

Spett. le

Ufficio Regionale Campania
via Ponte della Maddalena, n. 55
c.a.p. 80142 Napoli
pec: drca@postacert.istruzione.it

Oggetto: Avviso notifica ai controinteressati ex art. 151 cpc mediante pubblicazione sul sito internet dell'USR Campania e del M.I.U.R.

Autorità giudiziaria e numero di r.g. del procedimento: Tribunale di Parma, sez. Lavoro, R.G. 619/2021

Parte ricorrente: Sig.ra Rosaria Di Marino nata a Napoli il 20/12/1967, c.f. DMRRSR67T60F839I

* * *

Si chiede che l' URS Campania, in persona del legale rappresentante p.t., Voglia disporre, in ottemperanza al decreto del Tribunale di Parma, reso nel giudizio r.g. n. 619/2021 sez. lavoro, in persona del giudice Dott.ssa Elena Orlandi, la pubblicazione sul proprio sito internet del testo integrale del ricorso, della procura alle liti, del decreto di fissazione udienza con autorizzazione alla notifica ai controinteressati ex art. 151 c.p.c. nonché, in uno con il presente avviso di pubblicazione.

La presente notifica mediante pubblicazione ex art. 151 cpc, viene effettuata in esecuzione al provvedimento autorizzatorio del Giudice adito, reso nel predetto giudizio, al fine di consentire la conoscenza legale del ricorso ai controinteressati così come individuati nel testo del ricorso ex art. 414 cpc, allegato al presente avviso.

Si invita, altresì, L'Amministrazione in indirizzo a voler comunicare allo scrivente procuratore, a mezzo pec all'indirizzo alessio.raiola@forotorre.it, l'avvenuta pubblicazione sul proprio sito internet della suddetta documentazione.

Si avverte che la ridetta pubblicazione dovrà avvenire con cortese sollecitudine.

Si allega:

Ricorso ex art. 414 cpc;

Avv. Alessio Raiola

Procura;

Decreto fissazione udienza con autorizz. notifica controinteressati.

Salvis Juribus

N.R.G. Lav. 619/2021



TRIBUNALE ORDINARIO DI PARMA

SEZIONE LAVORO

DECRETO DI FISSAZIONE DELLA PRIMA UDIENZA DI DISCUSSIONE

Il Giudice del Lavoro, dott. Elena Orlandi

Letto il ricorso,
visto l'art. 415 c.p.c.

F I S S A

per la comparizione personale delle parti e la discussione l'udienza del 17/02/2022, alle ore 09:15, nella sede di questo Ufficio, in Parma, Piazzale Corte d'Appello n. 1.

Dispone la notifica nei confronti dei soggetti controinteressati come individuati nel ricorso ai sensi dell'art. 151 c.p.c. mediante la pubblicazione del ricorso e del presente decreto nei siti internet istituzionali del Ministero dell'Istruzione e dell'Ufficio Scolastico Regionale della Campania entro il 20/12/2021.

Parma, il 12/10/2021

Il Giudice del lavoro
Elena Orlandi



**TRIBUNALE CIVILE DI PARMA
SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA**

**Ricorso ex art. 414 cod. proc. civ. con richiesta di autorizzazione alla
notifica ex art. 151 cod. proc. civ.**

La prof.ssa **ROSARIA DI MARINO**, nata a Napoli il 20 dicembre 1967, C.F.: DMRRSR67T60F839I, residente in Napoli, alla via Nardones n. 66, rappresentata e difesa, in virtù di procura in calce al presente atto, dagli avv.ti Dario Barbagallo, C.F. BRBDRA81M19F839G e Alessio Raiola, C.F. RLALSS81L02L259C, (pec: alessio.raiola@ordineavvocatita.it e avvdariobarbagallo@pec.it - *telefax* 081.2481361, indirizzi presso cui si dichiara di voler ricevere ogni comunicazione) e con gli stessi elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Andrea Maria Minerva in Reggio Emilia, alla Via Monte Grappa n. 20;

-ricorrente-

contro

- **Ministero dell'Istruzione**, in persona Ministro, legale rappresentante *pro tempore*, C.F. 80185250588, difeso e domiciliato *ope legis* c/o Avvocatura Stato di Bologna (pec: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it);

- **Ufficio Scolastico Regionale per la Campania**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, C.F. 80039860632, difeso e domiciliato *ope legis* c/o Avvocatura Stato di Napoli, Via Armando Diaz n. 11 (pec: ads.na@mailcert.avvocaturastato.it);

- resistenti -

e nei confronti

di tutti i docenti inseriti nell'elenco dei trasferimenti del personale docente di ruolo, a.s. 2021/22, scuola primaria, di tutti i docenti immessi in ruolo con il piano straordinario di assunzioni che abbiano ottenuto il trasferimento, nonché dei



docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2021/2022, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura, per i quali si chiede sin d'ora di autorizzare, ex art. 151 cod. proc. civ., la notifica attraverso la pubblicità/pubblicazione a mezzo dei canali istituzionali, giusta istanza stesa in calce al presente ricorso;

- resistenti -

A. La condizione soggettiva della ricorrente

1- La ricorrente è una docente di ruolo della scuola primaria, giusto contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato presso l'I.C. "Fornovo di Tarò" (Parma) a far data dal 1° settembre 2015, per effetto del piano straordinario di mobilità per i docenti assunti nell'anno scolastico 2015/18 cd. legge buona scuola (cfr. doc. 1).

