

AVVOCATURA DELLO STATO

Ufficio Distrettuale di Catania

C.F. 8001410378 - Fax 095/7221336

PEC: ads.ct@mailcert.avvocaturastato.it

Ct 2289/2022 SA

CORTE D'APPELLO DI CATANIA

SEZ. LAVORO

RICORSO IN APPELLO

Per il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE (C.F. 80185250588)** in persona del **Ministro pro tempore**, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia, in persona del **Direttore Generale p.t.**, l'Ufficio VII - Ambito Territoriale di Catania (C.F.80008730873), in persona del **Dirigente p.t.**, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana - Ufficio VIII - Ambito Territoriale di Livorno (C.F. 80004140499), in persona del **Direttore Generale p.t.**, organicamente patrocinati dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, presso i cui uffici in Via Vecchia Ognina n. 149 sono *ex lege* domiciliati;

Appellante

Contro **BIONDI SONIA**, nata a Milano il 04.03.1976 (C.F. BNDSNO76C44F205G), e residente in Militello Val di Catania (CT), via Roma n. 106, rappresentata e difesa dall'avv. Palumbo Adriana Rita (C.F. PLMDNR74C60M088P), pec adrianapalumbo@pec.ordineavvocaticatania.it, presso il cui studio, sito in Catania (CT), via Ingegnere n. 95, ha eletto domicilio giusta procura conferita in primo grado.

Appellata

AVVERSO



La sentenza resa dal Tribunale del Lavoro di CATANIA, Giudice dott.ssa SCARDILLO Valentina Maria, nel proc. n. R.G. 10929/2019 il 13/05/2022, n. 1824, notificata il 28.6.2022 presso la sede dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato che ha così disposto: *“disapplicando il CCNI mobilità del 6 marzo 2019 nella parte in cui nega il diritto di precedenza ex artt. 33 co. 5 L.104/1992 e 601 D.lgs. 297/1994 (T.U. scuola), nelle operazioni di mobilità interprovinciale, al docente referente unico di disabile grave ex art. 3 co. 3 l. 104/1992, dichiara il diritto di Biondi Sonia alla fruizione della predetta precedenza; condanna conseguentemente l'Amministrazione convenuta al riesame della domanda di mobilità presentata per l'a.s. 2019/2020 e ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza ex artt. 33 l. 104/1992 e 601 T.U. scuola, nell'ordine di priorità indicato nella domanda di mobilità, uno dei posti delle sedi scolastiche indicate in domanda, ove - all'epoca di pubblicazione della procedura di mobilità - vacanti e disponibili”.*

SPECIFICAZIONI DELLE PARTI DELLA SENTENZA CHE SI INTENDONO IMPUGNARE

In primo luogo, essa viene impugnata nella parte in cui ha affermato *“Tali previsioni, dunque, nei trasferimenti interprovinciali, introducono una differente regolazione della precedenza, tra i soggetti richiamati dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992, a seconda che il docente sia genitore o coniuge ovvero figlio di persona in stato di disabilità grave, riconoscendola nei primi due casi (genitore, coniuge) e negandola per il resto (figlio), e ciò a fronte di una disciplina legislativa che, non solo è espressamente richiamata dall'art. 601 del d.lgs 297/1994, ma che, **nel riconoscere tutela alla persona disabile, non prevede tali differenziazioni, ed anzi equipara le predette categorie.**”*



Stante, quindi, quanto ritenuto dal Giudice di prime cure, la contrattazione collettiva sarebbe uscita dal proprio ambito di competenza laddove avrebbe introdotto delle differenziazioni tra i disabili contemplati dall'art. 33, l. 104/1992, discriminandoli in ragione della tipologia di legame di parentela o affinità di chi li assiste, senza alcun fondamento a livello di legislazione primaria.

Ciò non sarebbe possibile in quanto la contrattazione collettiva, essendo *“delegata a disciplinare i criteri e le procedure di mobilità, fatte salve le disposizioni di legge (art. 22, co. 4, lett. a1), CCNL 19.4.2018) ... non ha la competenza di discriminare posizioni, quali quelle previste dall'art. 33, l. 104/1992, ritenute dalla legge di pari dignità, in funzione di tutela del disabile grave, che tale rimane quale sia il legame parentale o di affinità che lo lega con la persona che lo assiste”*.

A ciò si aggiunga, altresì, che la possibilità di invocare la precedenza, nella mobilità interprovinciale, anche da parte del docente figlio di genitore disabile non si porrebbe in contrasto con alcuna esigenza organizzativa della Pubblica Amministrazione, dacché potrebbe operare sempre che sussistano posti vacanti e disponibili, che l'Amministrazione intenda ricoprire con la predetta procedura di mobilità .

Né, tantomeno, la circostanza che l'art. 33, co. 5, l. 104/1992, subordini il diritto al trasferimento alla condizione che questo sia possibile (*“ove possibile”*) e che, quindi, tale diritto non sia assoluto, ma condizionato, potrebbe assumere rilievo *“perché proprio nei casi in cui viene indetta la procedura di mobilità, e vengono messe a disposizione determinate sedi, tale valutazione risulta già positivamente esitata dall'amministrazione, che ritiene “possibile” la copertura per mobilità di determinati posti, mentre la norma della contrattazione collettiva integrativa impedisce a monte, ed a prescindere da ogni verifica, la possibilità di beneficiare della precedenza, e dunque anche quando sia pacificamente “possibile”, in quanto sussistano tutti i presupposti costitutivi del diritto al trasferimento ai sensi degli artt.*



33, co. 5, l. 104 e 601 T.U. scuola. Del resto, ove l'amministrazione ritenesse che la copertura di determinate sedi sia di ostacolo alle preminenti esigenze organizzative, potrebbe sempre impedirne la pubblicazione ai fini della mobilità ovvero dimostrare dette esigenze al fine di escludere l'operatività del diritto ex art. 33, co. 5, l. 104/1992".

Secondo il Giudice di prime cure, quindi, *"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"*.

Proseguendo nel suo ragionamento, evidenzia, altresì che la stessa *"previsione che assicura ai docenti figli di disabili gravi la possibilità di beneficiare della precedenza in sede di assegnazione provvisoria, e non anche nella mobilità interprovinciale, non rimedia al deficit di tutela cagionato dalla contrattazione collettiva integrativa, senza peraltro che quest'ultima, come visto, possa esprimere tali competenze"*.

Tali procedure di assegnazione provvisoria non sarebbero in grado di sopperire all'esclusione di tutela nella mobilità interprovinciale, dacché hanno un'efficacia temporalmente limitata ad un anno e riguardano i posti rimasti disponibili a seguito



delle procedure di mobilità, senza, peraltro, determinare alcuna precedenza nelle successive procedure di assegnazione.

“L’art. 33, co. 5, l. 104/1992, per contro, riconosce il diritto a chiedere il trasferimento presso la sede più prossima a quella del domicilio del disabile, sia all’inizio del rapporto, sia nel corso dello stesso (Cass. 6150/2019 cit.), e ciò risulta confermato dall’art. 601 TU scuola, che espressamente riconosce tale beneficio in tutti i procedimenti di mobilità, così come nella fase dell’assunzione. La stessa contrattazione collettiva nazionale mostra di distinguere nettamente le procedure di mobilità dalle procedure per l’assegnazione provvisoria (v. art. 22, co. 4, CCNL 19.4.2018, lett. a1 e a2) e ciò evidenzia che le due procedure non sono sovrapponibili, svolgendo la seconda una funzione meramente residuale”.

Infine, non sarebbe neppure sufficiente *“la previsione del CCNI di assicurare tale precedenza nella mobilità comunale e provinciale”* dal momento che *“ nelle operazioni di mobilità comunali e provinciali il lavoratore ha già una sede di servizio prossima a quella del disabile (chiedendo, in tali casi, il mero spostamento all’interno di un comune o della provincia dove risiede il disabile), mentre laddove abbia esigenza di ricorrere alla mobilità interprovinciale è perché ha una sede di servizio più distante rispetto a quella del domicilio del disabile, chiedendo appunto il trasferimento presso una provincia diversa rispetto a quella di servizio e più prossima o coincidente con quella in cui ha domicilio il disabile. Ed è proprio in tali circostanze che la tutela prevista dall’art. 33, co. 5, l. 104/1992 non appare tollerare incisive disapplicazioni, posto che, proprio nei casi di maggiore lontananza della sede di servizio rispetto al domicilio del disabile, le possibilità di cura e di assistenza di quest’ultimo possono risultare compromesse e ridotte”.*

Orbene, detta sentenza è, nella parte appena evidenziata, ingiusta ed erronea e va riformata per i seguenti



MOTIVI

1. QUADRO NORMATIVO IN MATERIA DI MOBILITÀ DEL PERSONALE DOCENTE E DI PRECEDENZA PER CHI ASSISTE UN FAMILIARE DISABILE

Preliminarmente, risulta utile, ai fini di difesa, procedere a una succinta ricostruzione del quadro normativo di riferimento in materia di mobilità del personale e di diritto di precedenza per i richiedenti che prestino assistenza ad un proprio familiare disabile.

L'art. 22, comma 4, del CCNL Istruzione e Ricerca 2016-2018 stabilisce che:

“Sono oggetto di contrattazione integrativa:

- *a livello nazionale:*
- *a1) le procedure e i criteri generali per la mobilità professionale e territoriale fatte salve le disposizioni di legge; al fine di perseguire il principio della continuità didattica, i docenti possono presentare istanza volontaria non prima di tre anni dalla precedente, qualora abbiano ottenuto l'istituzione scolastica richiesta volontariamente [...].”*

Pertanto, il CCNL di settore demanda alla contrattazione integrativa la definizione della puntuale disciplina in materia di mobilità professionale del personale docente delle scuole di ogni ordine e grado.

Orbene, il contratto collettivo del CCNI 6 marzo 2019, per quanto di nostro interesse, all'art. 13 del CCNI relativo alla mobilità del personale docente e ATA prevede una gradazione del sistema delle preferenze.

