

ECC.MA CORTE D'APPELLO DI CATANIA

SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO

Per la sig.ra **Barbagallo Maria** nata ad Acireale il 20.07.1966 ed ivi residente in via della Fiera Franca n.11 C.F. BRBMRA66L60A028N, elettivamente domiciliata in Catania, via Canfora n.145 presso lo studio dell'Avv. Dino Caudullo (C.F. CDLDNI73H18C351K - PEC dino.caudullo@pec.ordineavvocaticatania.it – fax 095444026) che la rappresenta e difende per procura in calce al presente atto

CONTRO

Il Ministero dell'Istruzione (già Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro p.t. (C.F. 80185250588) e **l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia** (C.F. 80018500829) in persona del legale rapp.te p.t.

PER LA RIFORMA DELLA SENTENZA N.4102/2021, RESA INTER PARTES DAL TRIBUNALE DI CATANIA SEZ. LAVORO – G.L. DOTT.SSA CONCETTA RUGGERI

IL 06.10.2021 E PER L'ACCOGLIMENTO DELLA DOMANDA PRINCIPALE

PROPOSTA CON IL RICORSO ORIGINARIO

PREMESSA SULLO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale di Catania ed iscritto al n.6927/2019 RG, l'odierna appellante ha esposto:

- di essere docente di scuola primaria, immessa in ruolo a decorrere dall'a.s. 2015/2016 mediante il piano straordinario di assunzioni previsto dalla legge n.107/2015 (art. 1, comma 98, lett. c);
- di aver dovuto partecipare alle operazioni di mobilità straordinaria valevoli per l'a.s. 2016/2017, la ricorrente è stata quindi trasferita a Bellano (ove



risulta titolare presso l'I.C. Mons. L. Vitali); tutto ciò, nonostante avesse indicato in domanda gli ambiti della Regione Sicilia, nel seguente ordine: 0006, 0009, 0010, 0007, 0008;

- per l'a.s. 2018/2019 la ricorrente ha ottenuto l'assegnazione provvisoria a Catania, con la conseguente competenza per territorio del Tribunale adito.

- di non aver ottenuto il richiesto trasferimento anche per il mancato riconoscimento della precedenza nelle operazioni di mobilità prevista dall'art. 33 comma 5 della legge 104/92 in quanto referente unico per l'assistenza al padre disabile grave, con lei convivente;

- il padre dell'appellante, Barbagallo Salvatore, è stato riconosciuto portatore di handicap in stato di gravità con verbale della Commissione Medica per l'accertamento dell'handicap del 28.10.2015 e la ricorrente è l'unico soggetto in grado di prestargli assistenza.

Invero, la madre (Pulvirenti Grazia) è stata anch'essa dichiarata portatrice di handicap in stato di gravità ed i fratelli non sono nelle condizioni di assisterlo (la sorella Barbagallo Rosaria presta a sua volta assistenza al coniuge invalido all'80%, il fratello Barbagallo Sebastiano risiede in altro comune rispetto ai genitori e svolge attività di lavoro turnato presso l'Ospedale Cannizzaro di Catania, il fratello Barbagallo Giovanni risiede anch'esso in comune diverso rispetto ai genitori, la sorella Barbagallo Pietrina Carolina presta a sua volta assistenza al figlio disabile al 75%);

- lamentava che in fase C ed in fase D erano stati effettuati trasferimenti interprovinciali in favore di altri docenti privi di precedenza alcuna;

- evidenziava altresì, in via subordinata, di non aver ottenuto il richiesto trasferimento in quanto non era stato riconosciuto alcun punteggio per i servizi prestati presso la scuola paritaria e che con il maggior punteggio



avrebbe ottenuto il trasferimento sperato, atteso che nei trasferimenti di fase B3 in ingresso in provincia di Catania, sui medesimi Ambiti indicati dall'appellante, risultavano trasferiti altri docenti, privi di alcuna precedenza e con punteggio inferiore rispetto a quello della ricorrente medesima.

Tanto argomentato, formulava al Tribunale di Catania le seguenti domande:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, fissata l'udienza di comparizione delle parti, così statuire

Previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere movimentata, sulla tipologia di posti di scuola primaria per cui ha titolo, negli ambiti della provincia di Catania, con precedenza in quanto assistente il padre disabile grave, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017, con il conseguente trasferimento presso l'ambito Sicilia 0006 o, in subordine presso uno degli altri ambiti indicati in domanda.

In ogni caso

Previa accertamento e declaratoria di nullità o comunque di illegittimità ed inefficacia, con conseguente disapplicazione nel presente giudizio, delle “note comuni” allegate al C.C.N.I. mobilità personale docente ed ata 2016/17 del 8/4/2016, nella parte in cui prevedono la non valutabilità dei servizi prestati prima dell'immissione in ruolo presso scuole non statali paritarie, nonché previa disapplicazione o declaratoria di nullità del CCNI sulla mobilità del personale docente del 08.04.2016 nelle parti in cui prevedono l'accantonamento dei posti e la movimentazione in fase B3 su



posti accantonati dei docenti idonei al concorso 2012 (articolo 2, comma 3, art. 6, Fase B e C e, comunque, ogni altro articolo che dovesse prevedere disposizioni del medesimo tenore di quelle censurate) ivi compresa, ove occorra e nei limiti di interesse l'O.M. 241 dell'8.04.2016

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad avere riconosciuto e valutato, ai fini della mobilità sia per le operazioni per l'a.s. 2016/2017 sia per gli anni scolastici a venire, nonché ai fini della ricostruzione di carriera, tutto il servizio prestato presso scuole paritarie prima dell'immissione in ruolo;

- conseguentemente, ordinare all'Amministrazione resistente di rivalutare la domanda di mobilità prodotta dalla ricorrente, attribuendo anche il punteggio spettante per il servizio prestato presso scuole paritarie prima dell'immissione in ruolo;

- quindi, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita, sulla base del criterio del punteggio, unitamente al personale docente ex comma 96, lett. a) della L. n. 107/2015, assunto nella fase c) del piano straordinario di assunzioni ex L. 107/2015, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017, ritenuta e dichiarata illegittima riserva/accantonamento dei posti in favore dei docenti immessi in ruolo dalla graduatoria del concorso ordinario 2012;

- per l'effetto, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento in Sicilia presso l'ambito 0006 o, in subordine, presso uno degli altri ambiti indicati in domanda secondo l'ordine di preferenza, in ossequio al punteggio ad essa spettante per l'effetto dell'accoglimento della domanda. Quanto sopra, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale sollevata in ricorso.



Con ogni consequenziale statuizione per spese diritti ed onorari del giudizio.”.

Integrato il contraddittorio ai sensi dell’art.150 cpc, posta la causa in decisione all’udienza del 6 ottobre 2021, la stessa veniva decisa con la sentenza, oggi appellata, con la quale il primo Decidente rigettava il ricorso. Conseguentemente, ritenendola errata e frutto di una inesatta ricostruzione della fattispecie sostanziale e delle disposizioni normative di riferimento e meritando, pertanto, riforma, l’odierna appellante propone gravame avverso la predetta sentenza ed invoca l’accoglimento del ricorso originariamente posto nei limiti di cui appresso, per i seguenti motivi di

DIRITTO

SPECIFICHE MOTIVAZIONI

Ai fini dell’ammissibilità dell’appello, secondo quanto previsto dall’art.434 c.p.c., come modificato dal D.L. 22/06/2012 n.83 (convertito nelle Legge n°134 del 2012), si specifica, preliminarmente, che le parti della sentenza che si intendono appellare attengono a:

SULLA DOMANDA PRINCIPALE

ERRORE IN DIRITTO, condizionante la decisione, con cui il Tribunale di Catania ha erroneamente interpretato e falsamente applicato l’art.33 comma 5 della legge 104/92 in combinato disposto con l’art.601 del D.Lvo 297/94, ritenendo legittime le previsioni di cui all’art.13 del CCNI sulla mobilità del personale scolastico laddove non prevede alcuna precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale per il docente che assiste il genitore disabile grave.

In particolare, la sentenza appellata risulta errata e meritevole di riforma laddove il primo Decidente afferma che *“Si tratta di una previsione (n.d.r.*



quella di cui all'art.13 CCNI citato) coerente con il sistema delle precedenzae fin qui illustrato che, in materia di assistenza ai soggetti disabili, opera una graduazione della tutela, distinguendo la posizione dei genitori, dei tutori legali e del coniuge del disabile con precedenza nei trasferimenti interprovinciali da quella, tra gli altri, degli stessi figli del disabile con precedenza, unicamente a determinate condizioni e solo nell'ambito della mobilità provinciale, salva la possibilità di partecipare alle operazioni di assegnazione provvisoria nella mobilità annuale per i figli che assistano il genitore in situazione di gravità".

SULLA STATUZIONE SULLE SPESE

L'errato rigetto del ricorso in primo grado ha determinato anche l'ingiusta compensazione delle spese di lite.

*** **

Con il ricorso in primo grado, in particolare, si era rivendicato il diritto al trasferimento con precedenza in ragione dell'assistenza da parte della ricorrente del genitore disabile grave.

Sul punto erano stato dedotto che nella domanda di mobilità per l'a.s. 2016/2017, la ricorrente dichiarava di voler fruire della precedenza nelle operazioni di mobilità prevista dall'art. 33 comma 5 della legge 104/92, allegando la relativa documentazione.

La ricorrente infatti, è il referente unico per l'assistenza al padre disabile grave, con lei convivente.

In particolare, il padre della ricorrente (Barabagallo Salvatore) è stato riconosciuto portatore di handicap in stato di gravità con verbale della



Commissione Medica per l'accertamento dell'handicap del 28.10.2015¹, e la ricorrente è l'unico soggetto in grado di prestargli assistenza.

Invero, la madre (Pulvirenti Grazia) è stata anch'essa dichiarata portatrice di handicap in stato di gravità ed i fratelli non sono nelle condizioni di assisterlo².

Come dianzi evidenziato, nella domanda di mobilità per l'a.s. 2016/2017 non veniva riconosciuta la precedenza per la mobilità interprovinciale sebbene prevista dalla legge 104/92, sulla scorta delle illegittime previsioni di cui al CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2016/2017.

E' stato documentato come, se per la mobilità interprovinciale fosse stata attribuita la precedenza prevista dalla L.104/92, la ricorrente avrebbe certamente ottenuto il trasferimento sperato già per l'a.s. 2016/2017.

Invero, a prescindere dai successivi motivi di ricorso, in cui si rivendica l'attribuzione del punteggio per il servizio pre ruolo prestato presso la scuola paritaria, sia l'accantonamento dei posti previsto dalla contrattazione collettiva in favore degli idonei del concorso 2012, qualora alla ricorrente fosse stata riconosciuta, come avrebbe dovuto, la precedenza nella mobilità interprovinciale per l'assistenza al padre, avrebbe certamente potuto ottenere il trasferimento.

Invero, la ricorrente partecipava a alla fase C della mobilità³ e non ha ottenuto il trasferimento, sebbene avrebbe dovuto essere movimentata con precedenza rispetto a tutti gli altri trasferimenti effettuati in fase interprovinciale, quindi sia tutti quelli effettuati in fase C che in fase D.

¹ Diagnosi: demenza cerebrovascolare con turbe della condotta, cardiopatia ischemico ipertensiva, grave deficit statico-dinamico con compromissione importante delle autonomie di base e di relazione, incontinenza urofecale.

² La sorella Barbagallo Rosaria presta a sua volta assistenza al coniuge invalido all'80%, il fratello Barbagallo Sebastiano risiede in altro comune rispetto ai genitori e svolge attività di lavoro turnato presso l'Ospedale Cannizzaro di Catania, il fratello Barbagallo Giovanni risiede anch'esso in comune diverso rispetto ai genitori, la sorella Barbagallo Pietrina Carolina presta a sua volta assistenza al figlio disabile al 75%.

³ In quanto assunta da Gae nella fase C del piano straordinario di assunzioni.



Risulta provato quindi, che qualora fosse stata riconosciuta la richiesta precedenza in fase interprovinciale, partecipando alla fase C della mobilità, la ricorrente avrebbe certamente preceduto le predette docenti che, come detto, partecipavano alla successiva fase D della mobilità⁴.

*** **

Ciò premesso, nel ribadire tutto quanto eccepito, rilevato e richiesto nel giudizio di primo grado, nei limiti della parte di sentenza appellata, da intendersi qui integralmente trascritto, si rileva quanto segue.

SUL RICONOSCIMENTO DELLA PRECEDENZA NELLA MOBILITA' INTERPROVINCIALE PER L'ASSISTENZA AL GENITORE DISABILE GRAVE

L'art.13 del CCNI sulla mobilità del personale prevede che "Le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle sequenze operative delle quattro fasi della mobilità territoriale per le quali trovano applicazione. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata la fase o le fasi del movimento a cui si applica".

⁴ Tuttavia risultano essere stati trasferiti in Sicilia alcuni docenti che partecipavano alla successiva fase D della mobilità e, segnatamente

Catania	CSCLDN69H42C351T	CUSCUNA'	LOREDANA ENRICA ROSAMARJ		
	02/06/1969	CT 85 D	SIC0000009		
Catania	GRDGRZ70T53B428W	GIORDANO	GRAZIA	13/12/1970	CT
	34 D	SIC0000009			
Catania	LVRMRS78P69G597P	OLIVERI	MARIA ROSA	29/09/1978	CT
	55 D	SIC0000006			
Enna	PGLSRN74D44C342H	PUGLISI	SABRINA	04/04/1974	EN
	21 D	SIC0000011			
Messina	BNGBRZ60P57Z600N	BONGIOVANNI	BEATRIZ	17/09/1960	
	118 D	SIC0000013			
Siracusa	BGLCHR72D53F258O	BAGLIERI	CHIARA	13/04/1972	RG
	29 D	SIC0000026			
Siracusa	RGNMDL77C45B429N	ARGENTO	MARIA ADELE	05/03/1977	CL
	68 D	SIC0000026			

Nello specifico, le docenti Cuscunà Loredana, Giordano Grazia e Oliveri Maria Rosa, sono state trasferite in ambiti (Sicilia 0009 e 0006) indicati anche dalla ricorrente in domanda.



Nello specifico, il punto IV del citato art.13, prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità, per le ipotesi di “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”.

Il punto in questione del CCNI prevede un codice precedenza per le succitate categorie, ma solo in linea di principio, atteso che subito dopo la disposizione pattizia in questione cui viene data compiuta disciplina per i trasferimenti nell’ambito della stessa provincia, è invece contraddetta dallo stesso testo contrattuale, al terzultimo capoverso, dedicato ai trasferimenti interprovinciali, del medesimo punto.

Si legge poco oltre, infatti, che:

“Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità”.

Dunque, pur essendo decantata come una precedenza, l’assistenza del figlio referente unico del genitore portatore d’handicap viene degradata ad operare unicamente nella fase provinciale, mentre – inspiegabilmente – non viene riconosciuta nei trasferimenti interprovinciali e quindi viene negata come precedenza assoluta, come in realtà dovrebbe essere.

In sostanza, la precedenza prevista nel citato punto IV, non solo è destinata ad operare solo all’interno di taluna fase (la fase A su sola base provinciale) delle distinte sequenze di mobilità, ma soprattutto non costituisce affatto



precedenza nei trasferimenti interprovinciali come le altre ipotesi previste dal medesimo art.13 (figlio e coniuge).

La norma pattizia distingue, quindi, incomprensibilmente quanto illegittimamente, fra le diverse categorie di strettissimi familiari da assistere, privilegiando il figlio ed il coniuge, ma ignorando il genitore.

Operazione, questa, che contrasta con le chiare disposizioni di cui all'art.601 del T.U. 297/94, il quale, sancendo che [...] Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità [...] non pare affatto consentire tale emarginazione della precedenza di cui si discute.

In sostanza, il contratto collettivo integrativo, scomponendo il diritto alla precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale solo per le ipotesi di assistenza a figlio e coniuge, sacrifica in maniera illegittima, di fronte a (non si comprende quali) ipotetiche esigenze organizzative del settore scolastico, i diritti tutelati dalla legge 104/1992 per l'ipotesi di assistenza al genitore disabile grave.

Già più volte la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione, precisando che ove esista il posto da assegnare ai trasferimenti, le precedenze di cui alla Legge 104/92 devono trovare soddisfazione. La giurisprudenza in materia di protezione del disabile appare alquanto chiara:

“...Le norme del contratto collettivo nazionale della scuola relative alla mobilità volontaria del personale sono nulle nella parte in cui – in violazione dell'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104 - non danno precedenza assoluta, nei trasferimenti a domanda, ai portatori di handicap con invalidità superiore ai 2/3...” (Trib. Cremona, 1 agosto 2001, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2001, p. 983);



“...E' nulla, per contrasto con norma imperativa, la disposizione di contratto collettivo che non dà precedenza assoluta alla domanda di trasferimento effettuata dal portatore di handicap, poiché si pone in contrasto con l'art. 21 L. n. 104 del 1992, la quale attribuisce ai portatori di handicap, in caso di domanda di trasferimento, la assoluta priorità nella scelta e nell'assegnazione della sede (Trib. Perugia, 25 gennaio 1999, in Rass. Giur. Umbra, 1999, p. 307, nota di Bartolini).

Il contratto collettivo difatti, limitando l'operatività della precedenza in questione, e quindi della priorità nella scelta della sede, alla singola fase della mobilità su scala provinciale, di fatto svuota di contenuto le prescrizioni di cui all'art.33 comma 6 della legge 104/92.

In particolare, la citata disposizione legislativa, prevede al comma 6 che “La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire alternativamente dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

E, poiché dotata di copertura normativa di cui al richiamato art.601 T.U. 297/94, non può revocarsi indubbio che identica disciplina si applichi anche al personale (art.33) che presti assistenza al portatore d'handicap, come in effetti si applica con la sola incomprensibile eccezione del figlio referente unico.

