave, ravvisando una discriminazione, da un lato nel trattamento differenziato tra genitore che assiste il figlio con disabilità e figlio che assiste il genitore affetto da disabilità e, dall'altro, tra care giver che assiste il genitore all'interno della stessa provincia rispetto a quella di assegnazione e care giver chiamato ad assistere il genitore con disabilità residente in altra provincia;

2. 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 2024/2025 poiché in contrasto con l'art. 2 della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e care giver partecipanti nella medesima procedura di mobilità operando *minor favor* nei confronti di alcune categorie di docenti (come la ricorrente) e di disabili e di maggiore favore soltanto nell'ambito dei trasferimenti provinciali e nelle c.d. assegnazioni provvisorie;

3. Accertare e dichiarare la sussistenza di posti vacanti nelle sedi indicate in domanda per la procedura di mobilità interprovinciale 2024/025 e conseguentemente dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto dichiarare l'art. 13 CCNI 2023/2025 illegittimo e/o nullo per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò in violazione dei precetti costituzionali di cui *infra*;

4. Accertare e dichiarare la disapplicazione dell'art. 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2022/2025 poiché in contrasto la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art. 601 (T.U. scuola) nella parte in cui *non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità* e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della presso le sedi rientranti nel Comune/Provincia di Messina, **anche in sovrannumero**, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda **secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua alla di lei zia** e ciò con effetto immediato;

5. Accertare e dichiarare la disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono:
a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Messina scuola secondaria di secondo grado pubblicato il 17.05.2024 con il quale non è stata assegnata la precedenza alla ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza alla disabile per gli anni scolastici 2024/2025 e seguenti, b) disapplicare la nota mail del 17.05.2024 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il Comune/Provincia di Messina e seguenti;

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

7. Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore del procuratore antistatario, con aumento del 30% ai sensi del D.M. 55/2014 art. 4 c. 1.

Nota fiscale: *ai fini del versamento del contributo unificato, stante il valore indeterminato della causa, lo stesso è pari ad € 259,00 (doc. 11).*

Messina 20.06.2024

Avvocato

Vincenzo La Cava

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

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

considerato altresì che l'elevato numero dei controinteressati e la difficoltà di provvedere alla notifica del presente ricorso appare pregiudizievole e costoso per la ricorrente, formula espressa

istanza

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

VOGLIA

Autorizzare la notificazione nei confronti di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo,

anno scolastico 2024/2025 scuola secondaria di secondo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento ai sensi del CCNI – Mobilità Scuola 2024/025, nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2024/25, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di secondo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2024/025 attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del MIUR. http://www.istruzione.it/web/ministero/proclamiproclami_/2 ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;

b) Nome della ricorrente e indicazione dell'Amministrazione intimata;

c) Sunto dei motivi del ricorso;

d) Indicazione dei controinteressati genericamente individuati come “tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, anno scolastico 2024/2025 scuola secondaria di secondo grado, di tutti i docenti immessi in ruolo nonché dei docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2024/25, e provenienti da Gae, tutti i docenti di Scuola secondaria di secondo grado partecipanti alla procedura di mobilità provinciale ed interprovinciale a.s. 2024/025;

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

Messina 20.06.2024

Avvocato

Vincenzo La Cava