Al numero IV, per quanto di nostro interesse, è prevista una preferenza per :



- **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 IV del citato art. 13, inoltre, procede a un'ulteriore gradazione delle precedenza nell'ambito della categoria dei *caregiver* in ambito familiare:

- a) precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità o, qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere alla sua assistenza perché totalmente inabili o nel caso in cui siano scomparsi, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita tale tutela;
- b) precedenza al coniuge del soggetto bisognoso di assistenza;
- c) precedenza al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.

L'art. 13, punto IV, del CCNI, a tal proposito, specifica, inoltre, che:

*“Successivamente viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge (8) e, **limitatamente ai trasferimenti nella stessa provincia, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.***

*In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, **la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni:***

1. *documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;*



2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (9).
3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (10) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D. L.vo 151/2001.

In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. n. 104/1992 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria [...]

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".



Quindi, mentre nelle ipotesi sub a) e b) la precedenza riguarda anche i trasferimenti interprovinciali, nel caso di referente unico del genitore disabile in situazione di gravità essa, per espressa previsione contrattuale, opererà limitatamente ai soli trasferimenti nell'ambito della provincia.

Siffatta limitazione non sussiste, inoltre, in relazione alla mobilità annuale come risulta dalla lettura **dell'art. 8, par. IV CCNI 8 luglio 2020.**

Inoltre, affinché il docente possa beneficiare della preferenza, dovrà soddisfare alcuni precisi oneri documentali, allegando alla domanda di mobilità la documentazione probante del proprio diritto alla precedenza.

Le disposizioni contrattuali citate sono applicative della normativa primaria.

In particolare, **l'art. 33, comma 5 della L. n. 104/1992, come modificato dalla L. n. 53/2000 e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della L. n. 183/2010** ha introdotto una norma di favore per i dipendenti che assistano un proprio familiare disabile a mente della quale il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità che sia il coniuge, un parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado, qualora i genitori o il coniuge della persona bisognosa di assistenza abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, **“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 è stata richiamata dall'art. 601 del d. lgs. n. 297/1994 (Testo unico in materia di istruzione), che dispone, al primo comma, **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”** (ossia il personale scolastico) e, al



secondo comma, che ***“Le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.***

La formulazione della norma generale e della sua applicazione settoriale all’ambito scolastico non lascia adito a dubbi in ordine al fatto che il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina non costituisca diritto assoluto e perfetto.

Inoltre, la stessa formulazione dell’articolo 33, comma 5 della L. 104/1992 nel prevedere una precedenza ai fini della mobilità, non riferisce necessariamente detta precedenza all’istituto del trasferimento, sussistendo diversi istituti che possono soddisfare l’interesse, come detto non assoluto, alla prossimità, finalizzata all’assistenza, al disabile grave.

Il sistema della mobilità nella scuola, come illustrato dalla normativa citata, è un sistema complesso, e, se d’un canto è vero che assicura una maggiore stabilità la mobilità interprovinciale, è anche vero che l’assegnazione provvisoria opera non soltanto sui posti vacanti ma anche sui posti dell’organico di fatto, così consentendo un ampliamento dei posti disponibili, proprio all’opposto rispetto a quanto ritenuto dal giudice di prime cure.

2. ERRONEITA’ DELLA SENTENZA IMPUGNATA E CORRETTEZZA DELLA NORMATIVA CONTRATTUALE DI RIFERIMENTO ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 4677/2021

In primo luogo, la sentenza non è corretta nella parte in cui afferma che **il bilanciamento raggiunto sul piano della contrattazione integrativa si porrebbe in contrasto con la normativa nazionale.** Come evidenziato nella descrizione



sintetica della normativa nazionale applicabile il diritto alla mobilità per l'assistenza al disabile non si atteggia come diritto assoluto e non viene specificato che debba atteggiarsi necessariamente quale trasferimento, ossia mobilità dal carattere definitivo (A).

La sentenza non appare altresì condivisibile nella parte in cui afferma una **impossibilità di compiere differenziazioni tra soggetti** (in posizioni relazionali diverse rispetto al disabile) (B).

Infine, v'è da dubitarsi anche che, in relazione ad una norma come quella di cui all'articolo 33 cit. possa effettivamente parlarsi di norma imperativa, con la conseguenza che la sua eventuale violazione potrebbe condurre a **dichiarazione di nullità della disposizione contrattuale con essa contrastante (C).**

Occorre, da ultimo, osservare, come il giudice riconosca il diritto **senza sincerarsi della sussistenza delle condizioni per poter ottenere la preferenza nella scelta della sede (D).**

L'erroneità della decisione sotto tutti i profili indicati emerge *ictu oculi* dall'esame dell'unanime interpretazione dell'articolo 33 cit - peraltro come richiamato dallo stesso giudice di prime cure in sentenza - nel senso che **il diritto di scegliere la sede più vicina al domicilio e di non essere trasferito senza il proprio consenso per il dipendente pubblico che presti assistenza a un familiare disabile non è assoluto e incondizionato.**

In tal senso, la Suprema Corte ha osservato che *“Nonostante l'innegabile sua portata sociale la disposizione scrutinata non può però far ritenere che il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso sia un diritto assoluto o illimitato in quanto presuppone, oltre agli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse comune*



posto che secondo il legislatore - come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso «ove possibile» - **il diritto alla tutela dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi - soprattutto per quel che riguarda i rapporti di lavoro pubblico - in un danno per la collettività (cfr.: Cass. 29 settembre 2002 n. 12692)**" (Cass. SS.UU., 27.03.2008, n. 7945, in senso conforme anche **Cass., 585/2016, Cass., 23857/2017** e, in precedenza, **Cass., 829/2001**).

