

Avv. Vincenzo La Cava  
Via Cesare Battisti, 108  
98123 MESSINA  
avv.vincenzolacava@giuffre.it

ECC.MA CORTE DI APPELLO DI CATANIA

-SEZIONE LAVORO-

Ricorso in appello

Nell'interesse della Prof.ssa Caterina Antonella GAGLIANO nata a Ribera (AG) il 13.09.1967 ed ivi residente a Ribera in Via Enna n. 1, C.F. GGLCRN67P53H269U, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo La Cava (C.F. LCVVCN74D13F158Q) del foro di Messina, con studio in Messina, Via Cesare Battisti 108, ove intende ricevere gli avvisi di cancelleria ai seguenti recapiti (fax.090.346288; avv.vincenzolacava@pec.giuffre.it) per procura in calce al presente atto rilasciata su foglio separato,

CONTRO

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

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

UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE DI CATANIA, 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 2020/2021, 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. 2020/2021, e provenienti da Gae, tutti i docenti partecipanti alla procedura di mobilità provinciale



ed interprovinciale a.s. 2020/021.

Per l'annullamento

della Sentenza n. 577/2022 pubbl. il 15/11/2022, RG n. 712/2020  
resa dal Tribunale di Caltagirone, Sez. Lavoro, non notificata.

\*\*\*\*\*

La appellante è un docente della scuola infanzia, assunta a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 01.09.2008, ed ha partecipato alla mobilità interprovinciale in-detta con ordinanza ministeriale n 183 del 23.3.020 presentando tempestiva domanda di trasferimento interprovinciale.

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

In particolare la docente ha indicato quali sedi preferite diverse scuole e distretti rientranti nel comune di Ribera, Sciacca, Menfi e la Provincia di Agrigento chiedendo con apposita istanza l'accertamento del diritto alla precedenza atteso che il di lei padre, Sig. Gagliano Calogero, risulta portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/1992 giusto Verbale della commissione medica Inps.

Orbene la ricorrente nonostante il possesso di tutti i requisiti richiesti per usufruire della precedenza di cui alla l.104/1992 non si è visto riconoscere il proprio diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciale e con ricorso ha adito il Tribunale di Caltagirone per sentirsi accogliere 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 13 punto IV del CCNI sulla mobilità docenti 2020/2021 poiché in contrasto con 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 il comune di Ribera, Sciacca, Menfi e la provincia di Agrigento, 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 e ciò con effetto immediato; 2. Accertare e dichiarare la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora e contestualmente ex art 700 c.p.c. emettere tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto della ricorrente con parti-colare riferimento alla disapplicazione dei provvedimenti lesivi della posizione giuridica soggettiva dello stesso che seguono: a) del bollettino/elenco dei trasferimenti della Provincia di Agrigento scuola infanzia pubblicato il 29.6.020 con il quale non è stata assegnata la precedenza al ricorrente ordinando alle amministrazioni resistenti di riconoscere il diritto di precedenza in favore della ricorrente ai sensi della legge 104/1992 per assistenza al genitore disabile per gli anni scolastici 2020/2021 e seguenti; b) disapplicare la nota mail del 29.06.020 con la quale è stato disposto l'omesso trasferimento della ricorrente presso il comune di Ribera, Sciacca, Menfi e la provincia di Agrigento. 3. Conseguentemente e per l'effetto disporre il trasferimento presso il comune di Ribera, Sciacca, Menfi e la provincia di Agrigento, 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 e ciò con effetto immediato; 4. Con*



vittoria di spese e compensi di giudizio da distrarre in favore del procuratore antistatario.

Costituitasi l'amministrazione appellata ha chiesto il rigetto del ricorso trattenuta la causa il decisione, il g.l., ha rigettato il ricorso sull'errato presupposto che "con il contratto collettivo in questione, quindi, le parti sociali hanno "graduato" il detto diritto soggettivo di precedenza in ragione delle diverse esigenze organizzative, dando priorità ad alcune situazioni di assistenza rispetto ad altre, quantomeno ai fini della definitività o meno dell'assegnazione. Tale graduazione delle precedenze non contrasta con i principi legislativi sopra richiamati, improntati, secondo la clausola "ove possibile", al contemperamento degli interessi personali del docente (e quelli correlati di cura del disabile) con le esigenze funzionali di una amministrazione strutturalmente complessa, che deve organizzare movimenti del personale su larga scala al fine di garantire comunque il servizio scolastico e la continuità didattica. Il diritto di precedenza invocato in ricorso non è, infatti, assoluto o privo di condizioni e implica un recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro. Da questo punto di vista, proprio riguardo all'ipotesi del figlio chiamato ad assistere un genitore disabile, ragionevole appare la scelta della contrattazione collettiva di consentire la precedenza in ambito interprovinciale nelle sole assegnazioni provvisorie, trattandosi di situazioni mutevoli, suscettibili di evoluzione (in considerazione anche della età anagrafica della persona da assistere o della possibilità che, successivamente, altro parente possa rendersi disponibile ad assistere il congiunto infermo) che, altrimenti, consentirebbero, mediante trasferimento definitivo e da una provincia all'altra, all'interessato di scavalcare la posizione di altri docenti con punteggi superiori pur a fronte di esigenze che negli anni scolastici successivi potrebbero anche



