Civile Sent. Sez. L Num. 585 Anno 2016
Presidente: NOBILE VITTORIO
Relatore: MAMMONE GIOVANNI
Data pubblicazione: 15/01/2016

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso 1874-2012 proposto da:

, domiciliato in ROMA, PIAZZALE DON MINZONI 9, presso lo STUDIO LUPONIO, rappresentato e difeso dall'avvocato LUIGI MARIA D'ANGIOLELLA, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

2015

3737

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA C.F. 80185250588, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso i cui Uffici domicilia, in

ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI n. 12;

- controricorrente -

nonchè contro

CONSERVATORIO DI MUSICA "G. MARTUCCI", [redacted]

[redacted];

- intimati -

avverso la sentenza n. 494/2011 della CORTE D'APPELLO di SALERNO, depositata il 22/06/2011 R.G.N. 1222/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/10/2015 dal Consigliere Dott. GIOVANNI MAMMONE;

udito l'Avvocato LAURITANO PATRIZIA per delega D'ANGIOLELLA LUIGI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RICCARDO FUZIO che ha concluso per il rigetto del ricorso con integrazione, in subordine accoglimento con rinvio.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Svolgimento del processo

1. Con ricorso al giudice del lavoro di Salerno, il prof. [redacted], premesso di essere docente di ruolo presso il Conservatorio musicale Giuseppe Martucci di Salerno, esponeva che sua madre [redacted], era stata riconosciuta persona affetta da *handicap* con necessità di intervento assistenziale permanente, continuativo e globale. In ragione di tale situazione familiare il [redacted], ai sensi dell'art. 33, c. 5, della l. 5.02.92 n. 104, aveva chiesto all'Amministrazione il trasferimento presso il Conservatorio San Pietro a Maiella di Napoli, onde poter assistere la madre, che in tale città era residente.

2. Rigettata la richiesta, il [redacted] proponeva ricorso per provvedimento di urgenza al giudice del lavoro di Salerno perché disponesse il richiesto trasferimento. Rigettato il ricorso ed il successivo reclamo, il [redacted] riassumeva la causa dinanzi allo stesso giudice chiedendo il diritto di precedenza assoluta per il trasferimento a Napoli.

3. Notificato il ricorso anche ai due docenti posti in posizione potiore che erano stati destinati ai posti liberi, rigettata la domanda e proposto appello dal docente, la Corte d'appello di Salerno con sentenza del 22.06.11 rigettava l'impugnazione. Riteneva la Corte che: a) il pubblico dipendente che assiste un familiare handicappato non gode del diritto di precedenza nella scelta della sede di lavoro, sicché la sua richiesta di trasferimento deve essere sempre contemperata con l'interesse alla corretta organizzazione degli uffici e con l'interesse dei controinteressati al potiore diritto all'assegnazione della sede; b) l'istante non avesse provato, né chiesto di provare, che tra i parenti onerati egli era l'unico a poter assolvere all'onere di assistenza della genitrice; c) non ricorrevano le condizioni per la precedenza assoluta richieste dal ccnl per la mobilità del personale dei conservatori (art. 8).

4. Il prof. [redacted] con ricorso illustrato da memoria impugna per cassazione la sentenza di appello. Risponde con controricorso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, mentre nessuna difesa espletano i due docenti controinteressati.

Motivi della decisione

5.- Preliminarmente deve dichiararsi inammissibile il controricorso del Ministero dell'Istruzione (che è presente in giudizio anche per il Conservatorio Martucci, suo organo locale), atteso che l'atto ha un contenuto del tutto inconferente alla controversia in esame, in quanto discute una vertenza del tutto diversa da quella fin qui esaminata.

6. Parte ricorrente deduce quattro mezzi di impugnazione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

6.1.- Con il primo motivo è denunziata la violazione dell'art. 33, c. 5, della legge 5.02.92 n. 104, contestandosi la tesi della Corte d'appello che il diritto al trasferimento sarebbe configurabile solo per coloro che già prestavano assistenza alla persona handicappata e non anche a quelli che hanno iniziato a prestare assistenza nel corso del rapporto, atteso che la norma fa riferimento al "diritto a scegliere ove possibile la sede più vicina al proprio domicilio", senza riferimento al momento genetico del rapporto d'impiego. In particolare, con riferimento all'interessato, la norma non esclude che il diritto al trasferimento non competa anche nel caso che l'*handicap* della persona assistita si sia manifestato in un qualsiasi momento successivo all'assunzione ed all'assegnazione della sede.

6.2. Con il secondo motivo è dedotta violazione dell'art. 33, c. 5, sotto il diverso profilo della carente interpretazione del requisito della continuità assistenziale, che deve oggi essere inteso non solo come assistenza sanitaria e materiale, ma anche come assistenza morale, affettiva e psicologica.

La norma, inoltre, non prevede che il richiedente debba dimostrare che i suoi parenti (nel caso di specie i fratelli) siano impossibilitati a svolgere l'assistenza, in quanto non dice che egli debba essere l'unica persona in grado di prestare l'assistenza, ma postula solo che debba essere una sola la persona che, tra i potenziali assistenti, acquisisce la situazione di privilegio lavorativo.