In altri termini, dall'utilizzo dell'inciso **"ove possibile"** da parte del legislatore discende la connotazione possibilistica all'esercizio del diritto *de quo*, ovverosia la necessità di un temperamento fra i contrapposti interessi, di **un'operazione di bilanciamento tra valori di rango costituzionale in conflitto**, la cui soluzione, si badi, non viene determinata in astratto dalla disciplina legislativa, ma è demandata alla **contrattazione collettiva**. Pertanto, **laddove la particolare tutela prevista dal legislatore per i familiari dei disabili con riferimento alle operazioni di mobilità risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro pubblico, essa dovrà recedere, poiché ciò potrebbe tradursi in un danno per la collettività, pregiudicando il valore costituzionale del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.)**.

Ebbene, la graduazione delle varie precedenze risulta necessaria al fine di effettuare un adeguato bilanciamento degli interessi facenti capo ad una pluralità di soggetti, dal momento che le operazioni di mobilità riguardano ogni anno migliaia di docenti.

È appena il caso di rilevare, peraltro, come la disciplina delle precedenze per i trasferimenti non fondi il proprio titolo in scelte datoriali unilaterali, ma in pattuizioni concordate tra parti sociali, Amministrazione e organizzazioni sindacali, che operano su un piano paritario e



istituzionalizzato. La materia è infatti, per espressa disposizione del CCNL, oggetto di contrattazione integrativa.

Vero è che la contrattazione non può produrre una disciplina che si ponga in contrasto con norme imperative, ma è palese che ciò non avviene nel caso giudicando: è infatti lo stesso legislatore, come si evince dalla formulazione della norma, a stabilire che il diritto alla precedenza non è incondizionato, ma subordinato ad un equo bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti che vengono in rilievo, la cui soluzione è, in via tendenziale, deferita alla contrattazione collettiva, che stabilisce una gradazione delle precedenze spettanti ai docenti in sede di mobilità in ragione delle differenti esigenze connesse alle diverse situazioni di fatto. E un siffatto bilanciamento operato dalla contrattazione, diversamente da quanto affermato dal Giudice di primo grado, non appare in sé illegittimo, in quanto esso è espressamente previsto e consentito dalla norma primaria.

Tale orientamento è stato, peraltro, ribadito da numerose pronunce dei giudici di merito: si è infatti affermato che *“la contrattazione collettiva operando il bilanciamento di interessi, previsto e consentito dalla norma di legge di rango primario, tra la tutela dell’assistenza al disabile e le esigenze organizzative dell’Amministrazione scolastica nella gestione della mobilità dei docenti, opera una graduazione delle situazioni sulla base della natura del rapporto di parentela, non essendo la precedenza disciplinata dall’art. 33 legge 104/1992 un diritto assoluto, ma condizionato in quanto oggetto di contemperamento con le esigenze di buon andamento dell’amministrazione di cui all’art. 97 Cost. (ove possibile)” (sent. n. 1212/2020, pubblicata il 03.12.2020).*

Dello stesso avviso anche la sentenza della Corte di Appello di Roma del 05.11.2015, resa su un caso analogo a quello che ci occupa. Secondo la Corte, deve ritenersi inammissibile la disapplicazione *tout court* del CCNI. Ed invero, le norme



poste dalla contrattazione integrativa sono il risultato di un bilanciamento, operato tra le parti sociali, tra il diritto alla salute del familiare disabile *ex art. 32 Cost.*, nonché il correlativo diritto del familiare lavoratore di prestargli assistenza, e il potere direttivo datoriale nel pubblico impiego di cui all'*art. 97 Cost.*

Le parti, mediante tale disciplina negoziale, che ha forza di legge *inter partes* ai sensi dell'*art. 1372 c.c.*, hanno voluto stabilire una gradazione del diritto soggettivo alla precedenza nei trasferimenti sulla base delle differenti esigenze organizzative, attribuendo la precedenza ad alcune situazioni di assistenza e non ad altre, perlomeno ai fini dell'assegnazione della sede definitiva.