La ricorrente ha partecipato alla mobilità interprovinciale indetta con ordinanza ministeriale n 106 del 29 marzo 2021 presentando tempestiva (doc. 2) domanda di trasferimento interprovinciale, indicando le seguenti preferenze:

- 1) I.C. "D'Aosta- Scura" di Napoli;
- 2) Na 3 - De Amicis;
- 3) Na 4 – M. Cristina di Savoia;
- 4) Na 17 – Angiulli;
- 5) Na I.C. Fiorelli primaria;
- 6) Na 63 – Andrea Doria I.C.;
- 7) Napoli I.C. Italico via Calise;
- 8) Casanova primaria;
- 9) Na I.C. Viviani-Villanova;



- 10) Na I.C. Baracca Vittorio Emanuele;
- 11) Na 39 – G. Leopardi
- 12) Na I.C. – Novaro Cavour;
- 13) Distretto 041;
- 14) Napoli;
- 15) Napoli.

Con la predetta domanda la ricorrente ha chiesto accertarsi il proprio diritto alla precedenza nel trasferimento interprovinciale ai sensi dell'art 33, cc. 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 Napoli, chiedendo accertarsi il diritto di precedenza atteso che la di lei madre, Sig.ra Assunta Starace, ultranovantenne risulta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art 3, c. 3, l. 104/92 (doc. 3).

Preme rappresentare sin da ora che la ricorrente è referente unico della madre giusta documentazione in atti (doc. 4) e dall'attuale condizione clinica della madre della ricorrente non è lecito attendersi alcun miglioramento atteso che, nel corso degli anni, il suo stato di salute è notevolmente peggiorato tanto da divenire irreversibile.

Ne consegue l'assoluta necessita di una presenza il più possibile continua della docente (e figlia) 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 della anziana madre



disabile.

Purtuttavia con lettera di notifica (doc. 5) alla ricorrente è stata respinta la richiesta di mobilità per l'a.s. 2021/22 e ciò per effetto dell'illegittima applicazione ed attuazione dell'O.M. n. 106/2021, attuativa del C.C.N.I. mobilità 2019/22, prorogato sebbene la disponibilità dei posti nonché l'assenza di comprovate ragioni oggettive tali da giustificare il diniego.

La ricorrente, pertanto, ha presentato immediatamente reclamo (doc. 6) - nota prot. 2986 del 10 giugno 2021 - a mezzo pec, ex art. 20, CCNI 2020/21, nei confronti dell'USP di Napoli, gravando il provvedimento a lei sfavorevole e, contestualmente, richiedendone la rettifica in esercizio del potere di autotutela proprio della pa.

Il reclamo è stato, tuttavia, negativamente esitato (doc. 7), sulla scorta di una mancanza di precedenza del diritto di mobilità, ex art. 14 CCNI, in favore del personale scolastico che intende assistere il familiare ex art. 33, cc. 5 e 7, l. 104/92.

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

La ricorrente è, altresì, per opportuna completezza espositiva, madre di un ragazzo ipovedente all'occhio destro (affetto da cheratocono, cfr. doc.).

Alla luce di tutto quanto sin qui esposto la procedura risulta viziata *ab origine* e come tale illegittima per i seguenti motivi di

diritto

1. Illegittimità degli art. 13 e 14 del CCNI 2019/2022 per contrasto con art 2 n. 2 lett. a) e segg. direttiva CE 78/00; Violazione e falsa



applicazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009. Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta. Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza prestata alla persona handicappata. Eccessivo sbilanciamento interessi in favore del datore di lavoro. Mancato assolvimento dell'onere probatorio. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 3,97 Cost.

a. L'ordinanza attuativa del CCNI 2019/2022 e le clausole in esso inserite sono illegittime per contrarietà alla normativa nazionale, comunitaria nonché ai precetti costituzionali e come tali devono essere disapplicate. Invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2019/22, con gli artt. 13, p. IV e 14, limita (*rectius*: **nega**) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta “*assistenza*” in quanto “*figlio referente unico*” del “*genitore con disabilità*” solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92 sancite dalla Carta Costituzionale. Invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2019/22, con l'art. 13, limita (*rectius*: **nega**) il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta “*assistenza*” in quanto “*figlio referente unico*” del “*genitore con disabilità*” solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza così vanificando le finalità proprie sancite dalla direttiva CE 78/2000 nonché i diritti di assistenza e tutela del disabile di cui alla legge 104/92 sancite dalla Carta Costituzionale. Più precisamente l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 31.12.2018 testualmente dispone che “*Le*



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

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

c. 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, l. 270/82).
- d. *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 mobilità annuale e non quale precedenza assoluta creando, pertanto un palese sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro (stante le mancate esigenze datoriali impeditive di derogare alla fonte superiore) e una consequenziale discriminazione diretta ed indiretta di cui alla direttiva CE 78/00 per il *minor favor* riservato ad alcune categorie di docenti e disabili vietata dalle disposizioni comunitarie e dai precetti costituzionali.

e. L'art. 14 (rub. ASSISTENZA AI FAMILIARI DISABILI), altresì dispone: *"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"*.

f. Sul punto si chiede a codesto ill.mo Giudicante di effettuare la comparazione degli interessi contrapposti in virtù della disponibilità dei posti allegati facendo gravare l'onere probatorio in capo al datore di lavoro come sancito dalle disposizioni sovranazionali, costituzionali nonché dalla Suprema Corte di Cassazione.

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

Gli art. 13 e 14 del CCNI si pongono in aperto contrasto altresì con il più alto **"principio di non discriminazione"**, sancito dal Diritto Europeo e dalla Carta Costituzionale, volto a garantire la parità di trattamento fra le persone, e quindi anche dei lavoratori e dei disabili.



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

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

Principi di non discriminazione reiteratamente ribaditi;

1) dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (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”;

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

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

2) dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti



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

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

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

L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva precisa che, ai fini dell'applicazione del precedente n. 1, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 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 rub. “Nozione di discriminazione” sancisce che “*per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale*”.

Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, ed all'art 3 della predetta direttiva il principio di parità di trattamento si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva è obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale



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

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

Ed è ciò che accade nel caso di specie laddove l'art 14 del CCNI 2019/022 nel riservare un trattamento differenziale o meno favorevole ai *care giver* e ai disabili (attribuendo soltanto un punteggio) a seconda dal grado di parentela e a seconda del tipo di procedura cui lo stesso partecipa, sacrifica in maniera ingiustificata il diritto costituzionalmente garantito alla tutela del disabile (non garantendone la continuità) ed alla sua relazione familiare innanzi a non comprovate esigenze organizzative con la conseguenza che opera senza dubbio alcuno un'incitazione a porre il lavoratore innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa e ciò in aperto contrasto con l'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a), della direttiva 2000/78.

Appare, quindi, evidente che dalla possibilità di potere in concreto



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

Ne consegue che dando rilevanza all'art 13 citato si crea una evidente e ingiustificata discriminazione tra *care giver* e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso *care giver* intende partecipare (interprovinciale, provinciale o annuale), ponendo questi ultimo (e il disabile) in una situazione di *minor favor* rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale: (Cfr. anche Sul principio di non discriminazione Corte di Appello di Catanzaro, sent. n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020) e più precisamente:

- a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile;
- b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza;
- c) ponendo il *care giver* nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa e 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) riservando il trasferimento definitivo nella sede del genitore disabile, in favore del solo docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale, e dall'altro, prevedendo l'assegnazione provvisoria nella sede del genitore disabile, in favore del docente (in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento inter-provinciale, al pari del docente (non in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale;

e) ledendo e interrompendolo, in maniera consistente e traumatico il legame affettivo e di assistenza tra alcuni disabili e *care giver* seppur partecipanti alla medesima procedura ma differenziandoli dal tipo di mobilità e dal diverso grado di parentela esponendo annualmente il *care giver* al ritrasferimento per mero automatico effetto del mancato rinnovo nell'anno successivo;

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

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

Sul punto la Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 18 luglio 2008 C-3003/06 "Coleman" ha già chiarito che *"Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. qualora un*



*datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte 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)***".

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

Alla luce delle superiori considerazione appare evidente ritenere che l'art 14 del CCNI 2019/022 (il cui raffronto con l'art. 33 della legge 104/1992 deve essere letto in termini costituzionalmente garantiti) nella parte in cui prescrive che la precedenza per il figlio referente unico che assiste un genitore disabile opera solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di assistenza e solo nell'ambito della mobilità annuale, negando la precedenza non solo agli altri familiari indicati dall'art.33, ma persino al figlio unico, opera una discriminazione diretta ed indiretta contraria ai superiori principi comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi.

b) *Sul mancato contemperamento degli interessi personali del docente (interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare) e della P.A. (interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale).*



A ciò si aggiunga che opinando nel senso voluto dalla contrattazione collettiva si opera un illegittimo sacrificio del diritto di tutela del disabile che invece può essere sacrificato (nel senso voluto dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite) **solo a fronte a esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte**” (Cass. n. 6150/2019, cit.) e non certamente alle non comprovate quanto astratte esigenze della P.A. sulle quali il giudice nazionale è tenuto ad effettuare il dovuto bilanciamento di interessi. (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte (Sentenza 7945/08) hanno statuito che *“la posizione di vantaggio ex art. 33, si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel di-chiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 33, comma 5, sollevata in riferimento all’art. 3 Cost., nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l’handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all’ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella – altrettanto meritevole di tutela – ma diversa in cui il lavoratore*



non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto – lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salva-guardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr.: Corte Cost. ord. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte costituzionale ha avuto modo anche di ricordare come esaminando alcuni profili della L. n. 104 del 1992, ne abbia già sotto-lineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ed ha aggiunto anche che essa incide sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a fare superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti”.