6.3. Con il terzo motivo è denunziato l'omesso esame del profilo di diritto dedotto in appello a proposito dell'esistenza di un valore costituzionalmente garantito in favore dell'handicappato e del lavoratore che l'assiste, cui la legge ordinaria n. 104 del 1992 dà attuazione.

6.4. Con il quarto motivo si contesta l'affermazione che non esiste il diritto al trasferimento dell'istante in presenza di posti liberi nella sede richiesta, in quanto per essi sarebbe prevista solo l'agevolazione di un punteggio aggiuntivo all'atto della formazione della graduatoria dei trasferendi. La norma del contratto decentrato che limita il diritto al solo punteggio aggiuntivo si porrebbe in contrasto con il testo della legge e dovrebbe essere disapplicata, per la prevalenza della disposizione legislativa, avente carattere imperativo.

7. Procedendo ad esame congiunto dei motivi, deve premettersi che la l. 5.02.92 n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, al c. 3 dell'art. 33, per quanto qui rileva, prevede che "a condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

che assiste persona con *handicap* in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con *handicap* in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con *handicap* in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. ...". Il successivo c. 5, nel testo rilevante *ratione temporis* in relazione alla domanda (presentata il 7.09.07) e quindi prima della modifica apportata dall'art. 24 della l. 4.11.10 n. 183, prevede che "il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, 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".

8. Il testo delle richiamate disposizioni legislative non consente di limitare il diritto alla mobilità solo alle fattispecie in cui la situazione di *handicap* del soggetto assistito fosse esistente solo al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro. L'espressione "ha diritto di scegliere", infatti, non può essere riferita solo al momento iniziale del rapporto di impiego pubblico, in cui è disposta l'assegnazione della sede di lavoro, ma deve essere letta con riferimento alla *ratio* generale della legge n. 104, di approntare strumenti di tutela della persona handicappata che esaltino la naturale spinta solidaristica nascente dal vincolo familiare e che si aggiungano alle tutele offerte dai pubblici servizi di assistenza.

La centralità di tale concetto di tutela è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza proprio in relazione al momento in cui il diritto della persona handicappata deve essere rapportato al diritto alla mobilità del pubblico dipendente, tanto nel caso che il vincolo di assistenza venga invocato per evitare il trasferimento (Cass. 9.07.12 n. 9201), tanto che venga invocato per ottenere il trasferimento (Cass. 3.08.15 n. 16298, ove il dato interpretativo letterale viene rafforzato con la comparazione con il successivo c. 6, che regola la fattispecie della persona in situazione di *handicap* che chiede lo spostamento di sede, alla quale non viene posta alcuna preclusione e si consente il trasferimento, senza distinguere se la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

situazione soggettiva sia intervenuta prima dell'instaurazione o in costanza del rapporto di lavoro).

9. Fatta questa premessa generale di contenuti, deve richiamarsi la giurisprudenza di legittimità ulteriore a proposito della disciplina del diritto alla mobilità. Il comma 5 dell'art. 33 ora in esame deve essere interpretato nel senso che il genitore o il familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, solo se ciò sia possibile in relazione alle esigenze di servizio. Il diritto, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, secondo il quale esso può essere esercitato *ove possibile*, in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora l'esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) ed implica che *l'handicap sia* grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa (Cass. 27.05.03 n. 8436). Il diritto non è assoluto e privo di condizioni e implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945).

10. La mobilità dei dipendenti dei conservatori pubblici è regolata contratto collettivo decentrato 31.05.02, il quale all'art. 8, con riferimento alle situazioni di *handicap*, prevede una graduazione nelle precedenze "nelle operazioni di trasferimento", assegnando le priorità a seconda delle categorie di menomazione. La priorità assoluta è riservata ai dipendenti portatori essi stessi di *handicap*; successivamente sono previste (peraltro con limitazioni territoriali predefinite) 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, nel riconoscere le esigenze di famiglia del personale docente rilevanti ai fini della formazione delle graduatorie dei trasferimenti, prevede per esse l'attribuzione di punteggi. In particolare, attribuisce 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, di cui all'art. 33 della legge 104" (tabella *sub* allegato A, punto 2, lett. e).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Il caso dell'odierno ricorrente ricade nella seconda ipotesi, ove la posizione soggettiva del dipendente e le esigenze di assistenza ad essa connesse sono prese in considerazione non con l'attribuzione del diritto di prescelta, ma con l'attribuzione di un punteggio supplementare, che consenta il raggiungimento di un punteggio complessivo che gli consenta una collocazione potiore in graduatoria.

11. Tali disposizioni si pongono in sintonia con l'interpretazione dell'art. 33 della legge n. 104 sopra accolta e, soprattutto, predispongono una regolazione del diritto di precedenza, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento. Nonostante la sua natura negoziale tale disciplina del diritto 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, come sopra evidenziato, la legge privilegia.

12. In conclusione, previa la correzione la motivazione della sentenza di merito in punto di interpretazione delle disposizioni dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, deve rilevarsi che la clausola negoziale appena richiamata resiste al confronto con la norma di legge e si pone, anzi, in armonia con i principi a quest'ultima sottesi.

13. Infondati i motivi di impugnazione, il ricorso deve essere rigettato. Le spese del giudizio di legittimità debbono essere compensate, in ragione della già rilevata carenza della difesa dell'Amministrazione.

Per questi motivi

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 7 ottobre 2015

Il Presidente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale