

Civile Ord. Sez. L Num. 4677 Anno 2021

Presidente: TORRICE AMELIA

Relatore: TRICOMI IRENE

Data pubblicazione: 22/02/2021

ORDINANZA

sul ricorso 27661-2017 proposto da:

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E
DELLA RICERCA, in persona del Ministro pro tempore,
rappresentato e difeso ope legis dall'AVVOCATURA
GENERALE DELLO STATO presso il cui Ufficio
domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI n. 12;

- **ricorrente** -

contro

2020

[redacted], elettivamente domiciliata

2705

in ROMA, VIA DARDANELLI 46, presso lo studio



dell'avvocato GIUSEPPINA VENUTI, rappresentata e difesa dall'avvocato GIOVANNI CUCCHIARA;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 329/2017 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 31/07/2017 R.G.N. 173/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 26/11/2020 dal Consigliere Dott. IRENE TRICOMI;

il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Dott. MARIO FRESA ha depositato conclusioni scritte.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'F' followed by a vertical line and a small loop at the bottom.

RITENUTO

1. **Che** la Corte d'Appello di Genova, con la sentenza n. 329 del 2017, in riforma della sentenza n. 91 del 2017 emessa dal Tribunale di Savona tra le parti, condannava il MIUR a riconoscere a l'applicazione del diritto di precedenza *ex art. 33, comma 5, della legge n. 194 del 1992*, in riferimento al trasferimento interprovinciale della stessa.

2. La lavoratrice aveva adito il Tribunale chiedendo il riconoscimento dell'applicazione in proprio favore del diritto di precedenza, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, per essere familiare di riferimento del padre, soggetto portatore di handicap grave, e consequenzialmente del diritto al trasferimento presso la Provincia di Trapani.

Il Tribunale, nel rigettare la domanda, ha affermato che l'art. 13 del CCNI di settore, nello stabilire che nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la preferenza in via definitiva solo ai genitori adottivi, o a chi esercitava la tutela legale, mentre al figlio che assiste il genitore la precedenza è riconosciuta solo nelle operazioni di assegnazione provvisoria, non era in contrasto con l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, in ragione del quale il lavoratore ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

La norma della contrattazione integrativa costituiva svolgimento della prevista "possibilità", delineando i presupposti regolativi del diritto di precedenza in ragione del bilanciamento tra gli interessi organizzativi dell'Amministrazione e quelli personali del docente.

3. La Corte d'Appello ha escluso che la norma del CCNI avesse portata meramente attuativa della disposizione legislativa primaria, in quanto mentre l'art. 33, comma 5, cit., che ha carattere imperativo, limita il diritto alla scelta della sede ai casi in cui, in concreto, la preferenza dell'interessato non può essere attuata (ad es. per mancanza di posti disponibili o per altre concrete esigenze della Pubblica Amministrazione), la norma del CCNI, contiene una regola diversa, che gradua la tipologia di trasferimento (definitiva/provvisoria) a seconda del legame tra disabile e docente.

Inoltre il CCNI non esplicitava le situazioni organizzative che potevano giustificare i dinieghi di precedenza, in quanto esprimeva, piuttosto, una regola generale ed astratta, diversa da quella della legge primaria, ed anzi con questa incompatibile.

Tanto premesso, la Corte d'Appello riconosceva il diritto alla preferenza definitiva anche su posti vacanti per la mobilità interprovinciale (e quindi non per la sola



assegnazione provvisoria), ma da ciò non faceva discendere il diritto al trasferimento, poichè quest'ultimo dipendeva pur sempre dall'esistenza di posti vacanti disponibili, e comunque da una valutazione comparativa con altre situazioni di precedenza, la cui valutazione spettava agli organi amministrativi.

4. Per la cassazione della sentenza di appello ricorre il MIUR, prospettando un motivo di impugnazione.

5. Resiste la lavoratrice con controricorso, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 380-bis, cod. proc. civ.

6. La Procura generale ha depositato le conclusioni con cui ha chiesto il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO

1. Che con l'unico motivo di ricorso il MIUR deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, dell'art. 12 delle preleggi, e degli artt. 1362, 1366 e 1367, cod. civ., in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.

Il ricorrente censura la statuizione che ha qualificato l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, come norma imperativa, atteso che la stessa indica una mera possibilità, e non attribuisce ai lavoratori un diritto assoluto e perfetto all'assegnazione della sede di servizio più prossima alla residenza dell'assistito, ma una posizione giuridica condizionata. In tal senso, viene richiamata giurisprudenza di legittimità e amministrativa.

