

ECC.MA CORTE D'APPELLO DI CATANIA

SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO

Per la sig.ra **Di Giorgio Carmela Rita** nata a Catania il 02.08.1966 e residente a Lentini (SR) in via Euripide n.20/A C.F. DGRCLM66M42C351K, elettivamente domiciliata in Catania, via Francesco Crispi n.211 presso lo studio dell'Avv. Dino Caudullo (C.F. CDLDNI73H18C351K - PEC dino.caudullo@pec.ordineavvocaticatania.it – fax 095444026) che la rappresenta e difende per procura in calce al presente atto

CONTRO

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

PER LA RIFORMA DELLA SENTENZA N.103/2022, RESA INTER PARTES DAL TRIBUNALE DI SIRACUSA SEZ. LAVORO – G.L. DOTT.SSA VIVIANA URSO IL 3.02.2022 NEL PROCEDIMENTO N. 23/2019 RG E PER L'ACCOGLIMENTO DELLE DOMANDE POSTE CON IL RICORSO ORIGINARIO

PREMESSA SULLO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale di Siracusa ed iscritto al n.23/2019 RG, l'odierna appellante ha esposto:

- di essere docente a tempo indeterminato di scuola primaria e di essere stata assunta con contratto a t.i. con decorrenza dall'a.s. 2013/2014, con assegnazione presso la provincia di Novara;



- di aver ottenuto per l'a.s. 2018/2019 l'assegnazione provvisoria in provincia di Siracusa, presso l'I.C. Marconi di Lentini.
- di partecipato alle operazioni di mobilità straordinaria valevoli per l'a.s. 2016/2017¹, riportando un punteggio di **punti 41 (+6 punti** per il ricongiungimento al coniuge) e di essere rimasta assegnata in Piemonte presso la Direzione didattica di Oleggio (NO), ove in atto è titolare;
- di aver partecipato alla **mobilità nella fase B1** e di non aver ottenuto il richiesto trasferimento, pur vantando un punteggio di 41 punti, in nessuno degli ambiti della regione Sicilia, mentre risultavano movimentati all'interno della stessa provincia di Siracusa numerosissimi docenti, sebbene dotati di un punteggio ben più basso (anche con 18 punti);
- evidenziava che nelle operazioni di mobilità per l'anno in questione, nonostante partecipasse alla fase B1, quindi in teoria con priorità assoluta su tutte le fasi successive, non aveva ottenuto il trasferimento, nonostante in fase D risultassero trasferiti due docenti peraltro con punteggi inferiori

Siracusa	BGLCHR72D53F258O	BAGLIERI	CHIARA	13/04/1972	RG
	29	D	SIC0000026	SICILIA AMBITO 0026	
Enna	PGLSRN74D44C342H	PUGLISI	SABRINA	04/04/1974	EN
	21	D	SIC0000011	SICILIA AMBITO 0011	

In particolare, sia la docente Baglieri Chiara (trasferita in fase successiva nell'ambito 0026 indicato come seconda preferenza dalla ricorrente), sia la docente Puglisi Sabrina (trasferita in fase successiva nell'ambito Sicilia 0011 indicato come undicesima preferenza dalla ricorrente), per di più vantavano un punteggio di gran lunga inferiore rispetto a quello della ricorrente (punti 41 + 6).

¹ Indicando in domanda i seguenti ambiti 0026, 0025, 0009, 0008, 0010, 0006, 0007, 0023, 0024, 0011, 0012, 0014, 0013, 0016, 0004, 0005, 0002, 0003, 0022, 0021, 0017, 0019, 0020, 0028.



- evidenziava altresì, di non aver ottenuto il richiesto trasferimento in quanto preceduta da docenti, anch'essi assunti nel 2015 con la medesima decorrenza giuridica ed economica, ma che, per il sol fatto di essere idonei – ma non vincitori - al concorso 2012, partecipavano alla fase B3 della mobilità su posti per loro accantonati;
- documentava che con il predetto punteggio di 41+6 punti avrebbe certamente ottenuto il trasferimento sperato, atteso che nei trasferimenti di fase B3 in ingresso in provincia di Siracusa, sui medesimi Ambiti indicati dall'appellante, risultavano trasferiti altri docenti, privi di alcuna precedenza e con punteggio inferiore rispetto a quello della ricorrente medesima e, segnatamente

Siracusa LIISTRO PINELLA 23/12/1976 SR 41 B3 SICILIA AMBITO 0026 Siracusa
 TROPIANO DOROTEA 14/08/1980 SR 40 B3 SICILIA AMBITO 0025
 Siracusa SORTINO TIZIANA 28/07/1973 SR 38 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa ARMERI MIRJAM 16/10/1981 SR 36 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa
 CAMPISI SABRINA 14/09/1970 SR 35 B3 SICILIA AMBITO 0025
 Siracusa DE PETRIS ROSANNA 17/05/1965 LT 34 B3 SICILIA AMBITO 0025
 Siracusa POTENZA SIMONA 18/10/1973 SR 34 B3 SICILIA AMBITO 0025
 Siracusa MANUELE SEBASTIANA 18/01/1972 SR 33 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa CINTOLI LUCIA 13/12/1978 SR 32 B3 SICILIA AMBITO 0026 Siracusa NIZZA
 MONICA 06/01/1974 SR 31 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa CAIA ROSALBA
 15/06/1970 SR 30 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa PRICONE KATIA 06/12/1974 SR
 30 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa MANGIAGLI MARIA CRISTINA 11/08/1969 SR
 29 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa SCHEMBRI ANNA 14/03/1974 SR 29 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa
 GALLO ROSA MARIA 28/05/1972 SR 28 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa MUSCARÀ CORRADO 29/11/1974 SR 28 B3 SICILIA AMBITO 0025
 Siracusa CARRABINO PIERA VALERIA 03/10/1980 SR 28 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa MOSCATELLO VIVIANA 22/03/1981 SR 28 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa SORCE VANESSA 08/04/1983 PA 28 B3 SICILIA AMBITO 0026
 Siracusa MIGGIANO STEFANIA 27/10/1969 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0026



Siracusa FAILLA LUCIA 31/10/1970 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa CARBÈ CONCETTA 17/11/1974 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa CARDÌ LUCIA 13/12/1975 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa PARISI DANIELA 21/08/1976 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa IETTA LAURA 09/02/1978 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa CAMPISI MARIA 18/06/1979 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa MAUCERI MARIA BEATRICE 13/11/1979 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa AMADDIO ANNA CONCETTA 26/07/1981 RG 27 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa RIZZO ELEONORA 11/05/1982 CT 27 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa ALICATA ELEONORA 21/05/1982 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa CILIA GRAZIANA 20/05/1983 RG 27 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa SAVARINO ROSARIA 04/10/1983 SR 27 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa PAPPALARDO LUCILLA 28/09/1977 CT 26 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa TIRALONGO IPPOLITA 10/09/1978 SR 26 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa NASTASI VALENTINA 29/12/1981 SR 26 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa PUGLISI ELISA 08/10/1982 SR 26 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa BOLOGNA MARIANNA 12/10/1982 SR 26 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa INSOLIA GABRIELLA 19/08/1983 CT 26 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa PITRUZZELLO MARIKA 10/12/1983 SR 26 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa PILATO TIZIANA 04/01/1971 MI 25 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa MANUELE ROSA MARIA 16/01/1974 SR 25 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa SACCO EMANUELA 24/12/1981 SR 25 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa SARACENO IRIS 08/05/1982 SR 25 B3 SICILIA AMBITO 0026 Siracusa PISTRITTO IRENE 12/05/1971 CT 24 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa VALVO SEBASTIANA 14/08/1973 SR 24 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa LOREFICE ROSSELLA 16/01/1978 SR 24 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa ROSSITTO CHIARA 06/04/1982 SR 24 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa D'ANGELO FRANCESCA 18/09/1979 SR 23 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa BISICCHIA BARBARA 07/10/1980 SR 23 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa MACAUDA ROSARIA 18/05/1981 RG 23 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa SCARSO IVANA 08/08/1983 RG 23 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa SALEMI VINCENZINA 13/12/1983 SR 23 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa RISTUCCIA VALENTINA 22/09/1970 SR 22 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa MOLLICA BRUNELLA 19/02/1981 SR 22 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa TIRALONGO ENZA 10/07/1983 SR 22 B3 SICILIA AMBITO 0025



Siracusa SANTUCCIO MARIA ANTONIETTA 28/08/1978 SR 21 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa CALAFIORE ELIANA 18/05/1983 VR 21 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa TIRALONGO CARMEN 26/10/1982 SR 20 B3 SICILIA AMBITO 0025

Siracusa RUIZ LILIANA 12/07/1972 SR 18 B3 SICILIA AMBITO 0025 Siracusa MUZZICATO FRANCESCA 14/10/1982 SR 18 B3 SICILIA AMBITO 0026

Siracusa CAPPELLO ESTER 02/01/1984 RG 18 B3 SICILIA AMBITO 0026

- rilevava infine, che nelle operazioni di mobilità dell'a.s. 2016/2017, nonché quelle dell'a.s. 2017/2018 e 2018/2019 non aveva ottenuto il trasferimento richiesto anche a causa del mancato riconoscimento della precedenza ai sensi della L.104/92 nei trasferimenti interprovinciali.

Invero, sia nella domanda di mobilità per l'a.s. 2016/2017 che in quella per l'a.s. 2017/2018 e per l'a.s. 2018/2019, la ricorrente dichiarava di voler fruire della precedenza nelle operazioni di mobilità prevista dall'art. 33 comma 5 della legge 104/92, in qualità di referente unico per l'assistenza della madre, Catapano Elena, già dichiarata invalida dalla Commissione medica per l'accertamento dell'handicap già dal 2014 e riconosciuta soggetto portatore di handicap in stato di gravità (art.3 c.3 L.104/92).