Le suddette argomentazioni sono state condivise da copiosa giurisprudenza di primo grado pronunciatasi finora sulla materia. A titolo esemplificativo, si vedano, *ex multis*, le pronunce emesse dal **Tribunale di Roma** (**sent. 1809/2020 del 20.02.2020**), dal **Tribunale di Milano** (**sent. n. 374/2019**), dal **Tribunale di Monza** (**ord. 13.02.2019**), dal **Tribunale di Busto Arsizio** (**decreto n. 76/2019 dell'08.01.2019**), dal **Tribunale di Ragusa** (**sent. N. 388/2019 dell'11.4.2019, sent. n. 351/2020 del 25.06.2020**), dal **Tribunale di Marsala** (**sent. n. 200/2020 del 14.05.2020, nonché sentenza relativa al RG 506/2020 del 3.11.2020**), dal **Tribunale di Savona** (**sent. n. 91/2017, pubblicata il 07.03.2017**) dal **Tribunale di Palermo** (**sent. 388/2019**).

La correttezza dell'orientamento prevalente ha, di recente, ricevuto l'autorevole avallo della Suprema Corte di Cassazione, reso nell'**ordinanza n. 4677 del 2021**, relativa ad un caso del tutto sovrapponibile a quello di cui si discute in questa sede.

In particolare, una lavoratrice della scuola aveva adito il Tribunale chiedendo il riconoscimento dell'applicazione in proprio favore del diritto di precedenza, ai sensi dell'*art. 33 della L. n. 104/1992*, per essere familiare di riferimento del padre,



soggetto portatore di handicap grave e, conseguentemente, del diritto al trasferimento presso la Provincia di Trapani.

La Corte, dopo aver scrupolosamente richiamato l'orientamento prevalentemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità, ha precisato che *“tale diritto (di scegliere “ove possibile” la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere, n.d.r.), a differenza della precedenza nella 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”*.

Secondo la Corte *“La regolamentazione della precedenza dettata dall'art. 13 del CCNI risulta coerente con l'art. 33 della legge n. 104 del 1992, una volta conformatone il contenuto alla luce della corretta interpretazione di quest'ultimo”*. Quanto statuito dall'art. 13 CCNI, in ordine alla disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali, **“non contrasta con la previsione della legge n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n. 104 del 1992 privilegia**.

La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, come nella precedenza provinciale (FASE A, punto I), così nella precedenza interprovinciale, l'agevolazione della preferenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità con le esigenze dell'Amministrazione, riconoscendola sia pure in via provvisoria pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni, come sopra precisate, fissate nel rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo”.



Pertanto, secondo la Cassazione, il riconoscimento del diritto di precedenza al dipendente che assiste un genitore in condizione di handicap grave esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria non si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 della L. n. 104 del 1992, trattandosi di un bilanciamento di interessi, la cui soluzione è rimessa alla contrattazione integrativa, consentito dalla norma primaria.

Proprio sulla base delle suddette motivazioni, la Suprema Corte ha accolto il ricorso per Cassazione del MIUR.

La ricostruzione della giurisprudenza di legittimità è, peraltro, perfettamente coerente con le pronunce della Corte costituzionale in materia (cfr. **C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997**).

La posizione della Cassazione trova altresì conforto nell'orientamento della giurisprudenza amministrativa. Ed invero, il Consiglio di Stato si è a più riprese pronunciato nel senso che *“l'istituto di cui all'art. 33 comma 5 della stessa legge, in tema di scelta della sede lavorativa più vicina al familiare handicappato assistito, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno del malato e, comunque, la posizione giuridica di vantaggio ivi prevista non è illimitata, potendo essere fatta valere soltanto «ove possibile».*

Ne consegue che la norma non configura in realtà un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì un semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede di servizio ove possibile” (cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 19.1.1998 n. 394; IV Sez. n. 565/2005 cit.).

Pertanto, la pretesa del lavoratore che effettivamente assiste con continuità un parente handicappato alla scelta della sede di lavoro deve trovare accoglimento solo se risulta compatibile con le specifiche esigenze funzionali dell'Amministrazione di



appartenenza" (cfr. **Cons. St., sent. n. 1828 del 28.03.2012**, che richiama **Cons. St., sent. n. 2101 del 14.04.2010**).

E ancora, il giudice amministrativo ha affermato che: *"l'Amministrazione può [...] opporsi al beneficio del trasferimento richiesto per prestare assistenza al familiare affetto da handicap grave solo in presenza di esigenze di servizio incompatibili con l'assegnazione del dipendente alla sede invocata (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2013 n. 3168). Poiché la richiesta di assegnazione/trasferimento si presenta suscettibile di accoglimento solo «ove possibile», difetta un diritto del dipendente alla concessione dell'agevolazione e compete piuttosto all'Amministrazione accertare se, pur in presenza di posti vacanti in organico, si oppongano all'assegnazione alla sede richiesta valutazioni legate ad esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio"* (cfr. **T.A.R. per l'Emilia Romagna, Bologna, 5 aprile 2016, n. 379**).

Nello stesso senso si è pronunciato anche il **T.A.R. Lazio con sentenza n. 11155 del 10.11.2016**, stabilendo che: *"Con riferimento al beneficio di cui all'art. 33, L. n. 104 del 1992, la posizione del dipendente pubblico non può qualificarsi come diritto soggettivo, ma costituisce pacificamente un interesse legittimo, nel senso che all'Amministrazione spetta di valutarne la richiesta alla luce delle esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio secondo una obiettiva, completa e ragionevole valutazione delle esigenze presso la sede di appartenenza e in quella di destinazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 maggio 2015 n. 2426).*

In altri termini la richiesta di trasferimento in base alla normativa suindicata non configura un diritto incondizionato del richiedente.