Le disposizioni di cui alla L.104/92 pongono quindi “un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 C.C., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa”.



Una interpretazione/applicazione troppo restrittiva della disposizione in esame, così come avviene nel caso concreto ad opera del CCNI sulla mobilità, viene a comportare una sostanziale negazione di tutela.

L'insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.).

E l'imperatività della disposizione in questione è recepita nell'art.601 del T.U. 297/94, che estende i principi protettivi di cui alla L.104/92 (anche per assistenza) al personale scolastico tutto, anche per la mobilità, senza operare alcuna distinzione.

Se, dunque, il C.C.N.I. si pone in applicazione delle citate fonti di rango primario, del tutto priva di logica ed ingiustificata è l'esclusione della sola categoria dei figli referenti unici dei genitori gravemente disabili e per la sola mobilità interprovinciale.

Orbene, ciò posto, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, 6 co. l. 104/1992, **la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata" ed avente come finalità la garanzia del 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 possibile e**



la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 L.104/1992).

Dette norme di cui alla L.104/92 si configurano infatti quali disposizioni di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti. Di conseguenza, le stesse non possono ritenersi implicitamente abrogate neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Ancora nel senso che la precedenza operi a prescindere dalle fasi scandite dalla contrattazione, purché esista la disponibilità del posto, si vedano:

“...La norma dell'art.21 L. 5 febbraio 1992, n. 104, nella parte in cui prevede che la persona portatrice di handicap, con grado d'invalidità superiore a due terzi, abbia la precedenza in sede di trasferimento a domanda, non sancisce un diritto assoluto di preferenza prevalente sulle esigenze organizzative dell'amministrazione, ma una priorità operante soltanto nei confronti di altri soggetti interessati ai trasferimenti, nell'ambito della disciplina delle ipotesi di trasferimenti intracomunali, intraprovinciali o da provincia a provincia (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2000, n. 195, in Foro Amm., 2000, p. 101);



“...A norma dell'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104, l'insegnante di scuola media portatore di handicap con riduzione della capacità lavorativa in misura superiore a due terzi ha diritto alla precedenza assoluta, in sede di trasferimento a domanda, in ciascuna fase di trasferimento, in quanto la relativa posizione deve essere riconosciuta in termini di diritto soggettivo perfetto a fronte del quale sussiste l'obbligo dell'amministrazione di accordare la detta precedenza, non residuando alcun margine di discrezionalità alle determinazioni dell'autorità amministrativa relativamente all'"an", al "quid", e al "quomodo" delle stesse...”

(T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10 marzo 1999, n. 311, in Trib. Amm. Reg., 1999, I, p. 2220).

“...La precedenza, prevista dall'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104 a favore degli handicappati con grado di invalidità superiore a due terzi o con minorazioni ascritte alle prime tre categorie di cui alla tabella A annessa alla L. 10 agosto 1950, n. 648 spetta agli insegnanti secondari in ogni fase del procedimento di trasferimento a domanda e quindi in quella dei trasferimenti intercomunali...” (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 luglio 1994, n. 496, in Riv. Giur. Scuola, 1995, p. 760) .

Detta disposizione, in quanto diretta a dare attuazione ai fondamentali principi di solidarietà sociale, non può essere derogata neppure da parte dei contratti collettivi e, comunque, se deroghe pattizie alla legge sono ammissibili ciò è consentito solo nel caso in cui le parti collettive abbiano introdotto clausole legittime.

Ed il trattamento di pari dignità fra titolarità in capo a sé ed assistenza a prossimi congiunti emerge dalle stesse disposizioni pattizie, attesa la



disciplina dettata per la tutela di figli e coniugi, ma misteriosamente negata per i genitori.

Pertanto le norme del contratto collettivo nazionale della scuola relative alla mobilità volontaria del personale devono ritenersi nulle nella parte in cui - in violazione della L.104/02 - non danno precedenza alcuna, nei trasferimenti a domanda, al figlio che assista un genitore in condizione di unicità e/o esclusività.

D'altra parte è la stessa disposizione contrattuale a ideare la figura del "figlio referente unico", consentendogli però una precedenza solo in ambito provinciale.

Notoriamente l'unico limite, ovvero le uniche esigenze prevalenti dell'Amministrazione opponibili alle tutele approntate dalla L.104/92, sono quelle attinenti alla individuazione delle sedi da coprire mediante procedura di mobilità nel senso che la scelta dell'avente diritto ex art.21 L. 104/92 potrà essere operata soltanto nell'ambito delle sedi di servizio che il datore di lavoro abbia inteso coprire mediante procedura di mobilità del personale.

Il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che la L.104/92 è diretto a tutelare rende pertanto evidente, che la norma in questione costituisca una norma imperativa la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime ai sensi dell'art.1418, 1° comma C.C.

Ne deriva che le norme del CCNI nella parte in cui dispongono le diverse priorità prevedendo un sistema di preferenze sostanzialmente elusivo del disposto della previsione normativa in modo da non dare precedenza alcuna ai soli figli referenti unici dei portatori di handicap e solo nella cd. Mobilità interprovinciale, devono ritenersi nulle per contrarietà a norma imperativa



con la conseguente integrazione cogente e sostituzione di diritto della clausola nulla con la prefata disposizione imperativa.

Né – concludendo sul punto – potrebbe riconoscersi in capo alle parti sociali il potere di derogare alla disciplina sancita dalla legge in forza in forza dell'art.2, 2° comma D.l.vo 165/2001, essendo consentito alla contrattazione collettiva di disciplinare la materia già regolamentata da legge soltanto qualora si tratti di disposizioni di legge relative alla disciplina dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, mentre, come scritto, la L.104/92 trova applicazione in relazione a rapporti di lavoro sia pubblici che privati, ponendo essa principi diretti a tutelare diritti del disabile, costituzionalmente protetti.

Focalizzandoci, infine, proprio sulla quesitone dell'assistenza e sulle falle della disciplina pattizia settoriale, va detto come con una recente pronuncia la Corte d'Appello di Sassari (sentenza n.43/2015) abbia annullato simile disposizione del Contratto nazionale integrativo della scuola sulla mobilità del personale docente e Ata, in quanto viola la norma imperativa fissata dall'articolo 33 della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili.

La Corte sarda ha riaffermato che la norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali “non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela”, con la conseguente nullità, per contrasto con una norma imperativa, delle disposizioni del contratto nazionale 2014 per la mobilità del personale docente e di tutte le norme ad esso coordinate.



Tra queste “situazioni” ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che tuttavia “devono passare in secondo piano di fronte al diritto del disabile all’assistenza”.

Secondo la Corte d’Appello di Sassari è indiscutibile che il contratto collettivo sulla mobilità risponda all’esigenza di dare un ordinato assetto dell’organizzazione amministrativa, ma questo non comporta, che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché altrimenti questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell’interesse organizzativo o economico del datore di lavoro, con il conseguente diritto del lavoratore che presta assistenza al disabile grave all’assegnazione del primo posto disponibile, tra quelli indicati nella domanda, non assegnato ad altri soggetti con diritto di priorità assoluta.

Sulla scorta della predetta pronuncia della Corte d’Appello di Sassari si è peraltro orientato anche il Tribunale del Lavoro di Genova.

Con Ordinanza del 20.09.2016, emessa su caso assolutamente analogo a quello per cui è causa, il Tribunale di Genova (GdL Dott. M. Basilico) ha affermato che <<La norma di legge riconosce un diritto non incondizionato a scegliere la sede di lavoro più vicina al familiare gravemente disabile; la locuzione “ove possibile” è stata letta come portatrice dell’esigenza pubblica ad un assetto dell’Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione [Cass., sez. lav., 27 marzo 2008, n. 7945, e 25 gennaio 2006, n. 1396]. L’onere di provare le necessità economiche, produttive ed organizzative ostative all’esercizio del diritto grava sul datore di lavoro [Cass., sez. lav., 18 febbraio 2009, n. 3896].

Su questa premessa la Corte di Cassazione ha già riconosciuto compatibile con la norma di legge la clausola del contratto collettivo decentrato del



31.5.2002 che, graduando le precedenze nelle operazioni di trasferimento, ha assegnato le priorità a seconda delle categorie di menomazione: riservando quella assoluta soltanto ai soggetti portatori essi stessi di handicap ed inserendo i genitori dei disabili tra i titolari di precedenza limitata dal punto di vista territoriale, la disciplina collettiva “soddisfa una esigenza basilare dell’amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell’ambito del principio del bilanciamento degli interessi che ...la legge privilegia” [Cass., sez. lav., 15 gennaio 2016, n. 585].

La decisione della Suprema Corte, ad oggi isolata a quanto consta, è intervenuta su una fattispecie regolata dalla contrattazione collettiva in modo analogo a quella in esame.

Essa tuttavia non valuta l’esistenza nel settore scolastico d’una disciplina speciale, contenuta nell’art.601 d. lgs. 297/94 (articolo non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico). Vi si stabilisce che gli artt. 21 e 33 legge 104/92 “si applicano al personale di cui al presente testo unico” (primo comma) e che tali norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (secondo comma).