*** **

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

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

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente, in rispetto del punteggio di mobilità vantato dalla stessa in quanto partecipante alla fase B1 di mobilità e, quindi, con priorità rispetto al personale partecipante alla successiva fase D effettivamente beneficiario del detto trasferimento, al trasferimento nell'Ambito Territoriale Sicilia 0026 ovvero, in subordine, Sicilia 0011;

- per l'effetto, ordinare il trasferimento immediato della ricorrente con decorrenza dall'a.s. 2016/17 nell'Ambito Territoriale Sicilia 0026 ovvero, in subordine, Sicilia



0011, accompagnando sin d'ora l'emanando ordine delle disposizioni necessarie atte a darvi pronta ed immediata attuazione da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia;

In via subordinata

previa disapplicazione o declaratoria di nullità del CCNI sulla mobilità del personale docente del 08.04.2016 nelle parti sopra evidenziate (articolo 2, comma 3, art. 6, Fase B e C e, comunque, ogni altro articolo che dovesse prevedere disposizioni del medesimo tenore di quelle censurate) ivi compresa, ove occorra e nei limiti di interesse l'O.M. 241 dell'8.04.2016

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

- per l'effetto, disapplicare, sospendere o annullare gli effetti di ogni provvedimento, ancorché non conosciuto, adottato dall'Amministrazione resistente in ordine alla procedura di mobilità che ha coinvolto l'odierna ricorrente per l'a.s. 2016/2017;

- conseguentemente, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente, in virtù del punteggio attribuito ai fini della mobilità, al trasferimento in Sicilia ambito 0026 o, in subordine, presso l'ambito 0025, o in ulteriore subordine presso uno degli ulteriori ambiti indicati in domanda e, per l'effetto, ordinare il trasferimento della ricorrente per l'a.s. 2016/17 in Sicilia presso l'ambito 0026 o, in subordine, presso l'ambito 0025, o in ulteriore subordine presso uno degli ulteriori ambiti indicati in domanda secondo l'ordine di preferenza in ossequio al punteggio vantato.

Quanto sopra, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale sollevata in ricorso.

In ogni caso



Previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017 e del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2017/2018, prorogato anche per l'a.s. 2018/2019, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave, e, per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere movimentata, sulla tipologia di posti di scuola primaria per cui ha titolo, nella provincia di Siracusa, con precedenza in quanto assistente la madre disabile grave, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017 o, in subordine, con decorrenza dall'a.s. 2017/2018 o, in ulteriore subordine, con decorrenza dall'a.s. 2018/2019.

Con ogni consequenziale statuizione per spese diritti ed onorari del giudizio, di cui si chiede la distrazione ai sensi dell'art.93 cpc in favore del sottoscritto procuratore antistatario.”.

Integrato il contraddittorio ai sensi dell'art.151 cpc, posta la causa in decisione, all'udienza del 3.02.2022 la stessa veniva decisa con la sentenza, oggi appellata, con la quale il primo Decidente rigettava sia la domanda principale che le domande formulate in via subordinata.

Conseguentemente, ritenendola errata e frutto di una inesatta ricostruzione della fattispecie sostanziale e delle disposizioni normative di riferimento e meritando, pertanto, integrale riforma, l'odierna appellante propone gravame avverso la predetta sentenza ed invoca l'accoglimento integrale del ricorso originariamente posto, per i seguenti motivi di

DIRITTO

SPECIFICHE MOTIVAZIONI

Ai fini dell'ammissibilità dell'appello, secondo quanto previsto dall'art.434 c.p.c., come modificato dal D.L. 22/06/2012 n.83 (convertito nelle Legge



n°134 del 2012), si specifica, preliminarmente, che le parti della sentenza che si intendono appellare attengono a:

SULLA DOMANDA PRINCIPALE

I – ERRORE IN DIRITTO, condizionante la decisione, con cui il Tribunale di Siracusa ha erroneamente interpretato e falsamente applicato l’art.1 comma 108 della L.107/2015, l’ordinanza ministeriale 241/2016 e le disposizioni del CCNI sulla mobilità per l’a.s. 2016/2017, laddove ha ritenuto che *“La previsione di fasi successive della mobilità presuppone che, conclusa la fase precedente, si proceda alla successiva, senza che le successive modificazioni dello stato di fatto possano “riaprire” le fasi precedenti, con la conseguente modifica “a cascata” di tutti i trasferimenti già effettuati e ciò non costituisce violazione delle norme procedurali, né tanto meno una disparità di trattamento, essendo la fase D successiva alla fase di mobilità B, cui la ricorrente ebbe a partecipare: i posti resisi disponibili a seguito delle procedure avviate nelle fase D erano dunque vacanti e disponibili esclusivamente ai docenti partecipanti alla mobilità interna tra insegnanti della stessa Fase D.”*.

SULLA PRIMA DOMANDA SUBORDINATA

II – ERRORE IN DIRITTO, condizionante la decisione, con cui il Tribunale di Siracusa ha erroneamente interpretato e falsamente applicato l’art.1 comma 108 della L.107/2015, l’ordinanza ministeriale 241/2016 e le disposizioni del CCNI sulla mobilità per l’a.s. 2016/2017, laddove ha ritenuto legittimo l’accantonamento dei posti in favore dei docenti idonei – e non vincitori – al concorso 2012, in danno dei docenti partecipanti alle altre fasi di mobilità che vantavano maggior punteggio, come la ricorrente.



Richiamando giurisprudenza su casi analoghi, la sentenza appellata ha erroneamente evidenziato, in particolare, che

“Il CCNI si è limitato, pertanto, a integrare la disciplina legislativa, senza porsi in contrasto con la stessa e senza violare l’ordine gerarchico delle fonti, accordando ai docenti provenienti dalle graduatorie di merito del concorso 2012 la possibilità di partecipare alle operazioni di mobilità prevedendo l’accantonamento dei posti nell’ambito della provincia di assegnazione provvisoria e quindi la priorità rispetto ai docenti reclutati per mezzo delle gae ma solo in ambito provinciale.

Tale ultima previsione poi non appare configurare un’illegittima discriminazione in danno delle altre categorie di docenti che partecipano alla mobilità, con violazione delle norme costituzionali richiamate in ricorso che tutelano i principi di uguaglianza, di imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa) risultando anzi coerente con tali principi, stante la diversità delle fattispecie considerate sia per le modalità di reclutamento del personale (per concorso pubblico, da un lato e per inclusione nelle Gae sulla base del servizio precedentemente prestato, dall’altro), sia per il carattere volontario o obbligatorio della partecipazione alla procedura (la mobilità è volontaria per i docenti immessi in ruolo entro l’anno scolastico 2014/2015, titolari di sede definitiva, e obbligatoria per i docenti assunti nell’anno scolastico 2015/2016, assegnati a sede provvisoria e da destinare a sede definitiva).

D’altra parte, per quanto non direttamente previsto dalla fonte primaria, la materia della mobilità è rimessa alla contrattazione collettiva ed alla relativa concertazione in sede sindacale, cui deve riconoscersi ampio margine di autonomia e insindacabilità nella regolamentazione della materia.



Non appare poi irragionevole che le parti sociali abbiano riconosciuto ai docenti assunti attraverso il piano straordinario per l'anno scolastico 2015/2016 provenienti dalle graduatorie di merito del concorso 2012 il "preventivo accantonamento numerico dei posti nella provincia di nomina provvisoria", non venendo in considerazione una pretermissione del principio del merito (atteso che il punteggio per i docenti assunti da GAE è dato dalla anzianità e dalla valutazione di situazioni personali e familiari che non attengono invero al merito della preparazione), ma la previsione di una disciplina contrattuale diversa con riferimento a situazioni giuridiche diverse; l'aver superato ed essere risultati idonei a un concorso nell'un caso, essere inseriti in graduatoria sulla base della pregressa esperienza di insegnamento dall'altro, atteso che il punteggio delle graduatorie ad esaurimento non può essere equiparato al punteggio concorsuale e come tale non può essere significativo di una maggiore preparazione mostrata a seguito della partecipazione a un concorso pubblico conseguendo la relativa idoneità."

SULLA SECONDA DOMANDA SUBORDINATA

III – ERRORE IN DIRITTO, condizionante la decisione, con cui il Tribunale di Siracusa ha erroneamente interpretato e falsamente applicato l'art.1 comma 108 della L.107/2015, l'ordinanza ministeriale 241/2016 e le disposizioni del CCNI sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017, nonché il CCNI per l'a.s. 2017/2018 e l'art.33 comma 5 della legge 104/92 in combinato disposto con l'art.601 del D.Lvo 297/94, ritenendo legittime le previsioni di cui all'art.13 del CCNI sulla mobilità del personale scolastico laddove non prevede alcuna precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale per il docente che assiste il genitore disabile grave.



In particolare, la sentenza appellata risulta errata e meritevole di riforma laddove il primo Decidente afferma che *“La contrattazione collettiva quindi 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)”*.

SULLA STATUIZIONE SULLE SPESE

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

*** **

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

SULLA DOMANDA PRINCIPALE

La questione, rivolta al Tribunale di Siracusa, è stata oggetto di copiosa giurisprudenza favorevole all’accoglimento delle tesi sostenute in ricorso.

In particolare, in seno al ricorso di primo grado si è evidenziato in punto di diritto che, assunta entro l’anno 2014/2015, **l’odierna ricorrente ha presentato domanda di mobilità cui partecipava alla fase B1 (quindi con priorità assoluta rispetto a tutte le successive fasi di mobilità come espressamente previsto dall’art.1 comma 108 della L.107/2015), senza ottenere il richiesto trasferimento.**



Nel piano straordinario di mobilità, che la disciplina della mobilità 2016 articola in 4 fasi (A, B, C, D), **la ricorrente ha partecipato alla fase B1.**

Orbene, con riferimento alle modalità di svolgimento delle fasi delle operazioni di mobilità territoriale, l'art. 6 del CCNI 2016 prevede quattro distinte fasi:

Fase A: trasferimenti in ambito comunale

Fase B

1. **B1 – trasferimenti interprovinciali prioritari riservati ai docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015**
2. B2 – passaggi di cattedra e di ruolo interprovinciali
3. B3 – trasferimenti in ambito provinciale dei docenti assunti nelle fasi B e C dalle graduatorie di merito del concorso 2012

Fase C: trasferimenti interprovinciali dei docenti assunti in fase B e C da Gae

Fase D: trasferimenti interprovinciali dei docenti assunti da GM in fase B e C e docenti assunti in fase zero e in fase A.

