



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA
SEZIONE LAVORO

Il Tribunale di Catania in funzione di Giudice del lavoro, nella persona della dott.ssa Luisa Maria Cutrona, all'udienza di discussione del giorno 07/04/2022, celebrata in modalità cartolare *ex art. 221, D.L. 19 maggio 2020, convertito con mod. dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 e ss.mm.ii.*, ha pronunciato, ai sensi della medesima disposizione, fuori udienza, la seguente

SENTENZA

nella causa di lavoro iscritta al n. 7187/2020 R.G. Sez. Lavoro, promossa

DA

[redacted], rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Ventriglia giusta procura in atti;

- Ricorrente -

CONTRO

Ministero dell'istruzione dell'Università e della ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia, Ambito Territoriale di Catania in persona del legale rappresentante pro tempore;

- Resistente -

E NEI CONFRONTI DI

docenti di scuola primaria partecipanti alla mobilità nell'anno scolastico 2020/2021;

- Resistenti contumaci

Oggetto: Mobilità personale scolastico; diritto di precedenza *ex artt. 33 commi 3 e 5 L. 104/1992, 470 d.lgs. 297/94 e 30, co.2 bis d.lgs. 165/01;*

Conclusioni: come in atti.

IN FATTO E DIRITTO

Con ricorso *ex art. 409 c.p.c.* con contestuale istanza cautelare, depositato il 04 novembre 2020 [redacted] adiva questo Tribunale in funzione di giudice del lavoro rappresentando:

- di essere docente di scuola primaria posto comune titolare nella provincia di Savona;

- di prestare, nella qualità di referente unico, compatibilmente al proprio impegno lavorativo, assistenza al padre, sig. [redacted] residente a

[redacted], persona portatrice di *handicap* con

connotazione di gravità, non rivedibile, ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge n.104/1994;

- che, al fine di assicurare la dovuta assistenza al genitore, la ricorrente ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale, indicando distretti, comune e scuole della provincia di Agrigento, in occasione delle operazioni di mobilità per l'a.s. 2020/2021 chiedendo di fruire della precedenza nelle operazioni di mobilità prevista dall'art. 33, commi 3 e 5, legge n. 104/1992, anche nei confronti delle nuove immissioni in ruolo, ai sensi dell'art. 470 d.lgs. 297/1994 e 30 co. 2 bis d.lgs 165/2001;

- di non aver ottenuto il trasferimento in una Scuola della Provincia di Agrigento in relazione alle preferenze, sia analitiche sia sintetiche, espresse nella domanda di mobilità in quanto il CCNI del 6 marzo 2019 (valido per gli a.s. 2019/20, 2020/21 e 2021/22) non prevede alcuna precedenza nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza dei genitori portatori di *handicap* con connotazione di gravità, stabilendo all'art. 13 che la precedenza al figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità venga riconosciuta limitatamente ai trasferimenti nella I fase (Trasferimenti all'interno dello stesso comune) e nella fase II fase (Trasferimenti tra comuni della stessa provincia), ma non ai trasferimenti nella III fase (Trasferimenti interprovinciali);

- Il ricorrente concludeva come segue: *“Alla luce delle ragioni sopra riportate si chiede che venga dichiarata l'illegittimità dell'ordinanza ministeriale del 23.03.2020 n.182 e tutti gli altri atti del Ministero della Pubblica Istruzione , concernente la mobilità, e per l'effetto si chiede che venga data precedenza alla mobilità rispetto alle nuove immissioni in ruolo”*.

- L'amministrazione resistente si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato in fatto e in diritto. In particolare, il Miur sosteneva che il trasferimento non poteva essere accordato alla sig.ra [] in quanto l'art. 13 CCNI non riconosce al figlio referente unico genitore disabile il diritto di precedenza nelle ipotesi di mobilità interprovinciale. Inoltre, l'amministrazione resistente sostiene non provata la qualità di referente unico della ricorrente.

- Nonostante l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 150 c.p.c. nei confronti dei docenti inseriti nella graduatoria impugnata relativa all'A.S. 2020/2021, nessuno dei controinteressati si costituiva in giudizio.

Istruita mediante acquisizione di prove documentali, la causa, ex art. 221, D.L. 19 maggio 2020, convertito con mod. dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, è stata discussa mediante scambio e deposito in telematico di note, recanti le conclusioni delle parti, di cui agli atti e, in esito all'odierna udienza cartolare del 07/04/2022, in cui è stata riservata l'adozione dei provvedimenti consequenziali, ritenuta la causa matura per la decisione, è adottata – fuori udienza - la presente sentenza.