Diversamente da quella generale, la disposizione del capoverso dell’art.601 non prevede limiti al proprio contenuto precettivo.

Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.).

Va rammentato che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea riconosce il diritto delle persone con “disabilità” a beneficiare di “misure idonee” dirette a garantirne, tra l’altro, l’autonomia e l’inserimento sociale (art. 26). Tanto più dopo la ratifica avvenuta il 15.10.2010, possono



ritenersi acquisiti al diritto dell'Unione la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13.11.2006 e l'indistinzione lessicale tra disabilità ed handicap. Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio nella strategia sulla disabilità per il decennio 2010/2020 vengono incluse tra le misure dirette ad eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei disabili, i contributi alle azioni degli Stati membri di sostegno per le famiglie e l'assistenza informale (2.1.2). È conforme a questo quadro normativo l'esclusione di liti all'esercizio del diritto all'assistenza all'interno della famiglia per le persone affette da handicap grave. Anche un approccio sistematico induce a ritenere che il diritto enunciato dall'art. 601, secondo comma, del testo unico sulla scuola sia riconosciuto senza riserve. La stessa locuzione "ove possibile" dell'art. 33, quinto comma, l. 104/92, del resto, è indicativa della ristrettezza dello spazio entro cui il relativo diritto può essere compresso. La precedenza per la persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile opera una graduazione di tutele che va ben al di là della mera "possibilità" di protezione del diritto di quest'ultimo; introduce inoltre un criterio che, nella sua generalità, nulla ha a che fare con le esigenze organizzative dell'Amministrazione>>.

Sulla scorta di dette motivazioni, dunque, in caso assai simile (relativo all'assistenza Genitore/figlio, ma fatta valere solo all'interno della fase di mobilità di appartenenza, secondo le progressioni sequenziali fra fasi A, B, C e D, stabilite dal medesimo CCNI 8.4.2016) il Tribunale di Genova ha dichiarato la nullità del contratto collettivo nazionale integrativo del'8.4.2016 per la mobilità del personale nell'anno scolastico 2016/2017 nella parte in cui nega la precedenza assoluta per i trasferimenti interprovinciali ai docenti che



prestano assistenza ai figli minori affetti da handicap grave e, per l'effetto, ha dichiarato il diritto del ricorrente a scegliere con precedenza assoluta la sede disponibile, tra quelle da lei indicate nella domanda di mobilità interprovinciale.

La richiamata giurisprudenza consente, quindi, di affrontare la problematica sotto il profilo della NULLITÀ/ILLEGITTIMITÀ delle eventuali disposizioni pattizie ostative al richiamato diritto di precedenza di radice costituzionale, potendo – in estrema sintesi – ridursi la questione al principio per il quale, ove vi sia disponibilità del posto invocato dal lavoratore che richiede il trasferimento, questo vada accordato.

“...L'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33, comma 6, L. n. 104 del 1992 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), comporta che si debba tenere conto anche delle esigenze della pubblica amministrazione, oltre che della persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità, la quale intenda trasferirsi nella sede di lavoro più vicina al proprio domicilio; tuttavia, né la ridefinizione della pianta organica né la rideterminazione del personale in servizio costituiscono ostacolo all'accoglimento della domanda di trasferimento di cui trattasi (Cons. Stato, 31 maggio 2005, n. 2843, in Foro Amm., 2005, p. 1573).

Nel caso a mano, dunque, l'operato della resistente amministrazione va innanzitutto esaminato attraverso il meccanismo contrattuale che esorbitando dalla linea tracciata dalla Legge ed in particolare dall'art.601 richiamato, “costringe” il diritto invocato in talune fasi delineate in sequenza successiva, ossia solo nella fase provinciale e non nelle successive.

Stando così le cose, è evidente l'iniurità consumata dal CCNI in danno della sola categoria qui posta in luce e cui il ricorrente certamente appartiene. In



sostanza, seppur in linea di principio potrebbe affermarsi che la disposizione normativa relativa al lavoratore/assistente (il familiare handicappato) possa trovare applicazione in maniera meno rigorosa rispetto alla assolutezza del diritto di precedenza attribuito al lavoratore/handicappato, resta comunque chiaro che il T.U. 297/94 le ponga in condizione di pari rango e che, comunque, le riconosciute esigenze del datore di lavoro p.a. non possano debordare oltre il limite dell'esistenza e disponibilità del posto in dotazione organica e della volontà di renderlo disponibile per le operazioni di mobilità. Nel caso a mano, dunque, l'operato della resistente amministrazione va innanzitutto esaminato attraverso il meccanismo contrattuale che esorbitando dalla linea tracciata dalla Legge ed in particolare dall'art.601 richiamato, "costringe" il diritto invocato alla sole prime due fasi delineate in sequenza successiva [I) trasf.ti infracomunali, II) trasf.ti infraprovinciali], mortificandola invece in relazione alla terza fase [III) trasf.ti interprovinciali], operazione scandita dal C.C.N.I., ma che non appare del tutto confacente rispetto all'invocato diritto.

Così operando la precedenza descritta dalla L.104/92 e richiamata dall'art.601 T.U. 297/94 viene sostanzialmente azzerata e non v'è chi non veda uno snaturamento della ratio stessa della L.104/92 e del bene tutelato dalla richiamata normativa, richiamato senza indugi dall'art.601 D.lgs. 297/94 e v'è da chiedersi, prima di tutto, la compatibilità fra tale sistema descritto dalla fonte pattizia con le norme primarie protettive di diritti costituzionali.

L'assoluta incomprensibilità del sistema delineato dal CCNI è altresì confermata, laddove non considera in alcun modo la siffatta ipotesi ai fini della precedenza nelle operazioni di trasferimento interprovinciale, salvo poi



darvi riconoscimento nelle sole ipotesi di assegnazione provvisoria di durata annuale.

Anche la Corte d'Appello di Genova (sent. n.329 del 31.07.2017, ha rilevato la nullità delle disposizioni del CCNI in parte qua, precisando che “L’art. 33, co. 5, L. 104/1992, prevede che “il lavoratore di cui al comma 3 (ovverosia il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, categoria in cui pacificamente rientra la ..., n.d.r.) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

...

D'altra parte, non si può dubitare che la norma dell'art. 33, co. 5, L. 104/1992 abbia portata imperativa, attenendo alla tutela di situazioni della persona e della salute, sicché essa è destinata a prevalere, ai sensi dell'art. 2, co. 3-bis, d. lgs. 165/2001 sulle norme della contrattazione collettiva incompatibili.”.

Secondo l'art. 13 del C.C.N.I. di settore inerente i trasferimenti, “nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all'assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità”. Non è sostenibile che la contrattazione collettiva abbia portata meramente attuativa della norma di legge.



Infatti, mentre l'art. 33 limita il diritto alla scelta della sede ai casi in cui, in concreto, la preferenza dell'interessato non possa essere attuata (ad es. per mancanza di posti disponibili o per altre concrete esigenze della Pubblica Amministrazione), la norma del C.C.N.I. contiene invece una regola diversa, che gradua la tipologia di trasferimento (definitiva/provvisoria) a seconda del legame tra disabile e docente.

Ciò significa sottrazione a priori, al docente interessato, dei posti destinati a trasferimenti definitivi, il che appare in netto contrasto con la regola di legge che non ammette una generalizzata ed astratta riduzione delle possibilità di trasferimenti di tal fatta.

La previsione del C.C.N.I. non è poi a ben vedere esplicativa delle concrete situazioni organizzative che possano giustificare i dinieghi di precedenza, in quanto essa piuttosto esprime una regola, generale ed astratta, diversa da quella della legge primaria ed anzi con questa incompatibile nella misura in cui come detto vi è sottrazione, ai figli che assistano i genitori, di alcuni posti disponibili.

D'altra parte, non si può dubitare che la norma dell'art. 33, co. 5, L. 104/1992 abbia portata imperativa, attenendo alla tutela di situazioni della persona e della salute, sicché essa è destinata a prevalere, ai sensi dell'art. 2, co. 3-bis, d. lgs. 165/2001 sulle norme della contrattazione collettiva incompatibili".

Negli stessi termini si richiamano pure **Corte d'Appello di Torino sentenza n. 209 del 28/05/2018 e sentenza n.204 del 25.03.2019, Tribunale di Palermo, ex multis sentenza n.1511 del 4.4.2019 e sentenza n.3967 dell'8.11.2019, Tribunale di Cagliari sentenza n.972 del 28.06.2019, Tribunale di Siracusa ex multis sentenze n.638 del 04.06.2019, n.629 del**



12.09.2017 e n.745 del 25.06.2019, e Corte d'Appello di Firenze sentenza n.621 del 10.09.2019.