Per la fase D, il citato art.6 precisa che *“1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi Zero ed A del piano assunzionale 15/16 nonché da fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti dalle Graduatorie di concorso potranno, in deroga al vincolo triennale, proporre istanza di mobilità **nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti.** La mobilità avverrà secondo l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali indicato nell'istanza”*.

Tali disposizioni vanno lette in combinato disposto con l'All.1 del CCNI 2016 “ORDINE DELLE OPERAZIONI NEI TRASFERIMENTI E NEI PASSAGGI DEL PERSONALE DOCENTE ED EDUCATIVO”, *“Per ciascuna delle operazioni, l'ordine di graduatoria degli aspiranti è*



*determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli allegata al presente contratto. **L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio. A parità di punteggio e precedenza, la posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica. I docenti dovranno indicare tutti gli ambiti nazionali anche attraverso preferenze sintetiche provinciali, nel qual caso l'assegnazione all'ambito avverrà secondo la tabella di vicinanza allegata alla prevista OM***".

Dunque, dall'esame della citata normativa emerge con evidente chiarezza che **all'interno di ogni fase, ciascuna domanda deve essere esaminata tenendo conto del punteggio posseduto da ogni docente e l'assegnazione della sede deve avvenire partendo dalla prima preferenza espressa nella domanda di mobilità, assegnando l'ambito al docente che (in difetto di precedenze previste dal contratto) abbia punteggio più alto o, a parità di punteggio, al docente con maggiore anzianità anagrafica.**

In sostanza, anche prescindendo dalla pur possibile contestazione della suddivisione in fasi, disposta solo con atto regolamentare ma totalmente assente dalle disposizioni di rango primario, ciò che appare comunque evidente è come, nel sistema delineato tanto dal CCNI, quanto dall'O.M. (entrambi allegati), la mobilità avrebbe dovuto svolgersi secondo un criterio basato sul **PUNTEGGIO**, salve le precedenze indicate dalla Legge e richiamate dall'art.13 del CCNI: la procedura di mobilità equivale *lato sensu* ad un concorso per soli titoli, il cui unico parametro di riferimento è il punteggio vantato, in relazione ai titoli posseduti.

Orbene, appare evidente come nel caso oggetto del presente ricorso, l'Amministrazione Scolastica abbia violato la normativa contrattuale testé



citata, atteso che dalla documentazione versata in atti risulta che le predette docenti che hanno ottenuto il trasferimento in danno della ricorrente partecipavano ad una fase successiva.

Ma vi è di più.

VIOLAZIONE DELL'O.M. N. 241 DELL'08.04.2016, DELL'ART. 97 COST. E DEI PRINCIPI DI CORRETTEZZA, BUONA FEDE ED IMPARZIALITA'.

L'art. 10 dell'O.M. n. 241/2016 regola l'esame e la valutazione delle domande di mobilità delineando una sequenza procedimentale che non è stata osservata dall'Amministrazione resistente in quanto le operazioni di scrutinio delle domande sono state semplificate in un **algoritmo**, del quale **si ignorano i cd. codici sorgente che consentirebbero di decifrarlo per rendere ostensibili le ragioni di una scelta dai tratti ancora oscuri, lesiva della ricorrente.**

In altri termini, le numerose domande di mobilità ed il destino personale degli aspiranti docenti sono stati assoggettati ai **prodigi di un software non contemplato dall'O.M. n. 241/2016.**

Non può sfuggire, sotto altro aspetto, la mancanza di **correttezza e buona fede** della P.A. che dapprima pone un autolimito alla futura attività di valutazione delle domande obbligandosi a rispettare le norme pattizie e l'O.M. 241/2016. Nella fase operativa, poi, se ne sottrae affidandosi all'algoritmo, ambiguo ed ermetico, dagli esiti incerti.

E' appena il caso di osservare che, ai sensi dell'art. 3, DPR n. 487/1994, applicabile per analogia al caso *de quo*, diversamente dal caso in esame, in una selezione le **regole devono essere esternate preventivamente nel bando – imm modificabile fino alla fine della procedura** - a garanzia della



par condicio dei partecipanti, della correttezza e dell'imparzialità dell'azione datoriale della P.A..

La censurata condotta amministrativa ha determinato un conflitto con gli aspiranti agli Ambiti Territoriali designati nella domanda di mobilità e concreta la violazione dei principi di **imparzialità e buona andamento** della P.A. (art. 97 Cost.), delle norme pattizie suindicate in materia di mobilità e dell'art.1, comma 108, L. 107/2015 (Tribunale di Trani, ordinanza del 16.9.2016; Tribunale di Brindisi, ordinanza dell'11.10.2016; Tribunale di Foggia, ordinanza del 05.10.2016; Tribunale di Taranto, ordinanza del 20.09.2016).

Inoltre, trattandosi di una procedura selettiva in senso ampio, soggetta alle regole generali poste in materia concorsuale, va rilevata la violazione dell'art. 28, comma 1, DPR n. 487/1994, in quanto a fronte del mancato trasferimento della ricorrente si pone l'assegnazione delle predette controinteressate negli Ambiti Sicilia 0025 e 0026 **partecipanti ad una fase successiva della mobilità ed aventi punteggio inferiore ad essa.**

Ne consegue che gli atti contestati ed il diniego di trasferimento in uno degli Ambiti precedenti indicati nella domanda di mobilità, sono viziati da nullità per la violazione dei doveri di correttezza e buona fede imputabile alla P.A.. Essa ha omesso di adempiere il dovere di **informazione preventiva** sull'impiego dell'algoritmo e sui criteri extratestuali difformi, cioè, da quelli preventivamente fissati nel C.C.N.I. e nell'O.M. n. 241/2016.

Su identica fattispecie si sono pronunciati diversi Tribunali.

Con sentenza n.3035/2017 del 27.12.2017, il Tribunale di Milano su fattispecie identica ha evidenziato che “il confronto deve essere operato esclusivamente in relazione agli altri partecipanti alla fase di



appartenenza, in quanto ai docenti che partecipano nelle fasi successive potranno essere assegnati solo i posti residui al termine delle operazioni” relative alle fasi precedenti.

Nei medesimi termini si sono altresì espressi, il Tribunale di Roma (sentenza 10470/2017), il Tribunale di Como (sentenza 242/2017) ed il Tribunale di Venezia (sentenza 573/2017), Tribunale di Catania (sentenza 2932/2018).

Il Primo Decidente, in modo evidentemente errato, ha tuttavia evidenziato che *“Poiché il trasferimento in uscita è intervenuto nella fase D e quindi dopo la chiusura della fase C, il posto assegnato alla Baglieri deve ritenersi che sia divenuto disponibile dopo la chiusura della fase C.*

La previsione di fasi successive della mobilità presuppone che, conclusa la fase precedente, si proceda alla successiva, senza che le successive modificazioni dello stato di fatto possano “riaprire” le fasi precedenti, con la conseguente modifica “a cascata” di tutti i trasferimenti già effettuati e ciò non costituisce violazione delle norme procedurali né tanto meno una disparità di trattamento, essendo la fase D successiva alla fase di mobilità C, cui la ricorrente ebbe a partecipare; i posti resisi disponibili a seguito delle procedure avviate nelle fase D erano riservati esclusivamente ai docenti partecipanti alla mobilità interna tra insegnanti della stessa Fase D”.

L’assunto è errato e frutto di una non corretta ricostruzione della vicenda.

Come in più occasioni affermato dalla **Corte d’Appello di Bologna su fattispecie identica (sentenza n.518 dell’11.06.2018 e sentenza n.457 del 28.05.2019)**, **“non vi è dubbio che, in base al tenore letterale dell’art.6 del CCNI mobilità 2016/2017, la procedura di mobilità dovesse avvenire per distinti passaggi, nel senso che gli insegnanti della fase successiva potevano**



proporre istanza e quindi ottenere il trasferimento “nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti.

Dall’elenco dei trasferimenti emerge che l’assegnazione del posto di cui si discute è avvenuta in maniera contestuale all’assegnazione dei posti nelle fasi precedenti, per cui non si può sostenere che quel posto si sia liberato successivamente; ed in ogni caso, se è stato assegnato quel posto in fase D, ciò sta a significare che quello stesso posto era disponibile e vacante anche in fase C, poiché le operazioni di mobilità dovevano essere effettuate per fasi successive e nei limiti dei posti disponibili e vacanti all’esito della fase precedente”.

*** **

SULLA PRIMA DOMANDA SUBORDINATA

La questione, rivolta al Tribunale di Siracusa, è stata oggetto di copiosa giurisprudenza, anche del medesimo Giudice di *primae curae* che, ancora di recente (cfr. **da ultimo ex multis sentenze 837 del 13.10.2020 e 542 del 21.07.2020**) è favorevole all’accoglimento delle tesi sostenute in ricorso, ed incline alla disapplicazione delle fonti secondarie illegittime (OM 241/2016 e CCNI mobilità docenti 2016/17) nelle parti censurate in ricorso.

Il Giudice di primo grado si è pronunciato, rigettandolo, sul motivo di ricorso con il quale si erano censurate le operazioni di mobilità per l’a.s. 2016/2017 nella parte in cui è stato disposto, in violazione di legge, l’accantonamento dei posti per i docenti idonei al concorso 2012, in danno dei docenti che, assunti con la medesima decorrenza economica e giuridica, vantavano punteggi anche di gran lunga maggiori nella medesima procedura di mobilità.



A sostegno del proprio provvedimento di rigetto, come dianzi evidenziato, il primo Decidente ha richiamato un orientamento giurisprudenziale che “giustificherebbe” l'accantonamento dei posti previsto dalla contrattazione integrativa in favore dei docenti idonei al concorso 2012.