Va preliminarmente dichiarata la contumacia dei controinteressati come individuati in ricorso che non hanno ritenuto di costituirsi in giudizio nonostante la regolare notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione.

Nel merito il ricorso è fondato per le ragioni che seguono.

Sul diritto di precedenza alla mobilità interprovinciale al figlio referente unico genitore disabile.

Oggetto del presente giudizio è il riconoscimento a favore della ricorrente del diritto di precedenza per l'assistenza ad un genitore da parte del figlio nella fase III (interprovinciale) dei trasferimenti rispetto alle nuove immissioni in ruolo.

In materia rileva l'art. 13, punto IV del CCNI del 6.3.2019, il quale da un lato riconosce in assoluto la precedenza per l'assistenza al coniuge mentre, dall'altro, limita tale diritto per l'assistenza al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella fase II dei trasferimenti tra comuni della stessa provincia. Pertanto la sussistenza del diritto di precedenza per l'assistenza al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità non viene prevista espressamente nella fase III, ossia per i casi di mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale. L'Ufficio conferma il proprio risalente orientamento - pur consapevole del recente difforme pronunciamento del Supremo Collegio - per le ragioni da ultimo espresse (Trib. Catania, sez. lav., 29 settembre 2021, n. 3994) e che integralmente e testualmente in questa sede si fanno proprie ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., *melius re perpensa* sporadiche le pronunce sezionali che in prima battuta hanno aderito al *revirement* della giurisprudenza di legittimità.

«Nonostante la recente pronunzia della Corte di Cassazione (ord. 22 febbraio 2021 n. 4677)¹, invero, si ritiene di dare continuità agli indirizzi di segno opposto già espressi da questo ufficio (*ex multis*, ord. 26 maggio 2020, prov. N. R.G.L. 3198/2020, n. cron. 18176; sent. 20 aprile 2021, n.1934 *est. Cupri*), ritenendosi che il citato orientamento del giudice di legittimità non sia ancora consolidato e che, comunque, lo stesso non sia condivisibile per le seguenti ragioni.

Giova, al riguardo, richiamare l'oggetto principale del presente procedimento.

Esso è incentrato sulla legittimità delle previsioni del CCNI sulla mobilità del personale docente del 6.3.2019, valevole per gli aa.ss. 2019/2020, 2020/2021, 2021/2022, nella parte in cui riconoscono l'operatività delle precedenzae previste negli artt. 33 l. 104/1992 e 601 d.lgs. 297/1994, negli spostamenti interprovinciali (fase III della mobilità), solo al docente che sia genitore (o equiparato) o coniuge di persona in condizione di handicap grave (secondo la graduazione ivi regolata), e non anche al figlio referente unico di genitore affetto da handicap grave: categoria, quest'ultima, a cui il CCNI riconosce il diritto di precedenza solo nei trasferimenti

¹ 1 Secondo cui "In tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore del aprile 2016, nel riconoscere il 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 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia".

all'interno del comune o della provincia (fasi I, II della mobilità) ovvero in sede di assegnazione annuale provvisoria.

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.

Dispone, invero, l'art. 33, co. 5, l. 104/1992: “...Il lavoratore di cui al comma 3 (lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro di 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 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”.

Dispone l'art. 601 T.U. scuola: “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”.

Si tratta, quindi, di capire se la contrattazione collettiva possa intervenire modificando (*in peius*) l'assetto dei rapporti per come risultante dalle disposizioni legislative sopra richiamate, escludendo a monte che determinate categorie, tra quelle contemplate in pari ordine dalla l. 104/1992, possano fruire della relativa precedenza e del diritto all'assegnazione nella sede più prossima al disabile previsto dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992, a prescindere, quindi, da ogni verifica circa la sussistenza dei presupposti del diritto ed indipendentemente dall'esistenza dei medesimi; dovendosi, peraltro, considerare che, di regola, per il personale docente, il trasferimento non può essere richiesto e disposto nel corso dell'anno scolastico, ma solo a seguito delle procedure di mobilità annuali (artt. 462 e 463 T.U. scuola), e che proprio i trasferimenti interprovinciali, che vengono riconosciuti sempre che sussistano posti vacanti e disponibili (e, dunque, quando nulla osti alla loro copertura), sono quelli che assumono maggiore importanza nell'ottica di tutela della persona disabile, proprio perché consentono l'avvicinamento allo stesso del familiare che lavora in una provincia diversa dalla sua e, dunque, presso una sede lontana dal suo domicilio: come nel caso odierno, ove parte ricorrente risulta avere la titolarità di cattedra nella provincia di Genova laddove il padre disabile risulta risiedere nella città di Catania.

La risposta alla questione che si pone appare negativa.

Vanno, al riguardo, ed innanzitutto, richiamati i principi generali che regolano i rapporti tra la contrattazione collettiva e le fonti di legge e tra la contrattazione nazionale e quella integrativa.

In tal senso, l'art. 40, del d.lgs. 165/2001 (T.U. pubblico impiego) recante disposizioni in materia di contrattazione collettiva e integrativa, prevede, per quello che qui rileva, che:

- 1) *nella materia della mobilità “la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge” (art. 40, co. 1);*
- 2) *“la contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi” (co. 3);*
- 3) *“la contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali” (co. 3-bis);*
- 4) *“le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione” (co. 3-quinquies);*
- 5) *“nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” (co. 3-quinquies).*

Come si evince da tali disposizioni, nella materia della mobilità del personale, la contrattazione collettiva può operare nei limiti previsti dalla legge e la contrattazione integrativa non può oltrepassare i vincoli e i limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, pena la nullità delle relative clausole.

Ciò appare coerente con il regime delineato in seno all'art. 2 del d.lgs. 165/2001, nella parte in cui prevede che *“Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” (co. 3-bis),* dovendosi peraltro ricordare che a mente dello stesso articolo *“i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo” (co. 2).*

Ciò premesso, vanno quindi richiamati i dati offerti dalla contrattazione collettiva del comparto scuola, per comprendere quale sia l'ambito di competenza della contrattazione integrativa nella materia delle procedure di mobilità e per capire se le previsioni in scrutinio oltrepassino i limiti e gli spazi consentiti dalla legge o dalla stessa contrattazione collettiva.

In proposito, viene in rilievo l'art. 22, co. 4, lett. *a1*), del CCNL del personale del comparto dell'istruzione e della ricerca del 19 aprile 2018, richiamato

espressamente dal contratto integrativo in esame, che prevede che costituiscono oggetto della contrattazione collettiva integrativa nazionale *“le procedure e i criteri generali per la mobilità professionale e territoriale, fatte salve le disposizioni di legge”*.

Da tale disposizione si evince che la contrattazione nazionale demanda alla sede integrativa solo il compito di regolare le procedure ed i criteri generali delle procedure di mobilità, ma nel rispetto e con salvezza delle disposizioni di legge, che quindi non possono essere incise o modificate dalla contrattazione integrativa. Del resto, come già anticipato, ai sensi dell'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/2001 la stessa contrattazione nazionale può disciplinare la materia della mobilità *“nei limiti previsti dalle norme di legge”*.

Ne consegue che la contrattazione integrativa che fuoriesca dal proprio ambito di competenza e che introduca nella materia disposizioni derogatorie ed in contrasto con la legge saranno da ritenersi nulle, inefficaci e sostituite di diritto dalle disposizioni di legge incise (art. 40 co. 3-*quinquies*, d.lgs. 165/2001; art. 2, co. 3-*bis* d.lgs. 165 cit.).

Ciò posto, deve rilevarsi che nell'ordinamento scolastico non sono previste, a livello di normazione legislativa primaria, deroghe alle tutele previste per i disabili dall'art. 33 l. 104/1992 o per i lavoratori che li assistono, le quali dunque, per quanto premesso circa i limiti di operatività della contrattazione collettiva, non possono essere diversamente regolate – soprattutto se in modo peggiorativo verso alcune categorie – dalla contrattazione collettiva integrativa.

Quest'ultima, pertanto, non è autorizzata ad introdurre differenziazioni tra i disabili contemplati dall'art. 33, l. 104/1992, né a discriminarli in ragione del tipo di legame parentale o di affinità con la persona che li assiste, nell'ambito dello stesso perimetro fissato dall'art. 33 cit. (*“...coniuge, parente o affine entro il secondo grado...”*), pena lo stravolgimento degli equilibri fissati dal legislatore e la riduzione dell'ambito di tutela da esso riconosciuto in favore della platea di persone in stato di handicap grave, che necessitano di assistenza, che la legge ha ritenuto di individuare con l'analitica indicazione dei rapporti (coniugali, parentali e di affinità) ivi previsti.