Pertanto, non attribuendo un diritto assoluto, tale norma non poteva essere ritenuta inderogabile o imperativa, e dunque tale da determinare la nullità, anche solo parziale, ai sensi degli artt. 1418 e 1419, cod. civ., dell'art. 13 del CCNI.

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 contemperare i diversi interessi giuridicamente rilevanti, e ha lasciato alla contrattazione nazionale l'attuazione concreta di tali interessi.

Il Ministero richiama il principio di conservazione degli effetti giuridici, quale criterio ermeneutico che nella specie sarebbe stato violato.

Deduce, infine, che le proprie tesi trovavano riscontro in alcune decisioni della giurisprudenza di merito.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2. Il motivo, che supera il vaglio di ammissibilità per le argomentazioni poste in relazione al vizio dedotto, è fondato.

2.1. L'art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992, prevede che «A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, 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 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. (...). Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti».

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità i permessi sono riconosciuti al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile, rispetto alla quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione causale diretta, senza che il dato testuale e la "ratio" della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza (Cass., n. 17968 del 2016).

L'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, nello stabilire l'agevolazione della precedenza, richiama il comma 3 dell'art. 33: «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».

Dunque, ai fini del riconoscimento del diritto al trasferimento devono sussistere in capo al lavoratore le condizioni legali stabilite dall'art. 33, comma 3, cit., da intendersi come l'essere il lavoratore coniuge, parente o affine entro il secondo grado, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, non ricoverata a tempo pieno.

2.2. Nel tempo la giurisprudenza di legittimità (cfr., Cass., S.U., n. 7945 del 2008, Cass. n. 585 del 2016, n. 7120 del 2018, n. 6150 del 2019, n. 20243 del 2020) ha avuto modo di esaminare la natura dell'agevolazione in questione nell'ambito di una più ampia lettura dell'art. 33 cit., atteso che la stessa può essere esercitata "ove possibile".

Si è così posto in evidenza, come tale diritto, 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 datore di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio dello stesso.

Ed infatti, se da un lato vanno considerate le esigenze funzionali al buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), dall'altro occorre tenere presente che le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo riconducibile al principio sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost., che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e che, come si è detto, devono coesistere con altri valori costituzionali.

D'altro canto l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, come posto in evidenza dalla giurisprudenza di questa Corte, non obbliga il lavoratore a scegliere la sede che appaia più conveniente per l'assolvimento dei compiti di assistenza, ma gli attribuisce solo il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede (Cass., n. 7981 del 2018).

2.3. L'art. 13 del CCNI mobilità personale docente, educativo e ATA scuola a.s. 2016/2017 del 8 aprile 2016, che regola, per quanto qui rileva, il sistema delle precedenze, al punto V, che reca "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", stabilisce, tra l'altro, nell'ambito provinciale (Fase A, punto 1), in relazione alla posizione del figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, quanto segue.

Prevede la precedenza 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. (...) 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 (...).

Stabilisce, in una prospettiva di favore per il lavoratore, che 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

legge n. 104 del 1992 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria.

Prevede - disposizioni su cui verte in particolare la controversia in esame - 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.

2.4. Va premesso che la norma contrattuale da ultimo richiamata va interpretata nell'ambito della complessiva disciplina dell'art. 13 del CCNI, atteso l'intreccio delle diverse misure previste, in ambito provinciale (fase comunale e fase provinciale) e in ambito interprovinciale, dovendosi in primo luogo vagliare la legittimità della graduazione tra precedenza definitiva e provvisoria in ambito provinciale (Fase A, punto 1). Tale modello rientra nel legittimo bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo, conformandone, tuttavia, come segue le condizioni di fruizione.

La regolamentazione della precedenza dettata dall'art. 13 del CCNI, infatti, 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.

La previsione della contrattazione integrativa della necessaria fruizione in capo al lavoratore dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, per accedere all'agevolazione della precedenza in questione, non è richiesta dall'art. 33, comma 5, cit., mentre costituiscono logico sviluppo della condizione di assistenza al genitore in situazione di gravità, che fonda la precedenza in ambito provinciale, sia l'impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi, sia la 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.

Così conformato il contenuto dell'art. 13 CCNI, la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali, in esso prevista, 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

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, punto1), 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.

2.5. Il ricorso, pertanto, va accolto. La sentenza va cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione che nel decidere la controversia farà applicazione dei principi sopra richiamati e provvederà anche alle spese del presente giudizio.

PQM

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione.

Ai sensi del DPR n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-*bis*, se dovuto.

Così deciso in Roma, nell'adunanza camerale del 26 novembre 2020.


IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Pia Giaccoia
Il Funzionario Giudiziario

Il Presidente
Amelia Torrici