La sentenza appellata sul punto è errata ed illegittima per i seguenti motivi, ai quali si premette che, in fattispecie identica, la **CORTE D'APPELLO DI MESSINA CON SENTENZA N.713 DEL 7.02.2020 E CORTE D'APPELLO DI CALTANISSETTA CON SENTENZA N.123 DEL 21.05.2020** hanno evidenziato

“Passando al merito, l'art. 1 co. 108 L. n. 107 del 2015 stabilisce:

Per l'anno scolastico 2016/2017 e' avviato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia, rivolto ai docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015. Tale personale partecipa, a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia, di cui all'articolo 399, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c). Successivamente, i docenti di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016, partecipano per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale. Limitatamente all'anno scolastico 2015/2016, i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015, anche in deroga al vincolo triennale sopra citato, possono richiedere l'assegnazione provvisoria interprovinciale. Tale assegnazione può essere disposta dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca nel limite dei posti di organico dell'autonomia disponibili e autorizzati.

L'art. 6 CCNI 8 aprile 2016 regola la procedura di mobilità per l'A.S. 2016/2017 in quattro fasi, prevedendo quanto segue.



1. Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano in quattro distinte fasi:

FASE A

1. Gli assunti entro il '14/15-compresi i titolari sulla DOS, i docenti in sovrannumero e/o in esubero e coloro che hanno diritto al rientro entro l'ottennio-potranno fare domanda di mobilità territoriale su scuola, nel limite degli ambiti della provincia di titolarità, su tutti i posti vacanti e disponibili nonché su quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE. I docenti in questione potranno anche proporre domanda di mobilità tra ambiti di province diverse, come da punto 1 della fase B.

Si procede, nel limite degli ambiti della provincia, prima a livello comunale, poi provinciale.

2. Gli assunti nell' a.s. '15/16 da fase Zero ed A del piano assunzionale 15/16 otterranno la sede definitiva, in una scuola degli ambiti della provincia in cui hanno ottenuto quella provvisoria. A tal riguardo, sono utili i posti vacanti e disponibili per la mobilità di cui al punto 1, fermo restando l'accantonamento dei posti occorrente a far sì che tutti i docenti in questione possano ottenere una sede definitiva in una scuola degli ambiti della provincia.

Gli assunti il '15/16 da fase Zero e A del piano assunzionale 15/16 potranno anche proporre istanza di mobilità territoriale, come da punto 1 della Fase D.

FASE B

1. Gli assunti entro il '14/15 potranno proporre istanza di mobilità per gli ambiti anche di province diverse, indicando un ordine di preferenza tra gli stessi e nel limite numerico dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito, compresi quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE, rimasti a seguito delle operazioni di cui alla Fase A. Se posizionati in graduatoria in maniera tale da ottenere il primo ambito chiesto, otterranno la titolarità di una scuola secondo l'ordine espresso tra tutte le scuole dell'ambito; diversamente saranno assegnati ad un ambito se richiesto. Quanto sopra, anche in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia;



2. gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti dalle Graduatorie di Merito del Concorso 2012, indicheranno l'ordine di preferenza tra gli ambiti della Provincia. L'ambito di assegnazione definitiva sarà individuato secondo l'ordine di preferenza espresso, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza. Potranno altresì proporre istanza di mobilità territoriale ai sensi del punto 1 della Fase D.

FASE C

1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti da GAE, parteciperanno a mobilità territoriale. La mobilità avverrà su istanza di parte ovvero, in assenza di istanza, d'ufficio, nel limite dei posti vacanti e disponibili in tutti gli ambiti inclusi quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE, dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo un ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali. L'ordine di preferenza è indicato nell'istanza ovvero determinato o completato d'ufficio. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza;

FASE D

1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi Zero ed A del piano assunzionale 15/16 nonché da fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti dalle Graduatorie di concorso potranno, in deroga al vincolo triennale, proporre istanza di mobilità nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali indicato nell'istanza. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza.

2. Le operazioni di cui alle fasi del comma 1 sia per la mobilità professionale che per la mobilità territoriale avvengono secondo l'ordine definito dall'allegato 1

3. OMISSIS

4. 1. Gli assunti entro il '14/15-compresi i titolari sulla DOS, i docenti in sovrannumero e/o in esubero e coloro che hanno diritto al rientro entro l'ottennio-potranno fare domanda di mobilità territoriale su scuola, nel



limite degli ambiti della provincia di titolarità, su tutti i posti vacanti e disponibili nonché su quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE. I docenti in questione potranno anche proporre domanda di mobilità tra ambiti di province diverse, come da punto 1 della fase B.

5. Si procede, nel limite degli ambiti della provincia, prima a livello comunale, poi provinciale.

La fase A, punto 1, dunque, interessa i docenti assunti a tempo indeterminato nell'A.S. 2014/2015 e riguarda l'ambito provinciale.

La fase A, punto 2, interessa gli assunti nell'A.S. 2015/16 da fase Zero ed A del piano assunzionale. Anche qui il territorio entro cui avviene la mobilità è quello provinciale.

La fase B concerne i trasferimenti fuori provincia e, sul piano soggettivo, gli assunti entro l'a.s. 2014/2015 nonché "gli assunti nell'a.s. 15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti dalle Graduatorie di Merito del concorso 2012".

La fase C interessa gli assunti nell'anno scolastico 2015/2016 da fasi B e C del piano assunzionale "provenienti da GAE", i quali, "dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti", parteciperanno alla mobilità su base nazionale, "secondo un ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali" e, in assenza di istanza o di ordine di preferenza, anche "d'ufficio".

La fase D, da espletarsi "dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti", gli assunti da fasi Zero ed A, nonché da fasi B e C del piano assunzionale 2015/2016 "provenienti da concorso".

Il raffronto fra la previsione legislativa e la disposizione contrattuale collettiva mostra l'illegittimità di quest'ultima per evidente contrarietà alla prima.

Nel comma 108 sopra riportato, il "piano straordinario di mobilità territoriale e professionale" viene messo in atto per l'A.S. 2016/2017 e concerne "docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015". E' unicamente questo personale che "partecipa, a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale.. per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno



scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c).”.

Non è dato comprendere su quali basi gli appellanti giungano ad affermare che l’art. 1 co. 108 L. n. 107 del 2015 prevede “un accantonamento dei posti riservati per la mobilità dedicata ai docenti provenienti dalla graduatoria di merito del concorso 2012 (art. 96 lett. a),” Sono docenti che, appunto perché immessi in ruolo sulla base della stessa L. n. 107 del 2015, non sono stati assunti a tempo indeterminato entro l’A.S. 2014/15 e dunque restano estranei alla previsione normativa, che fissa il chiaro ed ineludibile presupposto dell’assunzione entro l’A.S. 2014/15 per poter partecipare al piano straordinario di mobilità territoriale e professionale che viene varato con la legge.

E’ poi vero, come affermano gli appellanti, che lo stesso comma 108 prevede la “procedimentalizzazione per fasi” della procedura mobilità, come si desume dal “successivamente” impiegato dal legislatore. Ma la fase successiva riguarda, anche qui in via esclusiva, i docenti “di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l’anno scolastico 2015/2016.” Sono solo tali soggetti che “partecipano per l’anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell’attribuzione dell’incarico triennale.”.

Il legislatore non ha quindi considerato nessun docente che non rientrasse nelle categorie sopra delineate e definite con puntuali riferimenti temporali (assunzione entro l’A.S. 2014/2015) o normativi (soggetti di cui al comma 96 lett. b).

Pertanto, la contrattazione collettiva ben poteva ed anzi doveva, certamente, elaborare fasi e criteri per la mobilità dei docenti che non rientrassero nelle due categorie espressamente considerate dal legislatore, ma questa era la “normale”, consueta mobilità annuale che si sarebbe dovuta subordinare, “accodare”, se è consentito il termine, a quella straordinaria voluta dal legislatore per l’A.S. 2016/2017. Appunto perché piano straordinario, espressamente e puntualmente dettato dalla legge per il solo A.S. 2016/2017, esso si imponeva alle parti contrattuali collettive che, nel disciplinare le fasi,



dovevano necessariamente accordare precedenza ai soggetti indicati dal legislatore, e per i quali espressamente era prevista la straordinarietà del piano di mobilità, senza aggiungervi o sottrarvi alcuna altra categoria di docenti. Pertanto, la concreta disciplina contrattuale di cui alle fasi A e B è illegittima nella parte in cui vi inserisce, con precedenza rispetto ai docenti “di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016” per i quali vale la successiva fase C della procedura, i docenti “assunti nell’ a.s. ’15/16 da fase Zero ed A del piano assunzionale 15/16” (fase A, punto 2) ed i docenti assunti “nell’ a.s. ’15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti dalle Graduatorie di Merito del Concorso 2012” (fase B punto 2)”.

Ciò posto, a conferma dell’erroneità della decisione assunta in primo grado, si rileva ulteriormente quanto segue.

IL SISTEMA DI RECLUTAMENTO NELLA SCUOLA

Preliminarmente appare utile una brevissima ricognizione sul sistema di reclutamento del personale docente della scuola statale, quale necessaria premessa al fine di meglio comprendere la ratio e le finalità del piano straordinario di assunzioni di cui alla L.107/2015 e del piano straordinario di mobilità previsto dalla medesima.

L’art. 399 del D.Lvo 297/94 dispone

“1. L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola dell'infanzia, primaria e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401.

2. Nel caso in cui la graduatoria di un concorso per titoli ed esami sia esaurita e rimangano posti ad esso assegnati, questi vanno ad aggiungersi a quelli



assegnati alla corrispondente graduatoria permanente. Detti posti vanno reintegrati in occasione della procedura concorsuale successiva.

3. I docenti destinatari di nomina a tempo indeterminato possono chiedere il trasferimento, l'assegnazione provvisoria o l'utilizzazione in altra provincia dopo tre anni di effettivo servizio nella provincia di titolarità. La disposizione del presente comma non si applica al personale di cui all'articolo 21 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e al personale di cui all'articolo 33, comma 5, della medesima legge”.