In forza di tale disposizione, dunque, deve ritenersi che anche il docente figlio di genitore disabile grave, in quanto parente di primo grado del disabile, abbia diritto ad essere trasferito nella sede più prossima a quel disabile ai sensi dell'art. 33, co. 5, l. 104/1992 (*“ove sia possibile”*), e che, pertanto, nelle procedure di mobilità scolastica, anche tali categorie di lavoratori debbano poter fruire del criterio di precedenza riconosciuto alle altre.

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.

A conferma di quanto premesso, depongono peraltro le stesse disposizioni del d.lgs. 297/1994 (T.U. scuola), già citate, ed in particolare l'art. 601.

Come si è già visto, tale disposizione, nel richiamare integralmente gli artt. 21 e 33 della l. 104/1992, statuisce che tali disposizioni implicino il riconoscimento della precedenza, sia in sede di assunzione (in ruolo come non di ruolo), sia in sede di mobilità, senza discriminazione alcuna rispetto al tipo di rapporto corrente tra il dipendente ed il disabile (coniugale, parentale, affinità) ovvero al tipo di mobilità (comunale, provinciale, interprovinciale).

Da quanto premesso, ne deriva che le previsioni impugnate della contrattazione collettiva integrativa, che precludono al dipendente figlio di disabile in condizione di gravità di potersi avvalere della precedenza nelle procedure di mobilità interprovinciale, appaiono in contrasto con l'art. 33 l. 104/1992, con l'art. 601 d.lgs. 297/1994 e con gli stessi vincoli di competenza imposti dal CCNL 19.4.2018 (art. 22, co. 4, lett. a1), sicché vanno ritenute nulle in forza dell'art. 2, co. 3-bis, e 40 co. 3-*quinqies* T.U. pubblico impiego, inefficaci (per difetto di competenza del CCNI) e discriminatorie in danno dei disabili gravi la cui assistenza può essere assicurata solo dai figli.

Per quanto premesso, non appare possibile aderire all'indirizzo, peraltro ancora non consolidato, espresso dal giudice di legittimità, secondo cui *“In tema di trasferimento interprovinciale del personale scolastico, l'art. 13 del c.c.n.i. di settore del 8 aprile 2016, nel riconoscere il 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 - che attribuisce, tra l'altro, al lavoratore il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina alla persona da assistere, ove possibile -, poiché la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”* (Cassazione civile sez. lav., 22/02/2021, n.4677).

Ed invero, come visto, sotto il primo profilo evidenziato dalla Corte (*“...la norma contrattuale assegna a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento...”*), va rimarcato e ribadito come la contrattazione integrativa risulti 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), sicché essa 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.

Inoltre, sotto il secondo versante (*“così soddisfacendo l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale e collocandosi nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia”*), va osservato come il riconoscimento della possibilità di invocare la precedenza nella mobilità interprovinciale, così come prevista dall'art. 33 l. 104/1992 e 601 d.lgs. 297/1994, non contrasti con alcuna esigenza

organizzativa della Pubblica Amministrazione, posto che tale precedenza potrà operare effettivamente sempre che sussistano posti vacanti e disponibili, che l'Amministrazione ritenga di coprire con la procedura di mobilità medesima.

Non appaiono sussistere, dunque, esigenze ricollegabili al buon andamento della Pubblica amministrazione che, nell'ottica di bilanciamento degli interessi (quello privato dei lavoratori interessati e quello pubblico), possano giustificare una "disapplicazione", sia pur parziale, delle tutele previste dall'artt. 33 l. 104/1992, posto che è pur sempre l'amministrazione che mette a disposizione della procedura di mobilità i posti da assegnare.

Non sembra, dunque, dirimente 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 tale diritto non sia assoluto, ma condizionato, 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*.

Nulla di tutto questo nel caso in esame.

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

Sul punto, del resto, va ricordato che l'inciso "*ove possibile*" previsto dall'art. 33, co. 5, l. 104/1992 risulta teso a subordinare il riconoscimento del diritto al trasferimento alla condizione che l'Amministrazione "*non abbia particolari esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio*" (T.A.R. Campania, Sez. VII, 3 maggio 2021, n. 2906), avendo peraltro la giurisprudenza rimarcato che "*di una simile verifica, in particolare, la P.A. è tenuta a dare puntuale motivazione, con adeguata illustrazione delle circostanze che dovessero impedire l'assegnazione / trasferimento oggetto di domanda, anche per evitare un sostanziale svuotamento dell'istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile...*" (T.A.R. Campania, Cit.).