Più in generale, la pretesa può essere utilmente resistita ove leda in maniera consistente le esigenze datoriali, sulla base di fatti che spetta al datore provare (Cass. 3896/2009) (assenti nel caso di specie), ed in particolare, nel settore pubblico, ove si risolve 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), al quale questo giudice è chiamato a pronunciarsi ed il cui onere probatorio incombe sulla P.a.

Ora applicando i predetti principi al caso di specie non si comprende quale possa essere il bilanciamento degli interessi operato dall'amministrazione scolastica 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, ne si comprende l'onere sproporzionato (*rectius*: il danno) che l'amministrazione subirebbe nel concedere detti posti con preferenza ai lavoratori che assistono i familiari disabili senza porre alcuna discriminazione legata quanto alla relazione familiare con l'assistito rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione.

Deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori *care giver* a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali come l'assegnazione provvisoria non privi di conseguenze sul piano organizzativo per l'amministrazione scolastica aventi durata solo annuale e sono quindi naturalmente precarie ed in contrasto con l'art. 33, c. 5 cit. L.104/1992, perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "*care giver*" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Inoltre l'assegnazione provvisoria, lasciando la cattedra di titolarità del "*care giver*" altrove, lo espone annualmente al ritrasferimento per mero automatico effetto del mancato rinnovo nell'anno successivo, realizzando un risultato vietato dalla legge.

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



legittimità), da una finalità legittima.

A tale articolo rinvia espressamente l'art. 601 D.Lgs. n. 297 del 1994 che, al primo comma, stabilisce che "*(g)li 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*" e, al secondo comma, che "*(l)e predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità*".

In merito alla corretta interpretazione da conferire alla norma di cui al quinto comma dell'art. 33 l. n. 104 del 1992, la Suprema Corte ha chiarito come il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio/residenza della persona da assistere possa essere esercitato non solo al momento della costituzione del rapporto ma anche in costanza dello stesso e che tale assistenza non debba più essere considerata esclusiva sulla base della nuova formulazione testuale derivante dalle modifiche introdotte dalla L. n. 183 del 2010, ribadendo come tale diritto non sia incondizionato ma debba necessariamente essere bilanciato con le esigenze economiche ed organizzative promananti dalla parte datoriale ex art. 41 Cost. (recentemente Cass. civ., sez. lav., 01.03.2019, n. 6150; Cass. civ., sez. lav., 03.08.2015, n. 16298).

La Suprema Corte ha in particolare rilevato quanto segue: "*la previsione di cui al citato comma 5 dell'art. 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 ciò 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); l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative,*



costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003); il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010), ivi compresa appunto la comunità familiare; l'art. 33, comma 5, disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza" (Cass. civ. sez. lav., 01.03.2019, n. 6150).

La norma *de qua*, pone, dunque, norme imperative attuative di specifici precetti costituzionali, che prevedono la configurazione di un vero e proprio diritto di assistenza al familiare disabile. Diritto che non è però incondizionato, stante l'utilizzo della locuzione "ove possibile" nel dettato della norma, che implica il contemperamento necessario con i diritti e gli interessi del datore di lavoro ex art. 41 Cost.; tale bilanciamento *"dovrà 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"* (Cass. civ., sez. lav., 01.03.2019, n. 6150).

Sul punto assai calzante è una recente pronuncia del **Tribunale di Parma, sez. lavoro, del 4 gennaio 2021**, dott.ssa Orlandi, che, pronunziandosi su una fattispecie analoga a quella odierna, ha avuto



modo di precisare che: *“L'art. 13 del contratto collettivo integrativo sottoscritto in data 31.12.2017, che disciplina per categorie omogenee il sistema di precedenza nella mobilità territoriale e professionale, al quarto comma, rubricato "assistenza al coniuge ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale" prevede quanto segue: "Nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II e III fase dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33, commi 5 e 7 della L. n. 104 del 1992, richiamato dall'art. 601 del D.Lgs. n. 297 del 1994, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita leale tutela del disabile in situazione di gravità. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita tale tutela. Successivamente, 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. In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sotto elencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascuno altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata*



dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni. 3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei tre giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151 del 2001. In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla l. n. 104 del 1992 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti. Tale precedenza permane anche nel caso in cui, prima del predetto comune o distretto sub comunale, siano indicate una o più istituzioni scolastiche comprese in essi. Detta precedenza si applica anche alla I fase dei trasferimenti, alle condizioni di cui sopra, limitatamente ai comuni con più distretti. In assenza di posti richiedibili nel comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile è obbligatorio indicare il comune viciniore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili ovvero una scuola con sede di organico in altro comune anche non viciniore che abbia una sede/plesso nel comune di domicilio dell'assistito. L'indicazione della preferenza sintetica per l'intero comune di ricongiungimento, ovvero per il distretto scolastico del domicilio, per i comuni suddivisi in più distretti, è obbligatoria. La mancata indicazione del comune o distretto di ricongiungimento preclude la possibilità di accoglimento da parte dell'ufficio della precedenza sia per il comune (o distretto) che per eventuali preferenze relative ad altri comuni, ma non comporta l'annullamento dell'intera domanda. Pertanto, in tali casi, le preferenze espresse saranno prese in



considerazione solo come domanda volontaria senza diritto di precedenza. Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità. La particolare condizione fisica che dà titolo alla precedenza di cui al presente punto IV) nella mobilità a domanda deve avere carattere permanente. Tale disposizione non trova applicazione nel caso dei figli disabili. Per beneficiare della precedenza prevista dall'art. 33, della L. n. 104 del 1992, gli interessati dovranno produrre apposita certificazione secondo le indicazioni riportate nella O.M. che regola i trasferimenti. La predetta certificazione deve essere prodotta contestualmente alla domanda di trasferimento". Il Tribunale è quindi pervenuto a queste conclusioni: “Ebbene, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale sopra riportata relativa all'art. 33 L. n. 104 del 1992, ritiene il Giudice che le previsioni di cui all'art. 13 del contratto collettivo integrativo nella parte in cui non prevedono il riconoscimento di alcun tipo di precedenza nei trasferimenti interprovinciali per i figli referenti unici che assistano il genitore disabile siano **ILLEGITTIME** (enfasi nostra). La procedura di mobilità disciplinata dal contratto collettivo integrativo non ha infatti consentito a R.G. di far valere la precedenza spettante ex art. 33, quinto comma, L. n. 104 del 1992 nei trasferimenti interprovinciali al fine di prestare assistenza alla madre. Le previsioni dell'art. 13, quarto comma, del contratto collettivo nazionale integrativo che riconoscono la precedenza di legge al figlio che presta assistenza al genitore disabile grave solo nei trasferimenti provinciali



*e nelle operazioni di assegnazione provvisoria devono pertanto considerarsi **nulle ex art. 1418, primo comma, c.c. per contrasto con la norma imperativa contenuta nell'art. 33, quinto comma, L. n. 104 del 1992 e devono conseguentemente essere disapplicate***".

Sulla medesima scia si è espresso il Tribunale di Messina dell'11 maggio 2021 (pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della Suprema Corte n. 4677 del 22.2.021, che non si è pronunciata sul bilanciamento degli interessi in gioco facendo gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio e non condivisa da numerosi giudici di merito, V. anche Trib. Cosenza Sent. n. 770/2021 pubbl. il 01/04/2021, Sentenza del 8.4.021 Trib Catania; Tribunale di Benevento sentenza del 8.3.2021) ha statuito che “ *l'inciso “ove possibile” fa riferimento ad esigenze organizzative dell'amministrazione, ossia alla sussistenza di posti vacanti e/o disponibili in pianta organica, ma non certo alle condizioni soggettive dell'assistito, sicché non consente una graduazione delle situazioni di assistenza (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela; il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, ossia l'interesse dell'invalide ad avere garantita l'assistenza familiare, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. N. 297/1994, sicché – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – non può essere operato in modo difforme dalla contrattazione collettiva.*” (Trib. Messina n. 1073/2021 G.L. dott.ssa Romeo). La ratio della norma va individuata, evidentemente, nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'effettiva ed attuale assistenza, anche di tipo morale, prestata alla persona portatrice di handicap, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico della stessa. Ed infatti, il diritto di scelta della sede più vicina e il diritto di non essere trasferito senza il



proprio consenso presuppongono un rapporto di assistenza in atto” (Trib. Messina, sez. lav., ord. 21 novembre 2011).

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

Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità con l'attribuzione di un diritto di precedenza (non di un semplice punteggio aggiuntivo) a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili (rientrando nella categoria prevista dall'art 33 c, 3 l.104/1992) non determina alcun onere sproporzionato voluto dalla Direttiva Europea.

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



A ciò si aggiunga che la Suprema Corte di Cassazione con recente ordinanza del 8.2.2021 ha disposto che *"la disposizione dell'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., e della carta di NIZZA che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana. Va anche osservato che la lettura dell'art. 33 c. 5 della L. n. 104 del 1992 nei termini sopra ricostruiti è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n.18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. cit. n.25379/2016 cui adde Cass. 23/5/2017 n.12911). E', nondimeno, innegabile che l'applicazione dell'art.33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi, bilanciamento necessario, per vero, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art.2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive". (doc. 10)(V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379)*

Sotto tale primo profilo appare evidente che in assenza di comprovate ragioni giustificatrici (stante la disponibilità dei posti in capo alla p.a.) tali da giustificare il sacrificio imposto al disabile ed in assenza di un corretto bilanciamento tra il diritto all'assistenza del disabile tutelato dall'art 32 della Cost. e il principio di buon andamento ed imparzialità della P.A., l'art 13 del CCNI deve essere disapplicato poiché in contrasto con i



superiori principi costituzionali e comunitari cui il giudice interno deve uniformarsi nella interpretazione della legge 104/1992 voluta anche dal Giudice delle Leggi.

Sotto tale primo profilo, pertanto, il ricorso va accolto.

2. Illegittimità e/o nullità dell'art 14 del CCNI 2019/022 per Violazione e falsa applicazione degli artt 2,3,29,32,38 Costituzione; Disparità di trattamento e di lesione del principio di buon andamento trasparenza ed efficacia dell'amministrazione.