Il principio indiscutibile posto alla base del sistema di reclutamento, così come delineato dal Testo unico del 1994, è che i docenti della scuola statale vengono assunti a tempo indeterminato nella misura del 50% dalle graduatorie del concorso ordinario a cattedre e del 50% dalle graduatorie ad esaurimento (già graduatorie permanenti).

Ne discende pertanto, una pari dignità dei due canali di reclutamento (concorso ordinario e graduatorie ad esaurimento) ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato.

D'altronde, la pari dignità delle graduatorie ad esaurimento rispetto al concorso, emerge anche alla luce della circostanza che la progressione all'interno delle graduatorie è pienamente assimilata ad una procedura concorsuale per titoli che rispetta, come tale, il principio cardine dell'accesso al pubblico impiego tramite concorso, sancito dall'art. 97 della Costituzione.

D'altronde, se così non fosse, non potrebbe in alcun modo giustificarsi l'assunzione diretta nei ruoli statali dei docenti inseriti nelle Gae, per il solo fatto di trovarsi collocati in posizione utile.

Circa la natura della selezione attraverso progressione all'interno delle Gae, conforme al dettato costituzionale di cui all'art. 97 si è peraltro pronunciata



più volte anche la giurisprudenza ordinaria e amministrativa, nonché la Corte Costituzionale.

La Consulta, in particolare, con la nota sentenza n. 44/2011, ha evidenziato che la scelta operata dal legislatore con la legge n. 124 del 1999, istitutiva delle graduatorie permanenti, è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito, applicando fedelmente anche nei confronti del personale scolastico l'art. 97 della Costituzione ed il principio dallo stesso enunciato, ovvero che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso.

I docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento hanno, quindi, la possibilità di acquisire professionalità per effetto delle supplenze prestate, nell'attesa di trovare collocazione nel contingente da assumere in ruolo; ciò dimostra che anche le assunzioni in ruolo effettuate attingendo dalle graduatorie ad esaurimento avvengono sempre attraverso una procedura selettiva esterna, con abbandono del sistema che premia dubbie professionalità, quali sono quelle che non passano attraverso la verifica selettiva che lo strumento concorsuale è capace di assicurare.

Quindi, anche nel sistema di reclutamento degli insegnanti delle scuole statali il legislatore ha voluto introdurre, in rispetto all'art. 97 Cost., il principio di pieno merito.

Dalla superiore disamina, emerge pertanto che nel sistema scolastico

- nessuna preferenza viene riconosciuta alle graduatorie del concorso ordinario rispetto alle graduatorie ad esaurimento;
- le graduatorie ad esaurimento rispettano il principio di cui all'art.97 Cost.



- il reclutamento dei docenti avviene attingendo per il 50% dalle graduatorie di merito del concorso (c.d. GM) e per il 50% dalle graduatorie ad esaurimento (c.d. GAE).

Su detti principi si tornerà di seguito.

IL PIANO STRAORDINARIO DI ASSUNZIONI DI CUI ALLA L.107/2015

Per rispondere alle forti indicazioni pervenute dagli Organismi comunitari, che hanno in più modi censurato l'abuso dei contratti a termine nel settore scuola, il Legislatore nel 2015 ha varato un piano straordinario di assunzioni, finalizzato alla copertura di tutti (rectius quasi tutti) i posti vacanti e disponibili in organico.

Esaurita la fase "ordinaria" di assunzioni per l'a.s. 2015/2016, c.d. fase "zero", il piano straordinario prevedeva un reclutamento per fasi² successive di cui una, la fase "A" in ambito provinciale (i docenti – inseriti nelle graduatorie di merito del concorso o nelle Gae - sono stati reclutati nella medesima regione/provincia di inserimento) e le altre, la fase "B" e la fase "C" in ambito nazionale (sia docenti – vincitori e idonei - inseriti nelle graduatorie di merito del concorso³ sia quelli inseriti nelle Gae - sono stati reclutati in uno dei 100 ambiti indicati nella domanda di partecipazione al piano nazionale di assunzioni).

In sintesi le fasi del piano di assunzioni

- fase zero: turn over con le procedure tradizionali (50% al concorso ordinario e 50% alle Gae - art. 399 T.U.)

² Vedi art.1 comma 98 L.107/2015.

³ Paradossalmente anche vincitori di concorso sono stati assunti fuori dalla regione in cui avevano partecipato alla procedura concorsuale (che era rigorosamente su base regionale).



- **fase A:** assunzioni sui posti in organico di diritto che residuano dalla fase precedente (fase zero), con le procedure tradizionali (50% al concorso ordinario e 50% alle Gae - art. 399 T.U.)

- **fase B:** assunzioni di coloro che (inseriti a pieno titolo nelle graduatorie del concorso 2012 e nelle GAE) non sono stati destinatari di proposta di assunzione nella fase A, nel limite dei posti vacanti e disponibili in organico di diritto residuati dalla fase A), con procedura nazionale;

- **fase C:** assunzioni di coloro che (inseriti a pieno titolo nelle graduatorie del concorso 2012 e nelle GAE) non sono stati destinatari di proposta di assunzione nelle fasi A) e B), sui posti dell'organico potenziato, con procedura nazionale.

In particolare, le graduatorie concorsuali utilizzate per le assunzioni effettuate ai sensi della legge 107, erano quelle del concorso a cattedre del 2012, il primo, è il caso di evidenziarlo sin d'ora, a non avere natura abilitante⁴.

La particolarità del concorso del 2012, oltre a non avere valore abilitante l'inserimento nella graduatoria di merito come "idoneo non vincitore", era quella che solo i candidati risultati vincitori, quindi collocatisi in posizione utile rispetto ai posti messi a concorso, maturavano il diritto all'assunzione, mentre nessun diritto, né tantomeno legittima aspettativa, potevano nutrire i meri idonei (che non conseguivano nemmeno l'abilitazione all'insegnamento).

Sennonché, con il DM 356/2014 l'Amministrazione ha ritenuto di consentire lo scorrimento delle graduatorie di merito, disponendo che "*i candidati*

⁴ Il concorso indetto nel 1999 ai sensi della legge 124/99 è stato infatti l'ultimo concorso a cattedre avente natura abilitante, nel senso che i candidati risultati idonei conseguivano l'abilitazione all'insegnamento, utile ai fini dell'inserimento nelle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento); pertanto anche i docenti inseriti nelle Gae hanno dovuto superare un concorso pubblico per potervi accedere.



*inseriti a pieno titolo nelle graduatorie di merito del concorso ordinario per il reclutamento di personale docente bandito con Decreto del direttore generale del Personale scolastico 24 settembre 2012 n.82, ma non collocati in posizione utile tale da risultare vincitori, hanno titolo, a decorrere dall'a.s. 2014/2015, ad essere destinatari di contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato, ni subordinate ai vincitori, fermo restando il vincolo della procedura autorizzatoria di cui all'art.39, delle legge 27 dicembre 1997, n.449, **nei limiti del 50 per cento dei posti previsti per il concorso ai sensi dell'art.399, comma 1, del decreto legislativo n.297 del 1994 e fermo restando quanto previsto dall'art.400 del suddetto decreto legislativo**".*

Anche il predetto decreto ministeriale, quindi, sebbene consentiva un reclutamento dei meri idonei al concorso, manteneva fermo il principio cardine della pari dignità tra graduatorie di merito del concorso e graduatorie ad esaurimento ("**nei limiti del 50 per cento dei posti previsti per il concorso**").

Per procedere all'elevatissimo numero di assunzioni (circa 100 mila), previsto dal piano straordinario, è stato quindi creato ("dal nulla"), il c.d. organico di potenziamento, che sostanzialmente consiste in un numero di cattedre costituite ad hoc in base alle esigenze "di fatto" delle singole istituzioni scolastiche⁵.

L'organico c.d. potenziato è stato costituito solo dopo l'esaurimento della fase B del piano straordinario di assunzioni, con la conseguenza che i docenti "sfortunati"⁶ che erano stati reclutati entro la fase B, sono stati assunti su base

⁵ Ogni Ufficio Scolastico Regionale ha provveduto alla ripartizione dei posti tra le classi di concorso sulla base del fabbisogno espresso dalle istituzioni scolastiche.

⁶ Ma più bravi, in quanto vantavano un maggior punteggio nelle graduatorie del concorso o nelle Gae.



nazionale anche a migliaia di chilometri lontano dai luoghi di residenza, in quanto non esisteva ancora la disponibilità delle migliaia di posti “creati ad hoc” solo successivamente, ed utilizzati per le assunzioni nella successiva fase C.

Un primo paradosso che ne è derivato è, che un docente collocato in posizione di vincitore del concorso a cattedre (ad es. con 100 punti al posto n.10 su 10 posti messi a concorso) è stato reclutato in fase B fuori (es. in Piemonte, prov. di Torino) dalla regione in cui aveva vinto il concorso (es. Sicilia)⁷, in quanto non erano rimasti posti nella regione di svolgimento del concorso, mentre un altro docente collocato nella medesima graduatoria in qualità di mero idoneo (ad es. al posto 20 con punti 20) è stato reclutato non solo nelle medesima regione (es. Sicilia) di svolgimento del concorso, ma addirittura nella provincia di residenza (es. Catania), avendo “trovato” come disponibili posti (quelli dell’organico potenziato) fino a quel momento inesistenti (sic!).

Le illegittime previsioni del CCNI sulla mobilità hanno poi aggravato detto quadro, prevedendo **la possibilità, per i soli assunti dal concorso 2012 in fase C, di partecipare alla mobilità nell’ambito della provincia di prima assunzione.**

Pertanto tornando all’esempio di prima, nell’ambito dello stesso concorso 2012, il docente (più bravo) assunto in fase B a Torino, ha potuto muoversi solo nell’ambito della provincia di Torino, mentre il docente (meno bravo) assunto in fase C a Palermo, ha potuto muoversi solo nell’ambito della provincia di Palermo.

⁷ Circostanza questa dichiarata peraltro illegittima, cfr. tra le altre Tribunale Torino, sent. .29.11.2016 n.2072 e Tribunale Bergamo ordinanza coll. 29.11.2016.