Al riguardo, la Suprema Corte ha evidenziato che *“non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall’inciso “ove possibile” contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell’art. 41 Cost.”*, ma che *“tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. N. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte”* (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150).

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

Del resto, come evidenziato sempre dalla Suprema Corte, già con riguardo alla formulazione originaria della norma, deve rilevarsi che *“la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, sul diritto del genitore o familiare lavoratore “che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato” di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, è applicabile non solo all’inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l’attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento”* e che la previsione dell’art. 33 rientra *“nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell’assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie “resta fondamentale nella cura e nell’assistenza dei soggetti portatori di handicap” (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005)”*, dovendosi quindi favorire interpretazioni della norma compatibili non solo con il dato letterale, ma anche *“con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dall’Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall’Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. N. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)”* (C. Cass. Civ. sez. lav. 1 marzo 2019 n. 6150 cit.).

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

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

previste in favore dei disabili, introducendo discriminazioni fondate sulla natura del tipo di legame (in danno dei disabili gravi assistibili solo dai figli), in contrasto con l'equiparazione prevista espressamente dall'art. 33 l. 104/1992.

A ciò non può opporsi la circostanza che il CCNI riconosca, ai docenti figli di disabili gravi, così come del resto alle altre categorie, il diritto di precedenza nelle procedure di "assegnazione provvisoria", posto che l'applicazione della disciplina *ex art. 33 l. 104/1992* a tali procedure non appare in grado di sopperire alla esclusione di tutela nella mobilità interprovinciale.

Come è noto, invero, le procedure di assegnazione provvisoria sono annuali e riguardano i posti rimasti disponibili a seguito delle procedure di mobilità.

La platea dei posti assegnabili è, dunque, inferiore e residuale rispetto a quelli messi a bando con le procedure di mobilità, e dunque la possibilità di ottenerne l'assegnazione è ampiamente ridotta rispetto alle chance coltivabili con la procedura di mobilità interprovinciale.

L'assegnazione provvisoria, inoltre, ha un'efficacia temporalmente limitata ad un anno e non determina alcuna precedenza nelle successive procedure di assegnazione provvisoria.

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.

Ne deriva che la 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.

Neppure può essere sufficiente la previsione del CCNI di assicurare tale precedenza nella mobilità comunale e provinciale.

Tale previsione, anzi, conferma l'illogicità del sistema delineato dalla contrattazione collettiva integrativa, posto 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.»

È pacifica la mancata applicazione della precedenza *ex art. 33 l. 104/1992*, 601 TU Scuola, per espressa previsione del CCNI, nonostante richiesta.

Per quanto sopra motivato, deve, dunque, riconoscersi il diritto della sig.ra []

[] alla fruizione del beneficio in questione, con conseguente condanna dell'Amministrazione a riesaminare la domanda di mobilità presentata dalla ricorrente per l'a.s. 2020/2021 e ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza *ex art. 33 legge n. 104/1992*, nell'ordine di priorità indicato nella domanda di mobilità, uno dei posti delle sedi indicate in domanda, ove – all'epoca di pubblicazione della procedura di mobilità – vacanti e disponibili.

Sulla qualità di referente unico- L'amministrazione resistente lamenta in subordine la mancata prova della qualità di referente unico della ricorrente.

A tal proposito l'art. 13 del CCNI sottoscritto in data 06/03/2019 e relativo agli a.s. 2019/2020, 2020/2021, 2021/2022 prevede che: *“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 (8). 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 (9) 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. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria.”*

Ciò posto, parte ricorrente, già con sede di titolarità in provincia di Savona e assegnazione provvisoria in provincia di Catania, successivamente trasferita a Caltanissetta (cfr lettera notifica trasferimento in atti), la quale ha manifestato il permanere dell'interesse alla domanda in ragione della preferenza manifestata in sede di domanda di mobilità con riferimento alle sedi scolastiche nell'ambito 0003-provincia di Agrigento, ha nella specie documentato di essere figlia referente unico del padre portatore di *handicap* con connotazione di gravità, non rivedibile, *ex art. 3, comma 3, legge n.104/1992*; che il padre non è ricoverato permanentemente in alcun istituto di cura e necessita di assistenza continuativa; di essere l'unico soggetto che ha chiesto di fruire per l'intero anno scolastico dei tre giorni di

permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001; che il coniuge del sig. [REDACTED], [REDACTED], non può occuparsi del marito per motivi di salute; che i figli del sig. [REDACTED] non possono occuparsi del padre la prima non essendo in grado di guidare la macchina e il secondo avendo una situazione familiare complicata; di aver partecipato alla procedura di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2019/2020, indicando diverse sedi site nella provincia di Agrigento.