L'art 14 citato deve ritenersi altresì illegittimo per contrarietà ai principi costituzionali e come tale deve essere disapplicato anche sotto tale ulteriore profilo.

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

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

Nel caso di specie, la regola contrattual-collettiva che impedirebbe la rilevanza di ogni ragione di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali



definitivi pregiudica in modo particolarmente grave l'interesse protetto dall'art.33, negando ad esso protezione proprio là dove la destinazione lavorativa rende più difficile, se non impossibile l'assistenza al disabile (ciò che già la rende censurabile ex Cost.3), e non appare esprimere alcun riconoscibile interesse pubblico ex Cost. 97 peraltro non addotto da chi ne aveva l'onere.

Pertanto, subordinare, come nel senso voluto dalla contrattazione collettiva, diritti costituzionalmente rilevanti – quali quelli sottesi al diritto alla salute, alla solidarietà sociale, alla tutela dei disabili -a dubbie esigenze organizzative dell'istituzione scolastica (cui grava l'onere della prova) porterebbe in realtà ad un eccessivo sbilanciamento degli interessi, dando un'eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro(su cui grava l'onere probatorio) rispetto a quelli, attinenti alla persona (e discendenti dalle disposizioni costituzionali ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.) propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in situazione di gravità. (Corte d'Appello L'Aquila, n. 618/2019).

Sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, ha avuto modo di soffermarsi anche la Corte Costituzionale. *“La ratio legis del diritto al permesso mensile retribuito consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare al fine di tutelarne la salute psico-fisica, quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., rientrante tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.)...In questo caso l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. D'altra parte, ove così non fosse, il diritto — costituzionalmente presidiato — del portatore di handicap di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita,*



verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato “normativo” rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio. Se, dunque, l’art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” (Corte Costituzionale, n.213/2016).

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

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

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

L’ordinanza attuativa del CCNI e le clausole in esse inserite sono illegittime e devono essere disapplicate poiché altresì in contrasto con art 33, l n. 104/1992 ed art 601 T.U. Scuola.

Difatti il CCNI limita (*rectius: nega*) fortemente il diritto alla precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità per le sole ipotesi di personale docente che presta “assistenza” in quanto ”figlio referente unico” del “genitore con disabilità” solo all’interno e per la provincia in cui è ubicato il



comune di assistenza così vanificando le finalità proprie di cui alla legge 104/92.

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

Quest'ultima disposizione (art. 601), infatti, **non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo riconoscendo un diritto assoluto**, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale, con la conseguenza che tale assetto contrattuale collettivo appare illegittimo, nella misura in cui non rispetta il dettato dell'art. 601, che non pone (si ripete) alcuna limitazione all'esercizio del diritto di cui alla L. n. 104 (analogamente V. Tribunale Messina 7.8.2017 e Tribunale Taranto 3.8.2017). Peraltro l'art. 21 della suindicata legge prevede che: *“La persona handicappata, con un grado di invalidità superiore ai 2/3 già riconosciuta con apposito verbale, o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della Tab. A annessa alla legge 10 Agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di con-corso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1, hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda”*.

Tale operazione non altresì in linea con quanto disposto dal c. 5, dell'art. 33 legge 104/92 come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4



novembre 2010, n. 183, laddove stabilisce che *"Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"*; il comma 3 fa riferimento al *"lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti"*.

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

Sul punto il Tribunale di Monza con sentenza n. 209/2019 pubbl. il 04/04/2019 ha sancito che ***"E' palese che l'art.13, punto IV, con riferimento alla mobilità interprovinciale, circoscrivendo il diritto di precedenza nella scelta della sede ad alcuni soltanto dei familiari contemplati dall'art.33, c.3, L.104/92 e, segnatamente, ai genitori, ai fratelli o alle sorelle (in caso di totale inabilità dei genitori), all'esercente la tutela legale e "successivamente" al coniuge del soggetto affetto da handicap grave, relegando le***



prerogative del figlio che assiste quale referente unico il genitore gravemente disabile alle sole operazioni di assegnazione provvisoria ed alla mobilità all'interno della medesima provincia, si pone in stridente contrasto con le sopra richiamate disposizioni legislative, le quali non contemplano alcuna distinzione tra i soggetti prestatori di assistenza negli stessi contemplati, ma li pongono tutti sullo stesso piano. Tali limitazioni sono irragionevoli“.

Inoltre il Tribunale di Taranto (sent. n. 737/2020) ha sancito il principio secondo cui *“Non è dunque giustificabile la disparità di trattamento che viene in rilievo tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che come l’odierna istante, partecipano alla mobilità interprovinciale essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Conseguentemente il docente interessato può dunque usufruire di tali precedenze in ciascun comune, ambiti, e/o delle provincie indicate nel proprio ordine di priorità limitatamente alle sedi disponibili secondo l’ordine di preferenza espressa”.*

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

Tale orientamento è avallato da copiosa giurisprudenza di merito che (tra



le tante) con recente statuizione, ha così disposto: “*la precedenza prevista da una lex specialis, che detta i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 Legge 104/92) non può essere derogata da un decreto ministeriale, né da un contratto collettivo contenente norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti (cfr. Trib. Messina, Catania, Palermo, Termini Imerese, Roma, Potenza, Lodi, Brescia, Vicenza, Asti, Ravenna, Viterbo, Vercelli, Vibo Valentia, Pisa; Latina, Taranto, Alessandria).*”

Anche sotto tale ulteriore ed assorbente motivo, la ricorrente, referente unico del disabile in situazione di gravità, ha certamente diritto a godere della precedenza prevista ai sensi dell’art 33 l. 104/1992 per il predetto trasferimento interprovinciale.

Alla luce delle superiori considerazioni ne consegue che la clausola pattizia di cui all’art 13 punto 4), laddove prescrive il diritto di precedenza soltanto nella mobilità annuale (e non definitiva) e provinciale del figlio referente unico deve ritenersi illegittima e quindi nulla a norma dell’art. 1418 cod. civ. per contrasto con la norma imperativa di cui all’art 2 e segg. della direttiva CE 78/2000, con alla Carta di Nizza, con i principi costituzionali, con l’art. 33, 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.

ISTANZA DI NOTIFICAZIONE AI CONTROINTERESSATI EX ART 151 CPC.

Sebbene non ritenuto necessario, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti in causa il presente ricorso dovrebbe essere notificato



a tutti i docenti che hanno partecipato alla procedura di mobilità territoriale e che potrebbero vedere mutata la propria posizione a seguito dell'eventuale accoglimento dello stesso.

Tuttavia, nel caso di specie non si rinvergono informazioni circa la presenza di interessati al posto ancora disponibile e comunque, per il ricorrente risulta impossibile acquisire le informazioni relative agli indirizzi di tutti i docenti potenzialmente controinteressati nonché determinare con esattezza tutti i docenti che –effettivamente– potrebbero essere titolari di un interesse diretto e contrario all'annullamento degli atti impugnati, stante il carattere nazionale della predetta procedura.

Conseguentemente, risulta impossibile procedere con la notifica del presente ricorso nelle forme ordinarie.

Alla luce di quanto sopra, si rileva che l'art. 151 cod. proc. civ. conferisce all'Ill.mo Giudice designato ampia facoltà di disporre, anche d'ufficio, che la notificazione avvenga con qualsiasi mezzo *“quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità, di riservatezza o di tutela della dignità”*, purché le modalità prescelte per siffatta notifica siano *“tali da non compromettere il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24 come “inviolabile” in ogni stato e grado del processo (...); così come devono trovare corrispondenza nello scopo dell'atto le modalità prescelte debbono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio”* (Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 13868/02; Cass. Civ., sent. n. 3286/06; Cass. Civ., sent. n. 4319/03), facendo presente altresì che la notifica per pubblici proclami con pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, oltre ad essere particolarmente onerosa per la ricorrente, non appare comunque idonea al raggiungimento dello scopo, non potendo *“ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino - potenziale convenuto in giudizio - di prendere visione costante del Foglio degli annunci legali della Provincia o della Gazzetta ufficiale, nei quali il sunto del ricorso viene pubblicato”* (Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 106 del 19.02.1990 richiamata da TAR Napoli, Sez. V, sent. n. 6249 del 21.06.2007-22.06.2007).

Di contro, il sito istituzionale del MIUR risulta costantemente seguito da tutti i docenti poiché costituisce il principale mezzo di comunicazione ufficiale, anche



quale strumento di pubblicazione dei singoli provvedimenti.

Pertanto, considerato il ricorso sempre più frequente da parte dei Giudici allo strumento della pubblicazione sui siti dell'Amministrazione interessata quale notificazione alternativa a quella per pubblici proclami e tenuto conto che, nel caso di specie, detta modalità appare indubbiamente quella più idonea al raggiungimento dello scopo, la deducente difesa chiede espressamente di essere autorizzata a notificare il presente ricorso nei confronti di tutti i docenti controinteressati a mezzo pubblicazione del ricorso e del decreto di fissazione di udienza sul sito istituzionale del MIUR (www.istruzione.it) e/o degli Uffici scolastici periferici interessati.

Tanto premesso e ritenuto, la prof.ssa Rosaria Di Mariano come sopra dom.ta, rapp.ta e difesa, rassegna le seguenti

conclusioni

1. accertare e dichiarare per i motivi di cui *infra*, previa disapplicazione ai sensi degli artt. 1339 , 1418, 1419 cc e 40 c. 1 ultimo cpv del d.lgs 165/01 dell'art 14 del CCNI sulla mobilità docenti 2021/2022 poiché in contrasto con art. 2 della direttiva 78/2000 nella parte in cui opera la discriminazione diretta e indiretta tra docenti e *care giver* partecipanti nella medesima procedura di mobilità operando *minor favor* nei confronti di alcune categorie di docenti (come la ricorrente) e di disabili e di maggiore favore soltanto nell'ambito dei trasferimenti provinciali e nelle c.d. assegnazioni provvisorie;
2. Accertare e dichiarare l'insussistenza di ragioni oggettive in capo alla p.a. tali da rendere sacrificabile il diritto all'assistenza del disabile e per l'effetto disapplicare gli artt. 13 e 14 CCNI 2019/2022 per eccessivo sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro e ciò per contrarietà alla direttiva Ce 78/2000, Carta di Nizza, nonché ai precetti



costituzionali e le disposizioni di cui *infra*.

3. In subordine accertare e dichiarare la disapplicazione degli artt. 13 e 14 cit. poiché in contrasto la legge 104/1992 (artt. 3, 21, 33) e dell'art 601 (T.U. scuola) nella parte in cui non prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della presso le sedi rientranti nel comune di Napoli, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che gli consentono comunque di prestare assistenza continua al di lei padre ciò con effetto immediato;

4. Accertare e dichiarare la sussistenza del *fumus boni iuris* ed emettere tutti i provvedimenti consequenziali ritenuti idonei a tutelare il diritto del ricorrente con particolare riferimento alla disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono:

a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Napoli scuola primaria pubblicato il 7 giugno 2021 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 2021/2022 e ss.;

b) disapplicare la nota mail del 7 giugno 2021 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso le scuole prescelte e site nel comune di Napoli.

5. Conseguentemente e per l'effetto disporre trasferimento presso la sede



(scuola/distretto) rientrante presso il comune di Napoli e seguenti, anche in sovrannumero, e comunque in una delle sedi di cui alla domanda secondo l'ordine indicato che le consentono comunque di prestare assistenza continua alla madre, sig.ra Assunta Starace, di cui è referente unica e ciò con effetto immediato;

6. In via istruttoria si chiede che l'Ill.mo Giudice adito voglia ai sensi dell'art 210 cod. proc. civ. ordinare all'amministrazione resistente di esibire il prospetto delle disponibilità dei posti vacanti e disponibili prima e dopo i trasferimenti interprovinciali, le effettive e concrete disponibilità dei posti nonché il titolo di precedenza vantato dai docenti trasferiti presso le sedi indicate dalla ricorrente e comprovanti la presunta precedenza.

Con vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore dei procuratori antistatari e riserva di ogni ulteriore azione in ordine al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi.

Avv. Alessio Raiola

Avv. Dario Barbagallo

Dichiarazione di valore

Si dichiara che la controversia ha valore indeterminabile e il contributo unificato non è dovuto in quanto il reddito ISEE familiare è al di sotto della soglia di legge pari a 34.481,76, come da autocertificazione che si acclude.

Avv. Alessio Raiola

Avv. Dario Barbagallo

Si allega la seguente documentazione a corredo del ricorso:

- 1) contratto di lavoro a tempo indeterminato c/o Fornovo di Taro Parma;
- 2) domanda di mobilità interprovinciale per la provincia di Napoli;
- 3) l.104/94 in favore della sig.ra Assunta Starace (madre);
- 4) dichiarazione di altri parenti non in grado di assistere la madre della



ricorrente, sig.ra Assunta Starace;

- 5) riscontro (negativo) Ministero Istruzione all'istanza di mobilità della ricorrente;
- 6) reclamo della ricorrente con nota prot. 2986 del 10 giugno 2021;
- 7) riscontro negativo Ministero;
- 8) certificato medico di patologia invalidante e limitante la deambulazione della madre della ricorrente, sig.ra Assunta Starace, che la individua quale referente unica ad assisterla;
- 9) Tribunale di Parma, sez. lavoro, del 4 gennaio 2021;
- 10) art 13 CCNI 2019/2022;
- 11) graduatoria mobilità;
- 12) posti disponibili per fase e provincia;
- 13) autocertificazione reddito ISEE 2019 + c.i..

Napoli/Parma il 06.10.2021

Avv. Alessio Raiola

Avv. Dario Barbagallo



PROCURA SPECIALE ALLE LITI

La sottoscritta prof.ssa **Rosaria di Marino**, nata a Napoli il 20/12/1967 (C.F. DMRRSR67T60F839I) nomina i sig.ri avv.ti Dario Barbagallo (C.F. BRBDRA81M19F839G) e Alessio Raiola (C.F. RLALSS81L02L259C) suoi avvocati e difensori per rappresentarla e difenderla, congiuntamente e disgiuntamente, nel presente giudizio ed in ogni sua ulteriore fase, conferendo loro ogni facoltà di legge, con autorizzazione a transigere e conciliare in via giudiziale e stragiudiziale, ridurre ed ampliare la domanda, quietanzare, incassare somme in suo nome e conto, procedere esecutivamente, rinunciare agli atti e/o all'azione e accettare le relative rinunzie, deferire e riferire interrogatori formali e/o giuramenti decisori al giudizio e nominare avvocati domiciliatari. Elegge a tal fine domicilio presso lo studio dell'avv. Andrea Maria Minerva in Reggio Emilia, alla Via Monte Grappa n. 20. Consente il trattamento dei dati personali per lo svolgimento del mandato affidato ed a tal fine dichiara di aver preso visione della informativa resa ai sensi dell'art. 13 Regolamento Europeo 679/2016. Dichiara di essere stata informata ai sensi dell'art. 4,c.3, del D. lgs n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli articoli 17 e 20 del medesimo decreto.

Napoli, 26.07.2021

Prof.ssa Rosaria di Marino

D. Marino Rosaria

È autentica

avv. Dario Barbagallo