*** **

Come noto la questione sottoposta al vaglio di Codesta Corte non può prescindere dal novum giurisprudenziale di legittimità intervenuto di recente. Non è possibile sottrarsi alla trattazione del tema del riconoscimento del diritto di precedenza per il familiare che assiste il genitore disabile prescindendo dalla recente Ordinanza n. 4677 del 22.2.2021, con cui la Corte di Cassazione, sezione lavoro, è intervenuta in ordine alla disciplina di cui alla Legge 104/92, art. 33 comma 5, stabilendo la liceità di quelle disposizioni del Contratto Nazionale Integrativo sulla mobilità del personale docente educativo ed ATA, a.s. 2016/17, e nel dettaglio dell'art. 13 del predetto testo contrattuale, nella parte in cui negava il diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali per i figli che assistevano l'ascendente, portatore di handicap in condizione di gravità, cui era consentito unicamente di invocare l'assegnazione provvisoria (ossia un avvicinamento temporaneo) in luogo della vera e propria mobilità, quale trasferimento definitivo.

La pronuncia, da ritenersi espressione del "diritto vivente", s'innesta nel solco di un formante giurisprudenziale di merito orientatosi in senso opposto fondato sugli intendimenti della stessa Suprema Corte.

Il dato normativo, come noto, è chiaro laddove all' art. 33, commi 3 e 5, L. 104/92 afferma che: « coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa ...».

Il successivo comma 5 dispone che: «Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della



persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede».

La norma in questione tutela lo stato di convivenza del dipendente (pubblico o privato) con un soggetto affetto da handicap grave che venga assistito con continuità dal primo.

Inizialmente, la ratio della norma era individuata nella necessità di conservare il rapporto di assistenza e convivenza tra il dipendente ed il soggetto affetto da handicap, ma non anche di crearlo se prima non sussistente, o comunque di ripristinarlo qualora fosse stato successivamente interrotto, ad esempio a cagione della stessa assunzione; in ogni caso la lettura resa non pareva contemplare in alcun modo il trasferimento da una sede all'altra che trovasse una propria giustificazione nell'art. 33 L. 104/92.

Dunque, l'interpretazione più risalente della disposizione militava per una valenza della stessa che fosse circoscritta al momento genetico del rapporto e non anche al suo successivo sviluppo, venendo interpretato il diritto di scelta della sede come possibile solo all'atto dell'assunzione e non anche dei successivi trasferimenti.

Successivamente, proseguendo nella propria attività interpretativa, la Corte di Cassazione ha esteso la propria originaria interpretazione, delineando un nuovo orientamento secondo il quale la disposizione in esame risulta applicabile anche alla scelta della sede di lavoro fatta nel corso del rapporto, attraverso le istanze di trasferimento e, come tale, non richiede la preesistenza dell'assistenza in favore del familiare rispetto alla scelta della sede lavorativa in quanto al lavoratore è riconosciuto il diritto di “scegliere la sede di lavoro” più vicina al “domicilio della persona da assistere”: non è quindi richiesto che in passato l'avesse già assistita.



Fra le varie basti segnalare, la nota Sentenza della Corte di Cassazione n. 6150 del 1.3.2019 che viene richiamata e posta alla base delle proprie motivazioni da gran parte della giurisprudenza di merito interessata alla vicenda; con tale pronuncia confermativa di una decisione della Corte d'Appello di Milano che aveva ritenuto che l'art. 33, comma 5, L. 104/92, modificato dalla L. n. 53 del 2000 e dalla L. n.183 del 2010 (c.d. collegato lavoro) non dovesse trovare applicazione solo nella fase genetica del rapporto rispetto alla scelta della sede di lavoro, ma anche in ipotesi di domanda di trasferimento proposta successivamente dal lavoratore, sottolineando come per l'effetto dell'art. 24, L. 183/2010 non fossero più richiesti i requisiti di continuità ed esclusività dell'assistenza in favore del familiare bisognoso, previsti invece dall'art. 33, comma 5 L. n. 104/92 dopo le modifiche apportate dagli artt. 19 e 20, L. n. 53/2000, e rilevando inoltre come in base al testo vigente all'epoca della domanda di trasferimento, chiesta dal lavoratore in data del 2011, dovesse aversi riguardo non al domicilio del lavoratore bensì a quello della persona da assistere.

La Corte di cassazione, rievocando propri precedenti (Cass. n. 28320/10; n. 3896/09), ha statuito come la norma di cui alla L. n. 104/1992, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o del familiare lavoratore “che assista con continuità un parente o un affine fino al terzo grado di parentela handicappato” di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, fosse applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento, in linea con la ratio della norma volta a favorire l'assistenza al parente o affine handicappato, a prescindere se tale esigenza sorgesse nel corso del rapporto o se già presente all'inizio dello stesso.



A fortiori ratione, siffatta interpretazione s'imponessa dopo le modifiche avvenute ad opera della L. n. 53/2000 che aveva eliminato il requisito della convivenza tra il lavoratore e il familiare handicappato, e poi, con l'art. 24 della L. n. 183/2010 che era intervenuto sull'art. 20, comma 1, della L. n. 53/2000 eliminando i requisiti della "continuità e dell'esclusività" dell'assistenza prestata.

L'art. 33, comma 5, L. 104/92 risultante quindi per come riformulato dai rievocati interventi normativi non contiene una espressa e specifica indicazione alla scelta meramente iniziale della sede di lavoro, risultando quindi applicabile anche alla scelta che occorresse successivamente attraverso una specifica domanda di trasferimento, sicché la decisione adottata dalla Corte territoriale veniva ritenuta dalla S.C. di cassazione del tutto coerente con il tenore normativo e letterale del citato art. 33, comma 5, L. n. 104/92, soprattutto dal momento che appariva del tutto idonea e funzionale ad assicurare le esigenze di tutela di rilievo costituzionale connesse alla condizione della persona disabile grave.

E' quindi indubbio che si ascriva allo ius receptum l'applicazione doverosa della disposizione di Legge tanto alle assunzioni, quanto ai trasferimenti.

Assodato tale principio, la questione oggetto d'esame ruota, già in linea generale, attorno alla qualificazione, o meno, di norma imperativa della disposizione in argomento. Il punto di partenza dell'indagine è proprio rappresentato dall'inderogabilità della norma: imperativa è certamente quella disposizione normativa che i soggetti dell'ordinamento non hanno il potere di derogare, secondo la chiara distinzione tra norme inderogabili (o cogenti) e norme "relative"(o derogabili, cedevoli), le sole seconde caratterizzate da espressioni quali «salva diversa volontà delle parti», «salvo patto contrario»,



«in mancanza di una diversa pattuizione», appositamente utilizzate dal Legislatore.

La giurisprudenza di merito appare pressoché uniforme al riguardo, militando senza indugi per un'interpretazione di rango imperativo della citata disposizione, tenendo conto del fatto che sul particolare valore dei principi affermati dalla legge n. 104/1992, abbia avuto modo di soffermarsi anche la Corte Costituzionale ().

Nel caso dei commi 3 e 5 dell'art. 33, oltre alla tecnica redazionale della disposizione (che non appare tesa a lasciare alle parti alcun margine di derogabilità), è il nucleo dei valori rappresentati e tutelati dalla norma stessa, come valori di rango costituzionale, ad imporre tale conclusione.

Al riguardo uno snodo fondamentale è rappresentato dalla Sentenza n. 15873 del 20.9.2012, con la quale la Suprema Corte ha precisato che: «...l'inciso “ove possibile” va interpretato nel senso della necessità di effettuare una valutazione degli interessi contrapposti che vanno bilanciati; l'esercizio del diritto del lavoratore non può essere esercitato in danno dell'interesse del datore alle esigenze economiche, produttive ed organizzative dell'impresa; tuttavia grava sul datore di lavoro l'onere di provare che l'esercizio del diritto del lavoratore incida in maniera consistente sugli interessi dell'impresa».

Dunque, la dicitura “ove possibile” non consente di qualificare la norma come derogabile, piuttosto che imperativa, quanto a circoscriverne l'ambito di operatività alla sole circostanze di fatto la cui esistenza è necessaria a fondare i presupposti del soddisfacimento del diritto invocato, circostanze di fatto consistenti solo ed esclusivamente nell'impossibilità di ledere gli interessi economici del datore di lavoro, che – tradotto in formule di uso concreto – equivale alla sola inesistenza del posto rivendicato dal lavoratore che ambisce



al trasferimento con precedenza, ovvero alla indisponibilità dello stesso perché attribuito ad altro prestatore portatore di identica, se non più forte necessità da tutelare.

D'altra parte, l'esistenza di eventuali limiti di attuazione del diritto riconosciuto non vale a degradare la norma sul terreno della fonte derogabile. In tale direzione, lo stesso Legislatore introduce la materia con un ulteriore condizionamento «...A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno...», costituente l'incipit del comma 3, senza che l'esistenza dello condizionamento sminuisca la portata imperativa della disposizione, avuto riguardo agli interessi coinvolti.

E del resto, la Corte di Cassazione con Sentenza n. 585/2016 aveva affermato la legittimità delle disposizioni pattizie (Contratto Collettivo decentrato 31.05.02 dei Conservatori pubblici) che prevedevano delle priorità nelle operazioni di trasferimento, a seconda delle categorie di menomazione.