Spetta, in via esclusiva alla P.A., infatti, valutare, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la prevalenza dell'interesse pubblico per prioritaria tutela del buon funzionamento degli uffici dell'Amministrazione.

Conseguentemente, il beneficio potrà essere negato, in considerazione delle esigenze di servizio della struttura di provenienza o di destinazione, anche in relazione alle esigenze fatte valere dall'interessato. Tale evenienza interpretativa è confermata proprio dall'inciso «ove possibile», contenuto nella predetta disposizione normativa che, nel settore del pubblico impiego, significa, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, che deve sussistere la disponibilità del posto in ruolo nella dotazione di organico della sede di destinazione affinché la P.A. possa provvedere al proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento (cfr. Cons. St., Sez. III, 1 agosto 2014 n. 4085)".

È appena il caso di precisare, inoltre, come sia priva di pregio la tesi secondo cui l'art. 601 del d. lgs. n. 297/1994 detterebbe una norma speciale attributiva di un diritto "incondizionato" di precedenza. **Tale disposizione, infatti, non prevede un diritto assoluto idoneo a neutralizzare l'inciso "ove possibile" previsto dall'art. 33, comma 5, L. n. 104/1992;** al contrario vale, anche qui, la regola del "bilanciamento degli interessi". Infatti, appare chiaro dal tenore letterale della norma in questione, che il legislatore si sia limitato a richiamare gli artt. 22 e 33 della L. n. 104/1992, lasciandoli integri nella loro portata precettiva. Le precedenze, infatti, vanno applicate in conformità, e non in deroga, a quanto previsto dai sopraccitati articoli. A ben vedere, peraltro, le norme della L. n. 104/1992 avrebbero potuto trovare applicazione per il personale scolastico anche in mancanza di un rinvio contenuto nel Testo Unico, in quanto il comma 5 attribuisce tale diritto, in generale, al genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato.

3. (segue) MANCATA VALORIZZAZIONE DEL BENEFICIO DELLA PRECEDENZA NEL CONTESTO DELLA MOBILITA' ANNUALE



La sentenza in oggetto, inoltre, non valuta il determinante elemento costituito dalla sussistenza dell'istituto delle assegnazioni provvisorie, disposte annualmente, nel contesto delle quali è previsto il diritto di precedenza per il figlio referente unico del genitore.

L'istituto in questione è disciplinato, nello specifico, dall'art. 8 del CCNI sulla mobilità annuale a tenore del quale **è riconosciuto diritto di precedenza per l'assegnazione provvisoria in prossimità al domicilio del disabile al personale docente solo figlio/a individuato come referente unico che presta assistenza al genitore**; tale condizione di referente unico, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che il coniuge o eventuali altri figli non sono in grado di effettuare l'assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive (art. 8, pt. IV, lett i.).

Trattasi, invero, di istituto sicuramente idoneo ad implementare il disposto di cui alla L. 104/92, come comprovato dal dato - pacifico anche agli atti causa perché la parte ricorrente ha incardinato azione proprio innanzi al Tribunale del luogo di residenza/domicilio del disabile - del costante riconoscimento del beneficio di cui all'art. 33, co. 5, L. 104/92 per le assegnazioni annuali.

L'art. 33 L. 104/92, invero, conia un diritto soggettivo del disabile, non già del lavoratore chiamato ad assisterlo. La tutela in commento appare a fuoco, senza dubbio, con la tipologia di relazione assistenziale che viene in rilievo, per la sua natura transeunte e precaria per definizione.

L'assegnazione a titolo definitivo, all'opposto, costituirebbe, con ogni evidenza, un'ultra tutela non necessaria per l'attuazione della normativa in materia, arrecando, peraltro, grave pregiudizio ad altri diritti di rango pari a quelli che si pretenderebbero di tutelare.



E, infatti, l'estensione delle fattispecie idonee a consentire il trasferimento a titolo definitivo al personale referente unico del genitore creerebbe pregiudizio alle aspettative al trasferimento del personale sprovvisto di diritto di precedenza e concorrente, invece, per soli titoli. Si avrebbe, al riguardo, una violazione anche dell'art. 4 Cost. Costituisce, difatti, diritto dell'Amministrazione (cfr. art. 97 Cost.), nonché del datore di lavoro in generale, quello di utilizzare il personale nella sede di sua titolarità.

Il settore scolastico già prevede un connaturale favor alla mobilità del personale docente, costituito dal diritto di potere beneficiare ogni anno di procedure di trasferimento per il cambio di titolarità: trattasi di un *unicum* nel settore del pubblico impiego.

Alla luce di ciò appare fondato ritenere che il bilanciamento cui fa sbrigativamente cenno il Tribunale debba tenere conto, invero, anche dei superiori fattori. Detto istituto, come già evidenziato, è stato, all'opposto, correttamente valorizzato dalla Corte di Cassazione intervenuta sulla materia.