*venire a mancare.*

*Tali situazioni, allora, vanno più correttamente sottoposte, di anno in anno, ad aggiornamento, garantendo il concorso degli interessati con gli altri insegnanti aventi esigenze analoghe di avvicinamento o ricongiungimento familiare, attraverso la formazione di apposite graduatorie delle assegnazioni (annuali) provvisorie. Nella fattispecie concreta, quindi, non vale a mettere in discussione le considerazioni fin qui svolte la circostanza che vi potrebbero essere ancora posti disponibili nelle sedi richieste dalla ricorrente, tenuto conto che la mobilità ha natura di procedimento complesso, suddiviso in operazioni successive secondo un ordine prestabilito, in cui i trasferimenti provinciali precedono quelli interprovinciali (art. 6 del C.C.N.I.). Non solo, ai movimenti per scuole o ambiti di provincia diversa da quella di titolarità (interprovinciali) è riservata una ristretta quota del contingente, pari al solo trenta per cento delle disponibilità determinatesi al termine dei trasferimenti provinciali, previo accantonamento dei posti destinati alle immissioni in ruolo (art. 8), che giustifica – rispetto agli spostamenti nella provincia – un più restrittivo criterio di graduazione degli interessi cui attribuire prioritaria soddisfazione (assicurando precedenza al solo genitore che deve accudire il figlio gravemente disabile o a chi è chiamato ad assistere il coniuge non autosufficiente). Per altro verso, anche nella mobilità interprovinciale gli interessi dei docenti referenti unici dei genitori disabili sono destinatari di specifica considerazione – e di annuale rivalutazione – attraverso il meccanismo delle assegnazioni provvisorie” con compensazione delle spese di lite.*

Ebbene tali assunti sono destituiti di fondamento logico e giuridico con la conseguenza che il provvedimento gravato deve essere riformato per i seguenti

#### MOTIVI



1. Error in iudicando; Erronea interpretazione di legge e dei fatti oggetto del ricorso; Omesso giudicato; Omesso 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).

Il provvedimento gravato deve ritenersi illogico, errato e come tale deve essere riformato.

Ed invero il giudice di prime cure erroneamente interpretando i principio voluti dalla Suprema Corte di Cassazione asserisce che *“Un bilanciamento analogo, anche se con diverse modalità attuative, è intervenuto nel caso in esame, in cui il C.C.N.I. per la mobilità del personale docente, nel riconoscere le esigenze di famiglia, assegna priorità ai genitori e al coniuge in modo pieno mentre garantisce il diritto di precedenza al figlio, per l'assistenza da prestare al genitore disabile, in modo parziale, consentendola solo nei trasferimenti all'interno della provincia e nei casi di assegnazioni provvisorie interprovinciali. Con il contratto collettivo in questione, quindi, le parti sociali hanno “graduato” il detto diritto soggettivo di precedenza in ragione delle diverse esigenze organizzative, dando priorità ad alcune situazioni di assistenza rispetto ad altre, quantomeno ai fini della definitività o meno dell'assegnazione. Tale graduazione delle precedenze non contrasta con i principi legislativi sopra richiamati, improntati, secondo la clausola “ove possibile”, al contemperamento degli interessi personali del docente (e quelli correlati di cura del disabile) con le esigenze funzionali di una amministrazione strutturalmente complessa, che deve organizzare movimenti del personale su larga scala al fine di garantire comunque il servizio scolastico e la continuità didattica. Il diritto di precedenza invocato in ricorso non è, infatti, assoluto o privo di condizioni e*



*implica un recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro”.*

Tale assunto è fuorviante e contrario alla normativa nazionale e comunitaria e come tale deve essere rigettato.

Il Giudice di prime cure non ha effettuato alcuna comparazione degli interessi contrapposti nel senso voluto dal Giudice delle Legge né dalla normativa comunitaria violando il principio di nomofilachia affidando il proprio convincimento logico giuridico ad astratte quanto personali valutazioni.

Difatti opinando nel senso voluto dalla contrattazione collettiva si opera un illegittimo sacrificio del diritto di tutela del disabile che **può essere sacrificato** (nel senso voluto dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite) **SOLO a fronte a esigenze tecniche, organizzative e produttive, ALLEGATE E COMPROVATE da parte datoriale, NON SOLO EFFETTIVE MA ANCHE NON SUSCETTIBILI DI ESSERE DIVERSAMENTE SODDISFATTE**”(Cass. n. 6150/2019, cit.) e non certamente alle non comprovate quanto astratte esigenze della P.A. sulle quali il giudice nazionale era ( *rectius* : 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 nonchè in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo*



*naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi – nel dichiarare 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, allorché 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 (non verificatasi nel caso di specie), 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 (stante la disponibilità dei posti comprovati nel giudizio di prime cure) né il sacrificio CHE SI DEVE IMPORRE al disabile ed al docente, atteso che nella specie si tratta di TRASFERIMENTI A DOMANDA destinati alla copertura di posti GIÀ RITENUTI DALLA STESSA AMMINISTRAZIONE VACANTI E DISPONIBILI così che occorre solo identificare i soggetti destinati a quelle sedi di lavoro, né si comprende l'onere sproporzionato (*rectius*: il danno) che l'amministrazione subirebbe nel concedere detti posti con preferenza ai lavoratori che assistono i familiari disabili senza porre alcuna discriminazione legata quanto alla relazione familiare con l'assistito rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione (*sic!!!*).

Deve anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori care giver a sedi idonee a con-



sentire 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, co.5 cit. L.104/1992, perché tale disposizione prevede anche che il lavoratore "caregiver" non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

Inoltre 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 contrariamente a quanto erroneamente asserito dal Giudice di prime cure laddove giustifica il contemperamento degli interessi contrapposti con *"le esigenze organizzative di una amministrazione strutturalmente complessa, che deve organizzare movimenti del personale su larga scala al fine di garantire comunque il servizio scolastico e la continuità didattica"*

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.

Sul punto il Tribunale di Messina su ricorso patrocinato da



questo difensore con sentenza del 11.5.021 (pronunziandosi in merito alla recente ordinanza della 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 Sentenza 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 va-canti e/o disponibili in pianta organica, MA NON CERTO ALLE CONDIZIONI SOGGETTIVE DELL’ASSISTITO, SICCHÉ NON CONSENTE UNA GRADUAZIONE DELLE SITUAZIONI DI ASSISTENZA (al genitore o al figlio), tutte parimenti meritevoli di tutela..... il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, OSSIA L’INTERESSE DELL’INVALIDO AD AVERE 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 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” (Trib. Messina, sez. lav., V. Trib. Catanzaro, V. Trib. Napoli).

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

Deve quindi concludersi che riguardo l'interesse pubblico connesso alla regolare copertura dell'organico a mezzo delle procedure di mobilità 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 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). 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 tra-sferito da una unità produttiva ad un'altra "se non per*



*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive"* (doc. 10) (V. anche (cfr. Cass. Sez. Lav. 12.12.2016 n. 25379).

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

2. Illegittimità dell'art 13 del CCNI 019/022 per contrasto con art 2 n. 2 lett.a e segg .direttiva CE 78/00; Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009; Violazione e falsa applicazione del principio di discriminazione diretta ed indiretta; Violazione e falsa applicazione del principio di effettiva ed attuale assistenza 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

La sentenza gravata è errata e deve essere riformata anche sotto ulteriore profilo.

Il giudice di prime cure ha operato, nel ragionamento logico giuridico seguito al fine di giustificare la conformità dell'art 13 del CCNI con l'art 33 della legge 104/1992, una



**discriminazione diretta ed indiretta** non curandosi delle fonti nazionali e sovranazionali di rango superiore che impediscono qualsiasi forma di discriminazione e o limitazione anche solo parziale del diritto di assistenza del disabile.

Difatti lo stesso giudice di prime cure asserisce ancora una volta erroneamente che", *Proprio riguardo all'ipotesi del figlio chiamato ad assistere un genitore disabile, ragionevole appare la scelta della contrattazione collettiva di consentire la precedenza in ambito interprovinciale nelle sole assegnazioni provvisorie, trattandosi di situazioni mutevoli, suscettibili di evoluzione (in considerazione anche della età anagrafica della persona da assistere o della possibilità che, successivamente, altro parente possa rendersi disponibile ad assistere il congiunto infermo) che, altrimenti, consentirebbero, mediante trasferimento definitivo e da una provincia all'altra, all'interessato di scavalcare la posizione di altri docenti con punteggi superiori pur a fronte di esigenze che negli anni scolastici successivi potrebbero anche venire a mancare. Tali situazioni, allora, vanno più correttamente sottoposte, di anno in anno, ad aggiornamento, garantendo il concorso degli interessati con gli altri insegnanti aventi esigenze analoghe di avvicinamento o ricongiungimento familiare, attraverso la formazione di apposite graduatorie delle assegnazioni (annuali) provvisorie".*

In tal senso la sentenza deve essere riformata atteso che sul punto si pone UNA DISCRIMINAZIONE TRA IL FIGLIO UNICO CONVIVENTE CON IL GENITORE DISABILE ED IL CONIUGE DEL DISABILE ANCH 'ESSO CONVIVENTE.

Appare allora ragionevole ritenere che tali situazioni vadano più correttamente sottoposte, di anno in anno, ad aggiornamento, garantendo il concorso degli interessati con gli altri insegnanti aventi esigenze analoghe di avvicinamento o ricongiungimento familiare, attraverso la formazione di apposite



graduatorie delle assegnazioni (annuali) provvisorie”

Tale assunto è errato.

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.

Ed invero il contratto collettivo nazionale integrativo 2019/022 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”.

Orbene l’art. 13 del CCNI mobilità del 2019/22 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 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 esclusiva-mente 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 un palese sbilanciamento degli interessi in favore del datore di lavoro (stante le mancate esigenze datoriali) ed 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.

Appare evidente che il ragionamento seguito dal giudice di prime cure si palesa in aperto contrasto 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 contemperamento 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 ed ingiustificata discriminazione tra care giver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso 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"; 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";

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 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;

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'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, de-gli 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 suo 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 di-scrimina-zione 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 13 del CCNI 019/022 nel riservare un trattamento differenziale o 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 costituzionalmente garantito 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.

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 del CCNI si crea una evidente ed ingiustificata discriminazione tra caregiver e disabili fondata unicamente dal diverso legame di parentela che li lega e dalla diversa procedura di mobilità cui lo stesso caregiver intende partecipare (interprovinciale, provinciale o annuale), ponendo questi ultimo (ed il disabile) in una situazione di minor favor rispetto ad altri docenti partecipanti alla medesima procedura di mobilità interprovinciale (V. anche Sul principio di non discriminazione Corte di Appello di Catanzaro con sentenza n. 410/2020 pubbl. il 21/05/2020, su ricorso patrocinato da questo difensore) (doc. 5) e più precisamente:

- a) non garantendo il legame assistenziale familiare con il disabile;
- b) esponendo il docente al rischio annuale di doversi allontanare dal luogo delle cure e dell'assistenza, riconoscendo soltanto il punteggio al pari dei docenti privi di precedenza;
- c) ponendo il caregiver nella condizione di trovarsi innanzi alla scelta se accettare o rinunciare alla propria attività lavorativa ed il disabile di vedersi ingiustificatamente negata (non graduata) la tutela e la relazione familiare di convivenza, 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 interprovinciale, al pari del docente (non in possesso di tutti i requisiti richiesti) che chiede il trasferimento provinciale.

e) ledendo ed 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).

h) riconoscendo la precedenza assoluta al coniuge del disabile convivente e negandola al figlio unico convivente del genitore disabile esponendolo annualmente al ritrasferimento interrompendo il legame affettivo!

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. 6).

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.

Alla luce delle superiori considerazione appare evidente ritenere che l'art. 13 del CCNI 019/022 (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.

Alla luce delle superiori argomentazioni il ricorso appare fondato e la sentenza gravata deve essere riformata.

4. Questione di Illegittimità Costituzionale dell'art 13 CCNI per violazione dell'art 2, 3, 32 Costituzione

Le disposizioni contenute nelle citate leggi e disposizioni normative inderogabili 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.

La pretesa del docente 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), al quale questo giudice deve attenersi ed il cui onere probatorio (non assolto) 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, 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!!!*).

Risulta, dunque, difficilmente comprensibile l'interdizione assoluta, introdotta dalla contrattazione collettiva integrativa, ai docenti che siano figli di disabili gravi, di poter dichiarare ed eventualmente fruire della precedenza ex l. 104/1992 (al sussistere di posti vacanti e disponibili), posto che tale possibilità non implica per l'amministrazione l'obbligo di assegnazione della sede richiesta, potendo quest'ultima avvenire solo in presenza di posti vacanti e disponibili per i quali l'amministrazione ne abbia ritenuto "possibile" la copertura mediante mobilità e nel rispetto degli altri criteri per la formazione della graduatoria.