La priorità assoluta era riservata ai dipendenti portatori essi stessi di handicap; successivamente erano previste alcune categorie di soggetti riconducibili all'art. 33 (genitori di minore con handicap, handicappato maggiorenne in situazione di gravità, coniugi o figli obbligati all'assistenza che “abbiano interrotto una situazione di assistenza continuata a seguito di instaurazione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato”). Lo stesso contratto prevedeva poi dei punteggi aggiuntivi per i dipendenti, ai fini della formazione delle graduatorie dei trasferimenti, in particolare, attribuiva tre punti «per la cura e l'assistenza dei parenti conviventi (diversi dai figli e dal coniuge) e degli affini conviventi entro il terzo grado».

Mai, però, la Corte risultava essersi spinta sul terreno di assumere come lecita una disposizione pattizia che “a monte” avesse inteso escludere l'applicabilità



della disposizione con riferimento a taluni rapporti di parentela con solo alcune categorie di familiari assistiti, malgrado le identiche condizioni di unicità dell'assistenza rispetto ad altre ipotesi di familiari portatori di handicap grave, dalla possibilità stessa di esercitare il diritto contemplato dalla richiamata norma inderogabile di cui alla L.104/92 art.33 commi 3 e 5. Ebbene, dall'Ordinanza n. 4677 del 22.2.2021 della Corte di Cassazione, chiamata a interpretare la disposizione del Contratto collettivo nazionale integrativo del personale docente, educativo ed ATA 2016/17, si ricava invece un diniego del diritto alla precedenza nei trasferimenti interprovinciali per i figli che assistano l'ascendente, portatore di handicap in condizione di gravità, cui è consentito unicamente di invocare l'assegnazione provvisoria (ossia un avvicinamento temporaneo) in luogo della vera e propria mobilità, quale trasferimento definitivo.

Decisione che, in primo luogo, si sottrae alla definizione della norma oggetto di scrutinio come derogabile, ovvero non imperativa; qualificazione però ineludibile per giungere alla conclusione circa la liceità della disposizione contrattuale tesa ad impedirne l'esercizio da parte di alcuni titolari del diritto invocato.

Invero, si legge che l'unico motivo di ricorso formulato dal Ministero dell'Istruzione (per il cui rigetto aveva, invero, concluso la Procura generale) era teso a censurare proprio la statuizione della Corte d'Appello di Genova che aveva qualificato l'art. 33, comma 5, della legge 104 del 1992, come norma imperativa, ritenendo invece che la stessa indicasse una mera possibilità e non attribuisse ai lavoratori un diritto assoluto e perfetto, ma una posizione giuridica condizionata.



Dunque, la censura, incentrata sul metro della violazione o falsa applicazione di norme di diritto, di cui al punto 3 dell'art. 360 c.p.c., pretendeva di attribuire alla norma carattere derogabile e tale questione avrebbe dovuto risolvere la suprema Corte.

La Corte di Cassazione, invece, non giunge espressamente alla conclusione invocata dal Ministero ricorrente, ossia alla qualificazione della norma come derogabile e non detta nemmeno il relativo principio di diritto cui successivamente in sede di rinvio la Corte territoriale dovrà attenersi, spostando piuttosto l'attenzione sulla questione relativa alla differente nozione di limiti all'esercizio del diritto, introdotti dall'inciso "ove possibile".

Le conclusioni cui giunge l'Ordinanza non possono essere condivise.

È la stessa Corte nel corpo della propria motivazione a ricordare come «...tale diritto, a differenza della precedenza nella scelta della sede riconosciuta alla persona handicappata dall'art.21 della legge n.104 del 1992, deve tener conto di un bilanciamento tra interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datrice di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio del diritto stesso...».

Appare dunque chiaro, anche alla stessa Corte, come il bilanciamento di cui si discute si collochi nel terreno dell'esercizio concreto del diritto invocato, non sulla sua configurabilità prevista dalla norma primaria.

Si tratta di concetti e di momenti certamente distinti, anche temporalmente.

Statuire la portata inderogabile della norma equivale proprio, in linea di principio, a non consentire alle parti del rapporto giuridico regolato di escluderne aprioristicamente l'applicabilità; diversamente, lo scrutinio in concreto dell'esistenza delle condizioni per l'esercizio del diritto (che resta



consentito in forza dell'inderogabilità della norma), attiene alla diversa fase dell'attuazione della disposizione a carico delle parti del rapporto giuridico disciplinato.

Ed è proprio l'onere probatorio di eventuali circostanze impeditive, posto a carico del datore di lavoro, ad inquadrare la differenza, funzionale e temporale, del limite posto all'attuazione esercizio del diritto esercitato dall'inciso "ove possibile".

La Corte ha dunque fatto uso di argomentazioni, relative alle condizioni di esercizio del diritto, racchiuse nell'inciso "ove possibile" e risalenti al proprio stesso orientamento sul punto, per argomentare, invece, sul differente terreno dell'interpretazione della natura della norma posta a fondamento del diritto, quale norma (seppur mai definita espressamente tale) eventualmente derogabile, in ciò contraddicendo sé stessa.

Peraltro, la soluzione adottata non pare nemmeno aderente, come detto, alla censura posta in diritto dal Ministero ricorrente che invocava, infatti, al Giudice di legittimità una espressa declaratoria di derogabilità e non imperatività della norma, deducendo il motivo come violazione o falsa applicazione di Legge.

Si legge ancora che la censura del Ministero, affidata ad unico motivo, contenesse un ulteriore rilievo.

Recita il testo dell'Ordinanza: «...Comunque, assume il MIUR, anche qualora fosse riconosciuto all'art.33, comma 5, della legge n.104 del 1992, carattere imperativo, l'art.13 del CCNI, norma rispettosa della clausola generale di buona fede, non si porrebbe in contrasto con lo stesso, in quanto la considerazione delle esigenze relative al buon operato dell'Amministrazione rientrano legittimamente nella previsione della



disposizione legislativa, che ha inteso temperare i diversi interessi giuridicamente rilevanti, e ha lasciato alla contrattazione nazionale l'attuazione concreta di tali interessi...».

La questione della presunta compatibilità dell'art. 13 CCNI 2016/17 con l'art. 33 comma 5 della L.104/1992 è incentrata sul fatto che la norma primaria avrebbe lasciato alla contrattazione collettiva l'attuazione concreta degli interessi in gioco.

Ammesso, dunque, che la Corte avesse potuto affrontare la specifica questione della presunta compatibilità dell'art. 13 CCNI con l'art.33 comma 5 L.104/92 in assenza di adeguato motivo di ricorso per cassazione, la stessa non avrebbe potuto prescindere dal tema posto dal Ministero ricorrente, ossia dalla circostanza dedotta per cui sarebbe lasciata alla contrattazione nazionale l'attuazione concreta degli interessi in gioco.

E per affrontare tale tema la disamina da compiere imponeva l'analisi delle disposizioni di rango primario dedicate allo stesso, ma soprattutto imponeva un approccio sistematico in ordine alla gerarchia delle fonti del diritto.

Viene del tutto omissa l'esame innanzitutto dell'art. 601 del D.Lgs. 297/1994 che, diversamente da quanto ipotizzato dalla censura del Ministero ricorrente, vale a rafforzare la portata dell'art.33 L. 104/1992, già di per sé chiarita come inderogabile, non lasciando, invero, spazio alcuno alla contrattazione collettiva, laddove recita: «Art. 601 - Tutela dei soggetti portatori di handicap

1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2.



Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità...».

La disposizione di rango speciale dedicata al personale scolastico, invero, assume e ribadisce l'applicazione degli artt. 21 e 33 L. 104/1992 al personale scolastico ed in sede di mobilità.

A fronte di tale ulteriore rafforzamento del precetto già noto così come posto dall'art. 33 L.104/92, non si vede come l'interpretazione possa determinare uno spazio riservato alla contrattazione per diversamente disciplinarne l'applicazione.

Occorre a questo punto insistere sulla distinzione poc'anzi operata fra la possibilità stessa di invocare il diritto contemplato dalla richiamata norma inderogabile di cui alla L. 104/92 art.33 commi 3 e 5 – che con la norma contrattuale in esame viene tranciata di netto a monte –, dalle condizioni oggettive (l'esistenza e la disponibilità del posto riconducibili all'inciso 'ove possibile'): sulla possibilità riconosciuta a tutto il personale scolastico di concorrere con precedenza agli istituti generali delle assunzioni e della mobilità non vi è spazio di intervento rimesso alla contrattazione che possa diversamente disciplinarla.

Giova anche ricordare come allorquando le disposizioni relative alla mobilità del personale scolastico previste dal predetto D. Lgs. 297/1994, ossia gli artt. 462 e segg., siano risultati disapplicati dal CCNL del 4/8/1995, l'art.48 c.5 del predetto contratto si sia limitato a statuire che «...In sede di contrattazione decentrata nazionale verranno inoltre definite le modalità di applicazione delle agevolazioni previste dall'art. 33 della legge n. 104 del 1992 per i docenti portatori di handicap ovvero che siano familiari di portatori di handicap e dalla legge n.100 del 1987 per i coniugi conviventi dei militari e



del personale cui viene corrisposta l'indennità di pubblica sicurezza...», mentre nessuna disapplicazione abbia mai subito l'art.601 sopra detto: il terreno della contrattazione, dunque, è circoscritto alle «... modalità di applicazione delle agevolazioni previste dall'art.33 della legge n. 104 del 1992 per i docenti portatori di handicap ovvero che siano familiari di portatori di handicap...» non potendosi comunque spingere nella perdurante vigenza dell'art. 601 citato e nella riconosciuta natura inderogabile dell'art. 33 L.104/1992 alla recisione a monte del diritto in relazione a particolari categorie di familiari in punto di trasferimenti interprovinciali, ossia proprio di quei trasferimenti che hanno maggior rilievo ai fini dell'avvicinamento definitivo al familiare da assistere.

Il concetto di “modalità di applicazione”, nozione certamente compatibile con l'inciso ‘ove possibile’ che risale alla norma primaria, si è invece trasformato in concreto in una “recisione a monte” della possibilità stessa di esercitare il diritto di precedenza per talune categorie di familiari assistiti e nella sola mobilità interprovinciale.

Stando così le cose: il “diritto vivente” nega il disposto di legge.

Omessa qualificazione della natura imperativa della norma oggetto d'interpretazione, inosservanza dell'art. 601 T.U. Scuola, in uno al silenzio circa le implicazioni euro-unitarie discendenti dalla soluzione fornita, impongono di confermare l'orientamento finora assunto dalla giurisprudenza di merito.

La citata “law in action” contrapposta al diritto vigente, seppur ancora confinata ad un'isolata pronuncia, collide con il diritto dell'Unione europea e con alcune fonti sovranazionali come scolpito a chiare lettere dalla Corte di appello di Firenze n. 521/2020 (che si allega).



Affermazioni giurisprudenziali che valgono a incenerire le apodittiche conclusioni della Suprema Corte.

Un'interpretazione conforme delle norme di riferimento (art. 33 l. 104/1992 e 601 d.lgs n. 297/1994) alla luce del diritto dell'Unione europea, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, conduce a esiti opposti.

Applicando la Direttiva 2000/74 (così come interpretata dalle sentenze Chacon Navas e Coleman della Corte del Lussemburgo) la Corte di appello di Firenze ha individuato, e implementato a livello interno, la nozione autonoma di “handicap” propria del diritto dell'Unione europea. Seguendo l'art. 5 di tale direttiva «il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». In forza di tale dato normativo sovranazionale la Corte territoriale toscana ha ritenuto esistente un “obbligo” del datore di lavoro pubblico di adattare nei limiti di uno “sforzo non sproporzionato” la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile, nonché a chi lo assista, di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.

Ciò presupposto è stato scolpito che l'inciso “ove possibile” di cui alla legge n. 104/1992 «deve necessariamente leggersi, anche in via di interpretazione conforme, come coincidente con la nozione di “onere sproporzionato” di cui alla direttiva».

*** **



Recentemente, e dopo la citata pronuncia della Suprema Corte, su fattispecie identica si è pronunciato il **Tribunale di Palermo con sentenza n.2521 del 16.06.2021**, il quale con le seguenti argomentazioni ha superato il recente arresto della Cassazione:

“in relazione alla preferenza ex lege 104/1992 per il genitore disabile, la risoluzione della controversia dipende dall’interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall’articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) “ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Ancor più recente la pronuncia del **Tribunale di Lamezia Terme (ordinanza 1.09.2021)** che testualmente recita “come evidenziato dal Tribunale di Palermo nella sentenza n. 2521/2021 del 16.06.2021 (prodotta all’udienza del 5.08.2021), l’ordinanza n. 4677/2021 si fonda unicamente sull’interpretazione dell’art. 33 della L. n. 104/1992, non prendendo in considerazione il disposto dell’art. 601 del T.U. Scuola, che non prevede alcun limite al proprio contenuto precettivo e riconosce che gli artt. 21 e 33 della L. n. 104/1992 comportano la precedenza in sede di mobilità.
Peraltro, la pronuncia della Suprema Corte non chiarisce quali sarebbero le esigenze organizzative di carattere oggettivo, al ricorrere delle quali il diritto del docente/dipendente pubblico dovrebbe recedere per consentire il soddisfacimento dell’interesse al buon operato dell’amministrazione datrice di lavoro”.



Ed ancora più significativa la recente pronuncia della Corte d'Appello di Firenze (sentenza n.401 del 18.05.2021 e sentenza n.743 del 31.01.2022⁵), secondo cui la Corte di Cassazione “non ha in alcun modo affrontato la questione dell’interpretazione conforme dell’art.33 L.104/92 alla luce del diritto dell’Unione Europea, limitandosi piuttosto ad argomentare la disciplina collettiva rispetto a quella legale nazionale, con particolare riferimento al fatto che il riconoscimento selettivo della precedenza (in favore di chi assiste figli e coniuge, piuttosto che a favore di chi assiste i genitori) soddisferebbe l’esigenza basilare della pubblica amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, enel contempo rappresenterebbe un corretto bilanciamento degli interessi fra la stessa pubblica amministrazione ed il dipendente care giver.

In altri termini, secondo il collegio, i precedenti di legittimità non forniscono una risposta adeguata alla fondamentale questione relativa alla (dis)parità di trattamento del docente che assiste il genitore in condizione di handicap grave rispetto al docente che non sia care giver di alcun familiare.

Profilo che, con riferimento ai principi sopranazionali, impone di ritenere la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art.33, delle disposizioni del CCNI Mobilità 8.4.2016, che attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che assistano genitori disabili solo un punteggio aggiuntivo e non diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità”.

⁵ Vedi pure App. Firenze 8.10.2020 n.521, est. Tarquini.



Peraltro, l'art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce che “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” (co. 1) e che “le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (co. 2).

L'interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l'istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della “persona handicappata”, né la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso “ove possibile” (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002).

Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso “ove possibile” richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove



risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Le predette conclusioni derivano da una ricostruzione della normativa di riferimento e da una corretta collocazione della stessa nell'ambito dei principi comunitari effettuata dalla Corte d'Appello di Firenze, che di seguito si riporta.

Il combinato disposto dell'art. 33 l. 5.2.1992 n.104 con l'art. 601 d.lgs. 16.4.1994 n.297 comporta la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.

Secondo gli approdi esegetici del giudice della nomofilachia (v., tra le altre, di recente, Cass. 1-3-2019 n. 6150), la norma di cui all'art. 33, comma 5, l. 1992 n. 104 è applicabile anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento, deponendo in tal senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dall'art. 26 della Carta di Nizza del 7-12-2000 e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13-12-2006 sui diritti 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»⁶.

La norma in esame disciplina, infatti, uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del

⁶ Cass., 12-10-2017 n. 24015; Id., 22-3-2018 n. 7120.



familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza.

La «centralità di tale concetto di tutela» è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza di legittimità «proprio in relazione al momento in cui il diritto della persona handicappata deve essere rapportato al diritto alla mobilità del pubblico dipendente»⁷, tanto nel caso che il vincolo di assistenza venga invocato per evitare il trasferimento, quanto nel caso che venga invocato per ottenere il trasferimento .

Sembra allora necessario concludere, prosegue la Corte di Firenze, «che alla procedura di mobilità di cui è causa debba applicarsi il disposto dell'art. 33 della L. 104/1992. E a maggior ragione si impone una simile conclusione quanto all'art. 601 del D.Lgs. 297/1994, che alla mobilità fa espresso riferimento».

D'altra parte, “nella materia di interesse, non [può] prescindersi dalla disciplina dettata dalla Direttiva 78/2000, che “stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro” (pacificamente applicabile al rapporto di impiego pubblico, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 3), che all'art. 5 si occupa anche della disabilità, essendo il giudice nazionale tenuto all'interpretazione conforme del diritto interno.

E' certo, infatti, che le garanzie approntate dal diritto dell'Unione al lavoratore disabile si applichino anche nei casi in cui si faccia astrattamente questioni di discriminazione associata, in cui cioè il lavoratore o la lavoratrice

⁷ così Cass. 15-1-2016 n. 585.



non sia immediatamente portatore del fattore di protezione (nella specie l'handicap), ma assuma (e provi) comunque un trattamento differenziale in ragione della sua relazione con il portatore del fattore, come nel caso dell'handicap potrebbe tipicamente accadere al care giver, il soggetto che si prende cura del disabile, che è ciò che qui specificamente interessa.

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

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

Una definizione ulteriormente argomentata dalla Corte dopo la ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, il



cui art. 1, comma 2 definisce disabili coloro che “hanno minorazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri”.

In esito alla ratifica della Convenzione e richiamandone il contenuto, infatti la Corte di Giustizia⁸ ha affermato che la nozione di “handicap” debba “essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. Inoltre, dall’articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell’ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature»”.

E ancora, secondo il Giudice dell’Unione la stessa nozione “dev’essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un’impossibilità di esercitare un’attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività”⁹, e senza che rilevi l’origine dell’handicap, così che “se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78”¹⁰.

⁸ nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011.

⁹ Così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C-354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰ Così Corte di Giustizia, 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C337/11.



Quanto al carattere "duraturo" di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha inteso disciplinare ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo¹¹.

Così definita la nozione di disabilità, l'art. 5 della direttiva dispone poi che "per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato...".

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

¹¹ Sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punto 54.



È noto che l'Italia non ha dato tempestiva attuazione a queste disposizioni e la Corte di Giustizia ha accertato la violazione, su ricorso della Commissione Europea, con la sentenza 4 luglio 2013, Commissione/Repubblica Italiana.

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

Una piana lettura di queste disposizioni impone allora di ritenere l'esistenza di un obbligo (derivante dalla fonte superprimaria di diritto dell'Unione) del datore di lavoro, pubblico e privato, di adattare, nei limiti di "sforzo non sproporzionato", la propria organizzazione al fine di consentire al lavoratore disabile nonché (ed è quello che qui interessa) a chi lo assista di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizione di effettiva parità con i soggetti non portatori (nel senso lato di cui si è detto) del fattore protetto».

Ora, come ancora affermato dalla stessa Corte fiorentina nella pronuncia di cui sopra, è «di una certa evidenza che dalla possibilità di potere in concreto assistere il proprio familiare disabile dipenda senz'altro l'effettiva possibilità per il lavoratore e la lavoratrice care giver di continuare a svolgere la propria



prestazione in condizioni di parità, senza essere posti di fronte all'alternativa tra rinunciare al rapporto di lavoro (in quanto destinato a svolgersi con modalità incompatibili con l'assistenza) ovvero alla relazione personale di assistenza con il proprio familiare (perché del tutto inconciliabile con le condizioni di tempo e di luogo della prestazione lavorativa).

Ne deriva che, disciplinando l'art. 33 della L. 104/1992 una condizione decisiva per la compatibilità effettiva tra lavoro e assistenza, quale il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, **l'inciso "ove possibile" di cui dice la norma in questione, a proposito della possibilità per il lavoratore che assista il familiare disabile di scegliere la sede di lavoro, deve necessariamente leggersi, anche in via di interpretazione conforme, come coincidente con la nozione di "onere sproporzionato" di cui alla direttiva. Così che il limite al diritto del lavoratore care giver di scegliere la sede di lavoro più idonea a consentirgli lo svolgimento dell'attività di assistenza non potrà identificarsi con un qualunque confliggente interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico o privato, ma con un interesse particolarmente qualificato, tale che al pretermetterlo segua appunto uno sforzo sproporzionato».**

Facendo quindi applicazione di tali principi nella fattispecie che ne occupa, è da osservare che, come già rilevato, non è in discussione che il familiare (padre) dell'odierna appellante è persona handicappata anche nel significato assunto dalla direttiva, attestando la documentazione di provenienza della competente commissione medica una condizione di grave e senz'altro duratura menomazione.

Ciò posto, è da valutarsi, allora, se la norma collettiva – la quale non vincola l'amministrazione scolastica ad assicurare ai lavoratori che assistano familiari



disabili che non siano loro figli nella scelta della sede di lavoro nell'ambito di una procedura di mobilità, un diritto di precedenza rispetto ad altri candidati che tale assistenza non svolgano – sia o meno compatibile con il limite al diritto di tali lavoratori previsto dall'art. 33 l. 1992 n. 104 e letto in termini di “onere sproporzionato” per l'amministrazione.

In proposito, è da rammentare che si versa in fattispecie di trasferimenti a domanda, destinati alla copertura di posti già ritenuti dall'amministrazione vacanti e disponibili, sì che è questione solo di individuazione dei soggetti destinati a quelle sedi di lavoro.

Pare allora al Collegio – prosegue la Corte d'Appello di Firenze - che non è agevole individuare quale “onere sproporzionato” costituirebbe per l'amministrazione¹² assegnare tali posti, già riconosciuti come quelli da coprire, con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili, senza distinzione quanto alla relazione familiare con l'assistito, rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione.

In contrario potrebbe anzi fondatamente ritenersi che proprio l'assegnazione dei lavoratori care givers a sedi idonee a consentire l'attività di assistenza limiterebbe il ricorso di tali lavoratori ad altri istituti contrattuali, tra cui l'assegnazione provvisoria, essi non privi di conseguenze, sul piano organizzativo, per l'amministrazione scolastica.

Quanto poi alla posizione degli altri lavoratori interessati al trasferimento, deve senz'altro ammettersi un potere-dovere dell'amministrazione di stabilire (o più esattamente di convenire in sede collettiva) criteri di precedenza tra più candidati tutti portatori del fattore di protezione (così, ad es., ritenendo

¹² Gravata, peraltro, dell'onere della prova delle circostanze ostative all'esercizio di quel diritto: v., per tutte, Cass., 18-1-2021 n. 704.



prioritaria la posizione dei lavoratori disabili rispetto ai care givers, o stabilendo priorità tra questi ultimi, privilegiando per esempio i genitori di minori disabili).

Quanto poi ai candidati non portatori del fattore di protezione, che sarebbero svantaggiati dal diritto di precedenza attribuito a tutti i colleghi che assistano familiari disabili, in quanto tale precedenza varrebbe a superare eventuali punteggi piori, la Corte d'Appello di Firenze ha rilevato come, già astrattamente, il riconoscimento di una simile precedenza non potrebbe porre alcun problema di disparità di trattamento.

In contrario proprio il diritto di precedenza varrebbe a superare la disparità di fatto costituita certamente dalla titolarità, per via di associazione, in capo ai care givers, del fattore di protezione disabilità.

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

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

Né, come affermato dalla stessa Corte fiorentina nel precedente citato, «il pregiudizio che potrebbe derivare, in conseguenza di tale precedenza, per le posizioni di colleghi che non svolgano tale assistenza, potrebbe ritenersi



antigiuridico, sia in quanto in sé il punteggio non rappresenta, nell'ordinamento scolastico come disegnato dalla disciplina legale e convenzionale, un fattore preferenziale esclusivo nell'attribuzione delle sedi di servizio, sia poiché la precedenza costituisce precisamente lo strumento, non comportante per l'amministrazione un onere sproporzionato, per assicurare l'effettiva parità di trattamento dei lavoratori care givers».

Dai superiori principi deriva, e sul punto la Corte d'Appello di Firenze si discosta criticamente da Cass. 22.02.2021 n. 4677, la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art. 33 l. 1992 n. 104, delle disposizioni del C.C.N.I. relativo alla mobilità del personale docente che non attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che assistano familiari disabili diversi dai figli, un diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.
In senso difforme a Cassazione 22.02.2021 n. 4677 vedi anche Tribunale di Palermo sentenza n.2521 del 16.06.2021, Tribunale di Lamezia Terme ordinanza 1.09.2021, Tribunale di Catania sentenza 29.09.2021, Tribunale di Cosenza ordinanza 29.09.2021, Tribunale di Catanzaro sentenza 25.06.2021.

*** **

IN VIA SUBORDINATA RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE

In subordine si chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, affinché la Corte sottoponga a verifica se «osti al diritto dell'Unione e alla Direttiva 2000/74 una disciplina nazionale, per come interpretata dal diritto vivente, che non riconosca il diritto al trasferimento, nella procedura di



mobilità del personale scolastico del pubblico impiego, per il familiare caregiver del disabile grave».

SULLA STATUZIONE SULLE SPESE DI GIUDIZIO

Infine, l'errata reiezione delle domande della ricorrente/appellante ha prodotto un'ingiusta compensazione delle spese di lite.

Si chiede di emendare anche il presente capo di pronuncia, con refusione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

Pertanto per quanto sopra esposto, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita, previa fissazione di udienza di comparizione delle parti, in accoglimento del presente gravame, disattesa ogni contraria istanza eccezione e difesa, annullare o con qualsiasi formula privare di giuridici effetti la sentenza appellata, con il conseguente **accoglimento delle domande formulate in primo grado, limitatamente alla domanda principale** che di seguito integralmente si riporta

“Previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere movimentata, sulla tipologia di posti di scuola primaria per cui ha titolo, negli ambiti della provincia di Catania, con precedenza in quanto assistente il padre disabile grave, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017, con il conseguente trasferimento presso l'ambito Sicilia 0006 o, in subordine presso uno degli altri ambiti indicati in domanda.”.



Con ogni conseguente statuizione in ordine alle spese, onorari e competenze del doppio grado di giudizio, di cui si chiede la distrazione in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

Ai sensi del DPR 115/2002 si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile ed il contributo unificato versato è di €388,50.

Si produce: sentenza appellata, fascicolo di parte relativo al procedimento di primo grado (domanda di mobilità 2016/2017; valutazione domande di mobilità 2016/2017, mail esito mobilità, estratto bollettino trasferimenti; verbali legge 104/92, dichiarazioni dei fratelli, certificato stato di famiglia, certificato di servizio scuola paritaria, CCNI mobilità 2016/2017; O.M. 241/2016, D.M. 356/2014), giurisprudenza.

avv. Dino Caudullo