Mentre i docenti assunti lo stesso giorno e con la medesima decorrenza giuridica ed economica di quelli reclutati dalle graduatorie del concorso 2012 in quanto idonei, per il sol fatto di essere stati reclutati dalle Gae (a prescindere dal punteggio riconosciuto per la mobilità⁸) sono stati sparsi per tutta Italia, a distanza anche di parecchie centinaia di chilometri dai luoghi di residenza.

È evidente che chi ne è risultato avvantaggiato è stato il docente meno bravo in barba ai principi di cui agli articoli 3 e 97 Cost!

Il confronto stesso del punteggio riconosciuto in sede di mobilità è indice di maggior merito, tenuto conto che a fronte di un maggior punteggio corrisponde un numero maggiore di titoli culturali posseduti e di anni di servizio prestati (e ciò conferma che il criterio selettivo alla base della procedura di mobilità è solo ed esclusivamente quello del merito, come peraltro riconosciuto in maniera pacifica dalla giurisprudenza).

*** **

Fatta la superiore premessa di carattere generale, la questione dedotta in giudizio riguarda la previsione in sede di contrattazione collettiva di un trattamento “di favore” nei confronti dei candidati idonei (non vincitori) reclutati (nella fase C del piano straordinario di assunzioni) dalle graduatorie di merito del concorso 2012, per i quali è stata prevista la movimentazione su base provinciale (e non nazionale come tutti gli altri) per di più su posti per loro accantonati.

La predetta categoria difatti, ha partecipato nell’ambito della procedura di mobilità alla c.d. fase B3, in ambito provinciale.

⁸ E quindi a prescindere dagli anni di duro precariato maturati, con la conseguente solida esperienza di insegnamento già vissuta.



In particolare, il sistema di mobilità delineato dal CCNI sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017, prevede quattro distinte fasi:

Fase A: trasferimenti in ambito comunale

Fase B

4. B1 – **trasferimenti interprovinciali riservati ai docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015⁹**

5. B2 – passaggi di cattedra e di ruolo interprovinciali

6. B3 – trasferimenti in ambito provinciale dei docenti assunti nelle fasi B e C dalle graduatorie di merito del concorso 2012

Fase C: trasferimenti interprovinciali dei docenti assunti in fase B e C da Gae

Fase D: trasferimenti interprovinciali dei docenti assunti da GM in fase B e C e docenti assunti in fase zero e in fase A

L'accantonamento dei posti previsto in favore degli idonei del concorso 2012, che sono stati movimentati su dette sedi in fase B3, ha fatto sì che detti posti non sono risultati disponibili (in quanto accantonati) per i movimenti delle altre fasi, sia precedenti, sia successive (fase C cui partecipavano i docenti assunti anch'essi in fase C del piano straordinario di assunzioni, ma reclutati dalle Gae), determinando **evidenti violazioni di legge e gravi disparità di trattamento**.

- Evidenti violazioni di legge in quanto il meccanismo in esame ha consentito a personale con **punteggi anche bassissimi (anche soli 18 punti)**, pari al solo titolo di studio¹⁰) di essere movimentato su base provinciale, rimanendo assegnato nella propria provincia di residenza, mentre altro personale con

⁹ **Solo per il personale che partecipava a detta fase – come l'odierna appellante - la L.107/2015 prevedeva la priorità assoluta rispetto a tutte le successive fasi di mobilità.**

¹⁰ Si tratta quindi di personale che non aveva MAI insegnato.



punteggi superiori (quindi frutto di un bagaglio di titoli culturali e di servizio maggiore) si è visto negato il trasferimento, in evidente violazione del principio del merito che, come ampiamente rilevato in ricorso, regola anche la procedura di mobilità¹¹.

Il quadro che ne è derivato è che, portando ad esempio la scuola primaria, in **fase B1 pochissimi docenti hanno ottenuto il trasferimento ed in fase C della mobilità, nessun docente di scuola primaria è riuscito ad ottenere il trasferimento in Sicilia ed in Calabria, a prescindere dal punteggio riconosciuto per la mobilità**¹², in quanto **non erano residuati posti dalla precedente fase B3, essendo stati TUTTI accantonati in favore degli IDONEI del concorso 2012** che, come si è più volte evidenziato, non solo non hanno vinto alcun concorso, ma in moltissimi casi non hanno mai svolto (prima di allora) nemmeno un giorno di insegnamento (tant'è che nel bollettino dei trasferimenti risultano moltissimi docenti con punteggi anche di soli 12 punti, per il solo titolo di studio).

Pertanto in nessuna parte della legge 107 emerge in maniera chiara la volontà del Legislatore di consentire siffatto trattamento di favore (ed anche qualora vi fosse stata avrebbe certamente violato diversi parametri costituzionali, come evidenziato in ricorso).

A mero titolo esemplificativo, **la docente Maniaci Carmela che è stata trasferita con soli 29 punti (sic!) nell'ambito 0016, nella graduatoria di merito del concorso di scuola primaria del 2012 risultava collocata al posto 1652**¹³.

¹¹ Nelle graduatorie della mobilità il personale viene graduato per punteggio, derivante dalla valutazione dei titoli culturali e di servizio posseduti, con attribuzione di un peso rilevante alla valutazione dell'esperienza di servizio.

¹² Sono rimasti fuori anche docenti con più di 100 punti, frutto di anni di servizio di insegnamento!

¹³ Su un totale di 1653 candidati inseriti nella graduatoria finale.



a fronte di un concorso bandito per soli 202 posti, e quindi erano soltanto 202 i vincitori di concorso.

Non si vede quale particolare merito possa essere riconosciuto a detti docenti, per il sol fatto di essere risultati idonei in un concorso non abilitante, tanto da farli prevalere in senso assoluto rispetto ad altri docenti assunti con la medesima decorrenza giuridica ed economica e che, per di più, vantavano un maggior punteggio.

La disparità di trattamento che si è venuta a creare è quindi di tutta evidenza in quanto i docenti che partecipavano alla fase B3 della mobilità su posti riservati:

- non hanno vinto alcun concorso
- non erano abilitati, a differenza dei docenti vecchi immessi in ruolo e dei docenti assunti dalle Gae¹⁴
- non vantavano titoli superiori, né tantomeno maggiore esperienza di insegnamento, tant'è che vantavano punteggi bassissimi nella procedura di mobilità.

A fronte di quanto evidenziato in premessa infine, non può nemmeno dirsi che siffatto trattamento di favore sia giustificato dalla circostanza che hanno superato un concorso pubblico.

Invero, come dianzi evidenziato, non solo non hanno vinto alcun concorso, ma la mera partecipazione al concorso non può riconoscere tout court una marcia in più, a fronte della piena eguaglianza nel sistema di reclutamento della scuola statale tra graduatorie del concorso e graduatorie ad esaurimento (senza contare, peraltro, che i docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento

¹⁴ Requisito indispensabile per l'inserimento nelle Gae è il possesso dell'abilitazione!



vi hanno potuto accedere solo in quanto hanno superato anch'essi un concorso a cattedre abilitante¹⁵, o una procedura abilitante anch'essa selettiva¹⁶).

In buona sostanza, il sistema generale vigente è quello dell'**ordine di graduatoria** sancito dall'art. 97 Cost., dalle norme sopra citate e dagli articoli 462 e 463 del T.U. sulla scuola.

Così, invero, stabiliscono gli articoli 462 3 463 del T.U. sulla scuola:

art. 462:

“3. I docenti appartenenti ai ruoli provinciali debbono inoltrare domanda ai provveditori agli studi competenti territorialmente, indicando le sedi desiderate in ordine di preferenza.

4. Le domande di trasferimento debbono essere presentate tramite il provveditore agli studi che amministra il ruolo cui gli aspiranti al trasferimento appartengono.

5. I provveditori agli studi competenti a disporre il trasferimento formano una graduatoria degli aspiranti sulla base della tabella di valutazione di cui all'articolo 463, con l'osservanza delle precedenzae previste per particolari categorie di docenti”.

art. 463, comma 1:

*“I trasferimenti a domanda sono disposti tenuto conto dell'anzianità di servizio di ruolo, delle esigenze di famiglia e dei titoli da valutarsi sulla base di **apposita tabella** approvata con decreto del Ministro della pubblica istruzione sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione. Per il personale direttivo è valutabile la durata del servizio nel ruolo di appartenenza”.*

¹⁵ Il concorso del 1999

¹⁶ Corsi abilitanti, Ssis, etc...



Con riferimento alla procedura di mobilità in questione, tale tabella è denominata Tabella A ed è contenuta nell'All. D del CCNI sulla mobilità del 08.04.2016 ed, al punto III (denominato titoli generali), lett. A, tiene (tra tanti elementi e parametri) conto anche del "*superamento di un pubblico concorso ordinario per esami e titoli, per l'accesso al ruolo di appartenenza, al momento della presentazione della domanda, o a ruoli di livello pari o superiori a quello di appartenenza*", attribuendo a tale requisito punti 12.

La movimentazione, quindi, viene effettuata solo in base al punteggio attribuito complessivamente riportato nella sopra citata tabella di valutazione dei titoli, di cui il superamento di un concorso pubblico per titoli ed esami costituisce un elemento di valutazione ed un titolo (tra i tanti) valutabili, confermando che esso non è e non può essere considerato titolo che attribuisce preferenza o riserva.

Ma, come risulta dall'esame delle norme sopra citate, **l'intero contesto normativo vigente NON prevede alcuna preferenza in favore dei docenti provenienti dalla graduatoria del concorso del 2012**, i quali vanno movimentati in applicazione dell'unico vero criterio di ordine generale consistente principio meritocratico riconosciuto dalla legge (artt. 462 e 463 del T.U. sulla scuola) rappresentato dal punteggio ottenuto in graduatoria.

In ogni caso deve comunque distinguersi la fase dell'assunzione rispetto alla fase della mobilità.

Dopo l'assunzione infatti, tutto il personale deve comunque avere pari dignità, potendo al più essere graduato/selezionato solo in virtù del principio del merito.

L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 108, DELLA L. N. 107/2015.



La norma in questione stabilisce:

"108. Per l'anno scolastico 2016/2017 è avviato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia, rivolto ai docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015. Tale personale partecipa, a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia, di cui all'articolo 399, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c)".

"Successivamente, i docenti di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016, partecipano per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale. Limitatamente agli anni scolastici 2015/2016 e 2016/2017, i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2015/2016, anche in deroga al vincolo triennale sopra citato, possono richiedere l'assegnazione provvisoria interprovinciale. Tale assegnazione può essere disposta dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca nel limite dei posti di organico dell'autonomia disponibili e autorizzati. ...".

Come è possibile notare, la norma è composta sostanzialmente da due parti.

La prima parte della disposizione (quella che inizia con "Per l'anno scolastico 2016/2017" e finisce con "assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c)")



disciplina la mobilità di soggetti specifici (i *"docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015"*) e stabilisce che essi partecipano *"per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale"* , *".....per tutti i posti vacanti e disponibili"* , *" inclusi quelli"* .

La legge non dice che i posti occupati dai docenti provenienti dal concorso del 2012 devono essere esclusi dalle procedure di mobilità descritte dal comma 108 della L. 107/2015 e ciò significa che il legislatore non ha voluto tale effetto, né tantomeno l'accantonamento dei posti in loro favore o addirittura una loro mobilità separata e privilegiata.

L'errata applicazione della norma resa con il CCNI ha quindi determinato la creazione di una categoria (quella dei docenti idonei al concorso 2012) che finisce per avere una sorta di riserva che non può essere scalfita né dai docenti assunti, con medesima modalità e decorrenza, dalle GAE né dagli stessi docenti assunti entro il 2014/2015 e, cioè, anni prima.

Il problema, però, è che un effetto giuridico così importante come l'istituzione di una riserva o di una marcata preferenza in favore di una categoria non può derivare da un'attività interpretativa-creativa, ma deve essere il frutto di una previsione normativa espressa, chiara ed incontrovertibile, viste le gravissime disparità di trattamento che verrebbe a determinare.

Previsione normativa che non solo non è così chiara ed espressa, come ritiene l'Amministrazione, ma non esiste proprio nell'intero contesto delle L.107, né in altre fonti di rango legislativo!



Ciò vale tanto più che tale preferenza costituisce una deroga al sistema generale basato sul criterio meritocratico del punteggio (art. 462 e 463 del T.U. scuola).

In realtà, anche una interpretazione logico sistematica della norma non fa mutare le superiori conclusioni.

La seconda parte della norma (quella che inizia con *"Successivamente"*) disciplina la mobilità dei docenti assunti dalle GAE e stabilisce che essi *"partecipano per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale"*.

Ancora una volta, il dato letterale della norma non indica alcuna *"esclusione"* con riferimento ai posti occupati dai docenti assunti dal concorso del 2012 ed, anzi, espressamente dice che gli ambiti territoriali interessati sono *"tutti quelli a livello nazionale"*.

Ancora una volta, il dato letterale, quindi, non parla di in maniera esplicita di *"esclusione"* di una categoria (cosa che sarebbe stata necessaria per le ragioni anzidette) ed utilizza l'espressione *"su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale"*, la quale, da un lato ed in maniera espressa, considera tutti i posti (compresi quelli occupati dagli assunti ex concorso 2012) come disponibili e, dall'altro, non consente di dedurre esclusioni o preferenze in favore di una categoria attraverso operazioni interpretative-deduttive.

L'interpretazione coerente delle due parti della norma in questione, quindi, esclude che si possa giungere alla creazione di una categoria di privilegiati.

L'esclusione dei posti assegnati provvisoriamente ai docenti assunti ex concorso del 2012 dalle operazioni di mobilità prevista dal comma 108 dell'art. 1 della L. 107/2015, in sostanza, non è supportata né dal dato



letterale della norma che si occupa della mobilità dei docenti assunti entro il 2014/2015, né dal dato letterale della norma che si occupa della mobilità dei docenti assunti da GAE, né dall'interpretazione logico sistematica e coerente delle due norme in questione.

L'esclusione della categoria dei docenti assunti ex concorso del 2012 dalle operazioni di mobilità prevista dal comma 108 dell'art. 1 della L. 107/2015, inoltre, NON è sostenibile anche per effetto di un'altra considerazione.

Il comma 108 dell'art. 1 della L. n. 107/2015 si occupa prioritariamente dei docenti assunti entro l'anno 2014/2015 e, cioè, con il meccanismo previsto dal T.U. sulla scuola - D.L.vo n. 297/1994 -.

L'art. 1 della L. n. 124/1999, che ha modificato l'art. 399 del T.U. sulla scuola, stabilisce che:

"L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401".

Quindi, tra coloro che sono stati assunti entro l'anno 2014/2015 figurano anche docenti provenienti da graduatorie di concorsi per titoli ed esami, compreso quello espletato nel 2012 (reclutati sin da subito in quanto vincitori del concorso) e compresi quelli degli anni precedenti.

Paradossalmente, quindi, i posti occupati in via provvisoria dai docenti (non vincitori) provenienti dal concorso del 2012 ed assunti nel 2015/2016 (con il piano straordinario delle assunzioni) sarebbero esclusi dalla procedura di mobilità cui partecipano i docenti che hanno vinto il concorso del 2012 o concorsi espletati in anni precedenti.



Appare evidente come non vi sia alcuna ragione logico giuridica che giustifichi un simile effetto, il quale si appaleserebbe come illegittimo.

Aggiungasi che il comma 108 dell'art. 1 della L. 107/2015 costituisce una clausola di garanzia a tutela dei vecchi assunti in ruolo, molti dei quali negli anni precedenti non avevano potuto proporre domanda di mobilità a causa del vincolo triennale stabilito dal T.U. sulla scuola.

L'introduzione di siffatta previsione nel corpo della norma, è stato il risultato di una fortissima protesta proveniente dai "vecchi" immessi in ruolo che, alla vigilia dell'avvio del piano di assunzioni di massa, temevano che sarebbero stati saturati tutti i posti vacanti, con la conseguenza di non avere più possibilità di un loro trasferimento nelle province di residenza, dopo anni di gavetta lontano da casa.

Per far fronte a siffatte legittime richieste, in sede parlamentare è stato quindi previsto nel citato comma 108 il piano straordinario di mobilità in favore dei docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015, i quali dovevano essere movimentati con priorità assoluta rispetto a tutti gli altri docenti.

Tutto ciò spiega, perché l'interpretazione del dato normativo come emerge dalle disposizioni del CCNI e dell'OM, si appalesa contraria alla Costituzione ed ai principi contenuti nell'art. 3 (uguaglianza) e 97 (imparzialità) della Cost. e perché **si impone una lettura costituzionalmente orientata delle norme contenute nell'art. 1, comma 108, della L. 107/2015, conforme anche al quadro normativo generale di riferimento (articoli 399, 462 e 463 del T.U. sulla scuola).**

Esse, invero, devono essere intese nel senso che anche i posti assegnati provvisoriamente ai docenti assunti nell'a.s. 2015/2016 e provenienti dal



concorso 2012 rientrano nel piano straordinario di mobilità previsto dal comma 108 dell'art. 1 della L. 107/2015 e non ne sono esclusi.

Conseguentemente, le norme del CCNI che disciplinano la movimentazione del personale ex comma 96, lett. a) (articolo 2, comma 3, art. 6, Fase B.3. e C e, comunque, ogni altro articolo che dovesse prevedere disposizioni del medesimo tenore di quelle censurate) e del personale ex comma 96, lett. b) (art. 6, Fase C), vanno dichiarate nulle e/o disapplicate per palese contrasto con le norme di legge contenute negli articoli 462 e 463 del T.U. della scuola e nella L. n. 107/2015, nonché per palese contrasto con i principi generali sopra richiamati, in quanto, com'è noto, l'autonomia contrattuale delle parti stipulanti il contratto collettivo non può porsi in contrasto con norme imperative di legge, poste a tutela di valori costituzionalmente protetti.

Per l'effetto, le procedure di mobilità dovranno avere ad oggetto tutti i posti disponibili, compreso quelli occupati provvisoriamente dagli assunti nell'a.s. 2015/2016 provenienti dal concorso del 2012 e dovranno svolgersi secondo l'ordine indicato nella norma, **prima in favore dei docenti assunti entro l'anno 2014/2015 e, poi, di tutti gli altri e secondo i criteri meritocratici (graduatoria e punteggio) indicati dagli articoli 462 e 463 del T.U. sulla scuola.**

Ogni diversa interpretazione viola il principio di uguaglianza, dell'imparzialità e del buon andamento della P.A., nonché il principio di buona fede ed il criterio del merito perché tratterebbe in maniera diversa ipotesi che hanno pari valore giuridico (assunti ex concorso 2012 ed assunti ex GAE nella medesima fase C del piano straordinario delle assunzioni di cui alla L. 107/2015), perché tratterebbe in modo più vantaggioso categorie (gli assunti ex concorso 2012) rispetto a categorie



che sono più meritevoli (gli assunti entro l'anno 2014/2015) o che, nella peggiore delle ipotesi, hanno pari merito e perché violerebbe in maniera evidente l'unico vero principio meritocratico riconosciuto dalla legge (artt. 462 e 463 del T.U. sulla scuola) rappresentato dal punteggio ottenuto in graduatoria¹⁷.