Come è evidente e come già rimarcato, nel caso delle procedure di mobilità, una volta che l'Amministrazione abbia ritenuto possibile la copertura di determinate sedi mediante la procedura di mobilità, il problema della verifica della condizione in esame ("ove possibile") risulta già positivamente delibato dalla stessa amministrazione.

Del resto, come evidenziato sempre dalla Suprema Corte, già con riguardo alla formulazione originaria della norma, deve rilevarsi che *"la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore "che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo gra-do handicappato" di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vi-cina al proprio domicilio, è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento" e che*



la previsione dell'art. 33 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)", dovendosi quindi favorire interpretazioni della norma compatibili non solo con il dato letterale, ma anche "con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. N. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)" (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150 cit.).

Non appaiono quindi ammissibili interventi regolatori o interpretativi che di fatto determinino un'abrogazione, ancorché parziale, della disposizione.

Per quanto premesso, appare chiaro che la limitazione prevista dal CCNI, nella mobilità interprovinciale, per i figli dei genitori disabili gravi, non solo non sia autorizzata dalla stessa contrattazione nazionale (v. CCNL 19 aprile 2018, art. 22, co. 4, lett. a1), ma non abbia giustificazione sotto il profilo degli eventuali interessi del datore di lavoro pubblico ex art. 41 Cost., determinando il risultato, contrario alle fonti primarie, di ridurre irragionevolmente l'ambito di operatività delle tutele previste in favore dei disabili, introducendo discriminazioni fondate sulla natura del tipo di legame (in danno dei disabili gravi assistibili solo dai figli), in contrasto con l'equiparazione prevista



espressamente dall'art. 33 l. 104/1992

In virtù delle superiori considerazioni e dei reiterati pronunziamenti della Corte di Cassazione (V. su tutte Cass. Sez. Lav. n. 25379/2016 ) secondo cui è stato più volte stigmatizzato il principio secondo cui “ *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 [il requisito della convivenza non compare più nel nuovo testo dell'art. 33 cit.], deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., 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 - in funzione della tutela della persona disabile*” occorre sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art 13 del CCNI nella parte in cui ritiene plausibile la graduazione dei diritti e delle precedenze in favore del disabile con l'istituto dell'assegnazione provvisoria si pone in aperto contrasto con gli artt,2,3,32,38,97 della Costituzione laddove, operando una diversa graduazione della tutela, opera una discriminazione diretta ed indiretta vietata dagli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e della direttiva CE 78/2000.

In definitiva si chiede, in via preliminare, previa sospensione del giudizio, la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale considerata la manifesta fondatezza delle questioni sollevate rilevanti ai fini del decidere, poiché il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione delle questioni stesse.

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

CONCLUSIONI



1. Ammettere nella forma e nel rito il presente appello e conseguentemente annullare e/o revocare e/o modificare la sentenza impugnata, con qualunque statuizione e nel merito in accoglimento dell'appello e in virtù dell'effetto devolutivo accogliere tutte le domande già formulate in ricorso di primo grado che si devono intendere integralmente richiamate;
2. Preliminarmente sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro), per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e della direttiva CE 78/2000 nella parte in cui non riconosce medesimo trattamento a tutti i parenti ed affini sino al terzo grado ponendo delle discriminazione in ordine al grado di parentela che lega il disabile ed il care giver negando a quest'ultimo , in relazione ai trasferimenti interprovinciali, il diritto( seppur condizionato) di precedenza nella procedura di mobilità.
3. Accertare e dichiarare l'error in iudicando del percorso motivazionale del giudice di primo grado , per i motivi di cui infra, e conseguentemente 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 2020/021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 ( artt. 3, 21, 33) nella parte in cui non



prevede il diritto di precedenza nei trasferimenti interprovinciali al figlio/ parente/ affine entro il terzo grado individuato come referente unico che presta assistenza al disabile in situazione di gravità e conseguentemente accertare e dichiarare il diritto della appellante ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione anche in sovrannumero presso l'ambito e/o le scuole di cui alla domanda secondo l'ordine indicato e che le consentono comunque di prestare assistenza continua al disabile;

4. 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 2020/2021 poiché in contrasto con la legge 104/1992 ( artt. 3, 21, 33) e dell'art 601 (T.U. scuola) direttiva Ce 78/00 i precetti costituzionali di cui infra, 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 con-seguentemente accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere il diritto di precedenza e l'assegnazione della appellante presso la prima sede indicata in domanda, 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 padre e ciò con effetto immediato;

5. Con vittoria di spese e compensi di entrambi i giudizi da distrarre in favore del procuratore distrattario.

Messina/Catania 01.02.2023

*Avvocato*

Vincenzo La Cava