Pertanto alla luce di quanto sopra risultando provata la qualità di referente unico, deve respingersi eccezione di parte resistente sul punto.

Sulla precedenza delle operazioni di mobilità rispetto alle nuove assunzioni.

Parte ricorrente lamenta l'illegittimità di tutti quegli atti del Miur che non riconoscono precedenza alla mobilità rispetto alle nuove immissioni.

In proposito viene in rilievo l'art. 470 d.lgs. 297/1994 il quale prevede espressamente che le immissioni in ruolo *“siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”*.

Pertanto, la norma di cui sopra esplicitamente attribuisce preferenza alle operazioni di mobilità rispetto alle immissioni in ruolo che dovrebbero essere effettuate sui posti residui all'esito delle prime.

Analogo principio si riscontra nell'art. 30 co. 2 bis d.lgs. 165/01, secondo cui *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza”*.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere si è espresso in tal senso: *“Trattasi di principi che si fondano oltre che sulla generale esigenza di contenimento della spesa pubblica, sulla considerazione che il trasferimento a domanda si configura come una più soddisfacente distribuzione del personale nell'interesse del miglior andamento dell'azione amministrativa, dovendosi ritenere che il dipendente operi con maggiore profitto ove non sussistano situazioni di disagio di carattere familiare; d'altra parte l'esigenza di garantire la uniforme distribuzione delle nuove immissioni in ruolo in tutto il territorio nazionale, non trova alcun fondamento normativo e comunque non appare idonea a giustificare la deroga ad un principio di preferenza espressamente sancito dal legislatore (anche qualora fosse ritenuto validamente derogabile)”* (Trib. Sez. Lav., sent. n. 11243/2020)

Anche la giurisprudenza amministrativa è favorevole nell'accordare precedenza ai trasferimenti rispetto alle nuove immissioni in ruolo.

Infatti il Consiglio di Stato, ord. n. 3722/2019, ha affermato che *“L’art. 465 comma 1 del d. lgs. 297/1994 sopra citato prevede che i trasferimenti entro la provincia abbiano priorità rispetto a quelli interprovinciali, ma solo fino ad attuazione di quanto previsto dall’art. 470 comma 1 di cui qui si tratta, e in secondo luogo senza esprimere alcun principio di priorità per le nuove immissioni in ruolo, come si ricava dal successivo comma 4, per cui la priorità alle nuove nomine in ruolo esiste solo per i posti liberi dopo una certa data. Ciò posto, la norma dell’art. 470 comma 1 è stata attuata, con gli accordi di cui qui si tratta, e pertanto in quella sede avrebbe dovuto essere applicato il principio che lo stesso comma esprime, ovvero la preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine”*.

Alla luce di quanto sopra deve riconoscersi preferenza alle operazioni di mobilità rispetto alle nuove immissioni in ruolo.

Il ricorso va quindi accolto nei termini spiegati.

Le oscillazioni giurisprudenziali anche di merito ed il recente arresto del giudice di legittimità di senso opposto a quello espresso nel presente provvedimento giustificano la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catania, in funzione di Giudice del Lavoro, disattesa ogni ulteriore domanda, eccezione e difesa, nel procedimento in epigrafe indicato, così statuisce: dichiara la nullità del Contratto collettivo nazionale integrativo del 06.03.2019 del comparto scuola, nella parte in cui nega il diritto di precedenza *ex artt. 33, comma 5, legge n. 104/1992 e 601 d.lgs. n. 297/1994 (T.U. scuola)*, nelle operazioni di mobilità interprovinciale, al docente figlio referente unico di disabile grave *ex art. 3, comma 3, legge n. 104/1992*, anche rispetto alle nuove immissioni in ruolo *ex art. 470 d.lgs. 297/94 e 30 co. 2 bis d.lgs.165/01* e, per l’effetto, il diritto di [] alla fruizione della predetta precedenza, con conseguente condanna dell’Amministrazione al riesame della domanda di mobilità presentata per l’a.s. 2019/2020;

condanna l’Amministrazione convenuta ad assegnare alla parte ricorrente, con precedenza *ex artt. 33 legge n. 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;

compensa le spese processuali.

Così deciso in Catania, in data 07/04/2022

Il Giudice del Lavoro
dott.ssa Luisa Maria Cutrona