Il punto è valorizzato, inoltre, da varia giurisprudenza di merito di secondo grado che precisa, in particolare, che *“il Decreto Legislativo n. 297/94 disciplina l'istituto dell'assegnazione provvisoria in seno alla Sezione III, dedicata alla Mobilità del personale direttivo e docente, e precisamente al paragrafo V (artt. 475-476). Il successivo art. 601, sotto la rubrica Tutela dei soggetti portatori di handicap, laddove sancisce l'applicazione al personale di cui al presente testo unico degli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, specifica, al secondo comma, che ...Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità. Ne discende, grazie al chiaro ed univoco tenore delle disposizioni legislative, che senza dubbio l'istituto dell'assegnazione provvisoria rientri a tutti gli effetti tra le operazioni inerenti alla*



mobilità del personale, e che pertanto l'art. 601 d.lgs.n. 297/94 rimandi anche ad essa, come ad una delle possibili soluzioni in concreto assicuranti la fruizione della precedenza in discorso (cfr. **C. App. Ancona, sent. 20/06/2019, n. 241**).

Quanto sopra detto è idoneo a superare l'argomento sostenuto dal giudice di prime cure giusto il quale *“altrimenti opinando, si legittimerebbe una discriminazione tra disabili (quelli assistiti dai genitori o dal coniuge e quelli assistiti dai figli), a danno, in particolar modo, dei disabili anziani, la cui sfera di protezione ed assistenza molto spesso può essere assicurata solo dai discendenti o dagli affini, discriminazione che lo stesso legislatore ha inteso escludere.”*

La discriminazione, ad avviso di questa difesa, all'opposto sussiste nel seguire il ragionamento logico-giuridico sviluppato in sentenza, per l'evidente alterazione del principio del merito, in quanto, da parte il punteggio di cui si dispone, si ottiene di essere, comunque, preferiti nella mobilità. Con la paradossale conseguenza, peraltro, che il lavoratore chiamato a prestare assistenza permanerebbe nella situazione acquisita anche quando venga a mancare il requisito della necessità di prestare assistenza al familiare.

4. CONTRARIETA' ALLA GIURISPRUDENZA DI MERITO SUCCESSIVA A CASS. 4677/2021

La sentenza, inoltre, appare peculiare perché si discosta dalla pressoché uniforme giurisprudenza successiva al pronunciamento Cass. 4677/2021, restituita da altra giurisprudenza di merito, sia di primo sia di secondo grado, quali, ad esempio, le sentenze del Tribunale del Lavoro di Palermo (cfr., sent. 22/04/2021, dott. Tango Giuseppe; sent. 14/04/2021, dott. Montalto Fabio) e Siracusa (sent. 8/04/2021).

Si aggiunge, sul punto, che la Corte di Appello di Palermo, con sentenze del 1/07/2021, ha aderito alla tesi della legittimità delle disposizioni contrattuali impugnate dalla ricorrente specificando, in particolare, che *“deve, quindi,*



concludersi che la ratio della legge, la diversità delle situazioni e delle pre-condizioni correlate al diritto-dovere di assistenza nei confronti del familiare disabile nonché lo status (in relazione alla sede di titolarità) dei docenti che aspirano alla mobilità, costituiscono tutti fattori che (valutati unitamente ai contrapposti interessi della parte datoriale pubblica e degli altri lavoratori del comparto scuola) giustificano ampiamente (come del resto affermato da Cassazione n.4677/2021 sopra citata) la diversità della disciplina contenuta nel sistema delle precedenzae previsto sia per la mobilità provinciale che per quella interprovinciale che deve collocarsi - come ritenuto anche da Cass. 585/2016 - “nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”.

Del tutto inconferente è, inoltre, il richiamo dell'appellante al principio di non discriminazione; deve, infatti, escludersi che la disposizione contrattuale esaminata configga con i valori costituzionali di eguaglianza e non discriminazione, posto che, come precisato, la diversità di trattamento giuridico sopra evidenziata risponde a situazioni fattuali diverse che legittimano tutele e trattamenti diversi. L'accoglimento dell'appello nel merito assorbe l'esame delle ulteriori censure in rito, sollevate dal Ministero appellante.” (cfr. C. App. Palermo, sent. 1/07/2021).

**5. ERRONEITÀ DELLA SENTENZA PER MANCATA VERIFICA NEL
MERITO DELL' ASSOLVIMENTO DELL'ONERE
PROCEDIMENTALE DOCUMENTALE NONCHE' DI QUELLO
PROCESSUALE PROBATORIO**

Premesso quanto sopra e constatata, quindi, l'assoluta razionalità della normativa pattizia, oltre che la rispondenza alla normativa primaria, può ora andarsi alla seconda, grave lacuna della sentenza di prime cure, consistente nell'aver omesso qualsivoglia controllo circa la prova della sussistenza dei requisiti legalmente previsti per poter godere dell'eventuale diritto di precedenza.



Segnatamente, con riferimento alla domanda di trasferimento interprovinciale, il Tribunale non avrebbe dovuto pronunciarsi senza previamente verificare nel merito la sussistenza della documentazione relativa alla certificazione dell'ASL e, nonché il possesso dei requisiti richiesti dall'art. 13, punto IV del CCNI, verifiche che, invero, non emergono dalla sentenza di cui si discute.

In ogni caso, la certificazione eventualmente allegata al ricorso del primo grado di giudizio non avrebbe potuto legittimarne la domanda, in quanto tardiva, atteso che l'art.4 dell'O.M. 203/2019 prevede termini perentori per la presentazione della domanda *de qua* e della relativa documentazione. Devono, altresì, ritenersi tardive le eventuali dichiarazioni allegate al ricorso e afferenti all'impossibilità di prestare assistenza da parte degli altri familiari.

A ciò si aggiunga che, contrariamente a quanto richiesto dalla consolidata giurisprudenza di merito, la ricorrente non ha addotto la benché minima prova di poter ottenere il trasferimento auspicato nelle province richieste con il riconoscimento della precedenza per assistenza al genitore disabile.

Sicché l'erroneità della sentenza di prime cure, anche sotto questo profilo, appare di solare evidenza.

6. SULLA CONDANNA ALLE SPESE

Si chiede, quindi, la riforma della sentenza nei termini sopra specificati, nonché in applicazione del principio di soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., la condanna della controparte al pagamento delle spese del giudizio di primo grado, oltretutto del presente grado di impugnazione.

Per tutto quanto chiarito ed esposto, si formulano le seguenti

CONCLUSIONI



Voglia l'Ecc.ma Corte D'Appello di Catania Sez. Lavoro, previa nomina del consigliere relatore e fissazione dell'udienza di discussione, accogliere il presente appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigettare integralmente, nel merito, ogni domanda avanzata da controparte, riformando la sentenza appellata nella parte in cui ha disapplicato il Contratto collettivo nazionale integrativo del 06.03.2019 del comparto scuola, nella parte in cui nega il diritto di precedenza ex artt. 33, co. 5, l. 104/1992, 601 d.lgs. 297/1994 (T.U. scuola), nelle operazioni di mobilità interprovinciale, al docente figlio referente unico di disabile grave, ex art. 33, co. 3, l. 104/1992 e, per l'effetto, il diritto di Biondi Sonia alla fruizione della predetta precedenza, con conseguente condanna dell'Amministrazione al riesame della domanda di mobilità presentata per l'anno scolastico 2019/2020; - condanna l'Amministrazione convenuta ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza ex artt. 33 l. 104/1992, 601 T.U. scuola, nell'ordine di priorità indicato nella domanda di mobilità, uno dei posti delle sedi scolastiche indicate in domanda, ove - all'epoca di pubblicazione della procedura di mobilità - vacanti e disponibili;"

Con vittoria di spese e compensi di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Documenti come da separato indice.

Ai fini del contributo unificato, si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminato e il contributo unificato va prenotato a debito ex artt. 11 e 158 d.P.R. n. 115/2002.

Catania, 18.07.2022

L'Avvocato dello Stato

Elisa Saccà

AVVOCATURA DELLO STATO

Ufficio Distrettuale di Catania



C.F. 8001410378 - Fax 095/7221336
PEC: ads.ct@mailcert.avvocaturastato.it
Ct 2289/2022 SA

CORTE D'APPELLO DI CATANIA
SEZ. LAVORO

RICORSO IN APPELLO

INDICE DEI DOCUMENTI DEPOSITATI

- 1) Sentenza di primo grado;
- 2) Ricorso in appello;
- 3) Fascicolo di parte di primo grado.

Catania, 18.07.2022

L'Avvocato dello Stato

Elisa Saccà

ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DI NOTIFICA
EX ART 151 C.P.C.

VISTO il superiore ricorso in appello;

RITENUTO che nel procedimento di primo grado il ricorso è stato notificato ai docenti ritenuti controinteressati;



RITENUTO che la notifica ai controinteressati può essere effettuata esclusivamente ai sensi dell'art. 151 c.p.c., stante il notevole numero di destinatari;

RITENUTO che la notifica - notizia può essere garantita mediante pubblicazione integrale nel sito del MI di tutti gli atti di legge;

RITENUTO che, ai sensi dell'articolo 151 c.p.c., il Giudice ha facoltà di autorizzare la notifica mediante qualunque mezzo idoneo, ivi compreso quello telematico;

RITENUTO che tale notifica è stata autorizzata in ricorsi in appello in materia di mobilità;

RITENUTO che la chiesta notifica ex art. 151 c.p.c. è da ritenersi ad integrazione della notifica prevista per la legge alla parte appellata;

CIO' VISTO E RITENUTO, l'appellante

CHIEDE

All'Ecc.ma Corte d'Appello adita, di voler autorizzare, qualora lo reputi necessario, la notifica degli atti di legge con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U., adottando all'uopo ogni eventuale ulteriore provvedimento, come per legge, nel Sito Istituzionale del MI ai quali richiedere la pubblicazione degli atti.

Salvis iuribus

Catania, 18/07/2022

L'Avvocato dello Stato

Elisa Saccà