*** **

SULLA SECONDA DOMANDA SUBORDINATA
SUL RICONOSCIMENTO DELLA PRECEDENZA NELLA
MOBILITA' INTERPROVINCIALE PER L'ASSISTENZA AL
GENITORE DISABILE GRAVE

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

¹⁷ Ex multis si segnalano Tribunale di Messina sent. 8.09.2020 n.1031), Tribunale di Barcellona P.G. sent. 17.09.2019 n.467, Tribunale di Catania sentenza n.3214 del 2.07.2021 (GL Di Benedetto), sentenza n.3132 del 29.06.2021 (GL Mirenda), sentenza n.2496 del 20.05.2021 (GL Musumeci), sentenza n.2066 del 27.04.2021 (GL Cupri), sentenza n.1500 del 24.03.2021 (GL Porcelli), sentenza n.1398 del 18.03.2021 (GL Di Gesu), sentenza n.1316 del 15.03.2021 (GL Musumeci), sentenza n.1174 del 9.03.2021 (GL Renda), sentenza n.909 del 23.02.2021 (GL Mirenda), con sentenza n.191/2021 del 19.01.2021 (GL Renda), sentenza n.4746 del 15.12.2020, sentenza n.4508 del 3.12.2020, sentenza n.3690 del 27.10.2020 (Gdl dott. R. Cupri), sentenza n.3555 del 20.10.2020, sentenza n.3240 del 5.10.2020 (Gdl dott.ssa C. Musumeci), sentenza n.3411 del 13.10.2020 (Gdl dott.ssa P. Mirenda), sentenza n.3409 del 13.10.2020 (Gdl dott.ssa L. Renda), sentenza n.1938 del 17.06.2020 (Gdl Dott.ssa Scardillo), e sentenza 2795 del 9.09.2020, nonché con ordinanza n. cronol. 12760/2020 del 31/03/2020 (RG n. 8057/2019 -1, Gdl. Dott. Di Benedetto) che richiama ulteriori precedenti del Tribunale di Catania (cfr., ordinanze emesse nei procedimenti n. R.G. 1009/2017 e n. R.G. 6220/2017 – est. dott.ssa V. Scardillo –, ordinanza emessa nel proc. n. R.G. 7412/2017 – est. dott.ssa C. Musumeci – e ordinanza emessa nel proc. n. R.G. 8929/2017 – est. dott.ssa P. Mirenda; cfr. altresì ordinanza emessa in sede di reclamo nel proc. n. R.G. 12315/2017; da ultimo, cfr. sentenze emesse il 10.4.2018 e il 25.2.2020 nei proc. nn. R.G. 9945/2016 e 2493/2018 – est. dott.ssa P. Mirenda); Tribunale di Ragusa ex multis sent. n. 755/2019; Tribunale di Palermo sentenza n.3630 del 26.11.2020.



Nello specifico, il punto IV del citato art.13, prevede una specifica precedenza nelle operazioni di mobilità, per le ipotesi di “Assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; Assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; Assistenza da parte di chi esercita la tutela legale”.

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

Si legge poco oltre, infatti, che:

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

Orbene, ciò posto, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, 6 co. 1. 104/1992, **la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata" ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e**



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

...

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

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



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

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

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

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

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



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

*** **

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

*** **



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

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

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



Ed ancora più significativa la recente pronuncia della Corte d'Appello di Firenze (sentenza n.401 del 18.05.2021 e sentenza n.743 del 31.01.2022¹⁸), secondo cui la Corte di Cassazione “non ha in alcun modo affrontato la questione dell’interpretazione conforme dell’art.33 L.104/92 alla luce del diritto dell’Unione Europea, limitandosi piuttosto ad argomentare la disciplina collettiva rispetto a quella legale nazionale, con particolare riferimento al fatto che il riconoscimento selettivo della precedenza (in favore di chi assiste figli e coniuge, piuttosto che a favore di chi assiste i genitori) soddisferebbe l’esigenza basilare della pubblica amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, enel contempo rappresenterebbe un corretto bilanciamento degli interessi fra la stessa pubblica amministrazione ed il dipendente care giver.

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

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

¹⁸ Vedi pure App. Firenze 8.10.2020 n.521, est. Tarquini.



Peraltro, l'art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce che “gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico” (co. 1) e che “le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità” (co. 2).

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

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



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

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

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

Secondo gli approdi esegetici del giudice della nomofilachia (v., tra le altre, di recente, Cass. 1-3-2019 n. 6150), la norma di cui all'art. 33, comma 5, l. 1992 n. 104 è applicabile anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento, deponendo in tal senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dall'art. 26 della Carta di Nizza del 7-12-2000 e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13-12-2006 sui diritti dei disabili «ratificata con L. n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE»¹⁹.

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

¹⁹ Cass., 12-10-2017 n. 24015; Id., 22-3-2018 n. 7120.



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

La «centralità di tale concetto di tutela» è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza di legittimità «proprio in relazione al momento in cui il diritto della persona handicappata deve essere rapportato al diritto alla mobilità del pubblico dipendente»²⁰, tanto nel caso che il vincolo di assistenza venga invocato per evitare il trasferimento, quanto nel caso che venga invocato per ottenere il trasferimento .

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

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

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

²⁰ così Cass. 15-1-2016 n. 585.



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

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

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

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



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

In esito alla ratifica della Convenzione e richiamandone il contenuto, infatti la Corte di Giustizia²¹ ha affermato che la nozione di “handicap” debba “essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. Inoltre, dall’articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell’ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature»”.

E ancora, secondo il Giudice dell’Unione la stessa nozione “dev’essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un’impossibilità di esercitare un’attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività”²², e senza che rilevi l’origine dell’handicap, così che “se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78”²³.

²¹ nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011.

²² Così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C-354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata.

²³ Così Corte di Giustizia, 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C337/11.



Quanto al carattere "duraturo" di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha inteso disciplinare ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo²⁴.

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

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

²⁴ Sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punto 54.



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

Pare allora al Collegio – prosegue la Corte d'Appello di Firenze - che non è agevole individuare quale “onere sproporzionato” costituirebbe per l'amministrazione²⁵ assegnare tali posti, già riconosciuti come quelli da coprire, con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili, senza distinzione quanto alla relazione familiare con l'assistito, rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione.

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

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

²⁵ Gravata, peraltro, dell'onere della prova delle circostanze ostative all'esercizio di quel diritto: v., per tutte, Cass., 18-1-2021 n. 704.



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

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

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

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

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

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



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

Dai superiori principi deriva, e sul punto la Corte d'Appello di Firenze si discosta criticamente da Cass. 22.02.2021 n. 4677, la nullità, per contrasto con la norma inderogabile del predetto art. 33 l. 1992 n. 104, delle disposizioni del C.C.N.I. relativo alla mobilità del personale docente che non attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che assistano familiari disabili diversi dai figli, un diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.

In senso difforme a Cassazione 22.02.2021 n. 4677 vedi anche Tribunale di Palermo sentenza n.2521 del 16.06.2021, Tribunale di Lamezia Terme ordinanza 1.09.2021, Tribunale di Catania sentenza 29.09.2021, Tribunale di Cosenza ordinanza 29.09.2021, Tribunale di Catanzaro sentenza 25.06.2021.

*** **

IN VIA SUBORDINATA RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE

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



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

*** **

SULLA STATUZIONE SULLE SPESE DI GIUDIZIO

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

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

Pertanto per quanto sopra esposto, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

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

“- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente, in rispetto del punteggio di mobilità vantato dalla stessa in quanto partecipante alla fase B1 di mobilità e, quindi, con priorità rispetto al personale partecipante alla successiva fase D effettivamente beneficiario del detto trasferimento, al trasferimento nell'Ambito Territoriale Sicilia 0026 ovvero, in subordine, Sicilia 0011;

- per l'effetto, ordinare il trasferimento immediato della ricorrente con decorrenza dall'a.s. 2016/17 nell'Ambito Territoriale Sicilia 0026 ovvero, in subordine, Sicilia 0011, accompagnando sin d'ora l'emanando ordine delle



disposizioni necessarie atte a darvi pronta ed immediata attuazione da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia;

In via subordinata

previa disapplicazione o declaratoria di nullità del CCNI sulla mobilità del personale docente del 08.04.2016 nelle parti sopra evidenziate (articolo 2, comma 3, art. 6, Fase B e C e, comunque, ogni altro articolo che dovesse prevedere disposizioni del medesimo tenore di quelle censurate) ivi compresa, ove occorra e nei limiti di interesse l'O.M. 241 dell'8.04.2016

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

- per l'effetto, disapplicare, sospendere o annullare gli effetti di ogni provvedimento, ancorché non conosciuto, adottato dall'Amministrazione resistente in ordine alla procedura di mobilità che ha coinvolto l'odierna ricorrente per l'a.s. 2016/2017;

- conseguentemente, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente, in virtù del punteggio attribuito ai fini della mobilità, al trasferimento in Sicilia ambito 0026 o, in subordine, presso l'ambito 0025, o in ulteriore subordine presso uno degli ulteriori ambiti indicati in domanda e, per l'effetto, ordinare il trasferimento della ricorrente per l'a.s. 2016/17 in Sicilia presso l'ambito 0026 o, in subordine, presso l'ambito 0025, o in ulteriore subordine presso



uno degli ulteriori ambiti indicati in domanda secondo l'ordine di preferenza in ossequio al punteggio vantato.

Quanto sopra, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale sollevata in ricorso.

In ogni caso

Previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2016/2017 e del C.C.N.I. sulla mobilità per l'a.s. 2017/2018, prorogato anche per l'a.s. 2018/2019, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave, e, per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere movimentata, sulla tipologia di posti di scuola primaria per cui ha titolo, nella provincia di Siracusa, con precedenza in quanto assistente la madre disabile grave, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017 o, in subordine, con decorrenza dall'a.s. 2017/2018 o, in ulteriore subordine, con decorrenza dall'a.s. 2018/2019.”.

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

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

Si produce: sentenza appellata, fascicolo di parte relativo al procedimento di primo grado (contratto a tempo indeterminato, domanda di mobilità 2016/2017 con valutazione punteggio, mail esito mobilità e provvedimento di revoca, estratto bollettino trasferimenti; dichiarazioni personali della ricorrente, verbale legge 104/92 madre della ricorrente, domanda mobilità aa.ss. 2017/2018 e 2018/2019, richieste congedo straordinario, CCNI



mobilità 2016/2017; O.M. 241/2016, D.M. 356/2014, CCNI mobilità
2017/2018), giurisprudenza.

avv. Dino Caudullo

