

## **Svolgimento del processo**

All'udienza 15/9/2021, nella causa n. 521 e 521-1/2021 rgl sono comparsi:

per la ricorrente su piattaforma TEAMS l'avv....;

in presenza per l'Amministrazione scolastica convenuta il funzionario F.G. in sostituzione del funzionario delegato E.N..

Il giudice sente le parti, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

Il giudice tenta la conciliazione della causa.

Si dà atto del fallimento del tentativo.

L'avv. ...fa presente che nelle more consta, per informazione direttamente pervenuta anche dalla parte, che la docente abbia conseguito assegnazione provvisoria venendo pertanto meno il pericolo da ritardo, quindi l'esigenza cautelare.

Si dà atto della cessata materia del contendere in ordine alla tutela cautelare.

Il giudice fissa per la discussione l'udienza del 4/3/2022, ore 10:15, con termine per note al 22/2.

All'udienza 4/3/2022, nella causa n. 521 (521-1/2021) rgl sono comparsi:

per la ricorrente, su piattaforma TEAMS, l'avv. ...; in presenza per l'Amministrazione scolastica convenuta il funzionario F.G. in sostituzione del funzionario delegato E.N..

Le parti si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

L'avv. ... si richiama anche alla giurisprudenza prodotta con note di deposito del 3/3/2022, anche in opposizione a Cass. 2021/n. 4677, ad es., in specie, della Corte di Appello di Firenze e del Trib. di Palermo.

Sottolinea in particolare il tema della disparità di trattamento per i docenti del concorso 2018 assunti in ruolo nel 2019, rilevando anche ulteriore discriminazione rispetto ai docenti entrati in ruolo nel 2020, ai sensi della ordinanza sulla mobilità n. 45/2022.

L'Amministrazione contesta la fondatezza anche delle odierne deduzioni avversarie.

Il giudice per approfondimento aggiorna la discussione al 9/3/2022, ore 11:55, stessa modalità da remoto.

All'udienza 9/3/2022, nella causa n. 521 (521-1/2021) rgl sono comparsi:

per la ricorrente, su piattaforma TEAMS, l'avv. ...; in presenza per l'Amministrazione scolastica convenuta il funzionario F.G. in sostituzione del funzionario delegato E.N..

Le parti si richiamano nuovamente e infine ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

Discussa oralmente la causa, il giudice si ritira in camera di consiglio.

Successivamente alle ore (attestazione telematica di deposito) in pubblica udienza, concordemente assenti le parti, il giudice ritiene di aggiornare la discussione al 18/3/2022, ore 9:45, stessa modalità da remoto, in aula virtuale in possesso delle parti, al fine di definitivo approfondimento di alcuni profili della controversia.

All'udienza 18/3/2022, nella causa n. 521 (521-1/2021) rgl sono comparsi:

per la ricorrente, su piattaforma TEAMS, l'avv....; nessuno compare per l'Amministrazione scolastica convenuta.

Il giudice da atto della mancata notificazione dell'ordinanza che disponeva il rinvio ad oggi e aggiorna la discussione, stessa modalità, al 21/3/2022 ore 9:15.

All'udienza 21/3/2022, nella causa n. 521 (521-1/2021) rgl sono comparsi

per la ricorrente, su piattaforma TEAMS, l'avv. ...;

in presenza per l'Amministrazione scolastica convenuta il funzionario F.G. in sostituzione del funzionario delegato E.N..

Le parti si richiamano nuovamente e infine ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

Discussa oralmente la causa, il giudice si ritira in camera di consiglio.

Successivamente alle ore (attestazione telematica di deposito) in pubblica udienza, concordemente assenti le parti, pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 c.p.c., pt. I (D.L. n. 112 del 2008, conv. L. n. 133 del 2008, art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08,

### **Motivi della decisione**

ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.) (lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).

- 1. La pretesa della docente ricorrente.

Seguendo la narrazione della ricorrente - docente di Scuola secondaria di II grado tipo di posto normale classe AD24 (Lingue e culture straniere negli Istituti di Istruzione di II grado - Tedesco), attualmente in assegnazione provvisoria presso l'IIS 'Roncalli' in Poggibonsi (per n. 15 ore) con completamento (per n. 3 ore) presso l'IIS 'Ricasoli' in Siena - doc 9 ric.) - la stessa nell'anno scolastico 2019/2020 e stata individuata quale destinataria di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 01/09/2019 ed economica dalla data di effettiva assunzione in servizio per 18 ore settimanali sulla propria classe concorsuale AD24 con sede di titolarità presso l'IIS 'R. Foresi' di Portoferraio(LI)(doc. 2 ric).

In particolare, la docente e stata immessa in ruolo, in forza del predetto contratto del 06/09/2019 (docc. 1 e 2), essendo utilmente inserita nelle graduatorie di merito della Regione Toscana (classe

AD24) relative al concorso indetto con DDG n. 85/2018 (ex art. 17 comma 23 lett. b) del D.L. n. 59 del 2017 - doc. 13 ric.), con sede di titolarità, abbiamo anticipato, presso l'Istituto di Istruzione Superiore 'R. Foresi' di Portoferraio (LI) (docc. 1 e 2).

La docente, per l'anno scolastico 2021/2022 ha presentato domanda di partecipazione alle operazioni di mobilità interprovinciale disciplinate dall'O.M. n. 106 del 29 marzo 2020 (doc. 12 ric.), attuativa del CCNI 2019/2022 (doc. 11 ric.), chiedendo il trasferimento nella provincia di Siena (doc. 5 ric.).

Nella medesima domanda, la lavoratrice ha invocato il riconoscimento del diritto di precedenza ex art. 33 comma 5 L. n. 104 del 1992 per assistenza al figlio minore disabile, M.B. (di anni 8), allegando il verbale INPS di riconoscimento dell'handicap (docc. 5-7 ric.).

Il Ministero dell'Istruzione, in un primo momento ha acquisito, attraverso il portale polis/istanze on line, la domanda di mobilità presentata dalla ricorrente, per poi escluderla nella fase di convalida (doc. 8 ric.).

Infatti, con decreto prot. (...) del 14/05/2021 (doc. 8 ric.) l'Ambito Territoriale di Livorno ha disposto la esclusione della docente dalla procedura di mobilità in organico di diritto per l'a.s. 2021/2022 in base alla motivazione che 'non sono state riscontrate le condizioni per concedere la deroga al vincolo di cui all'art. 1, comma 4 della sopracitata O.M. n. 10 del 2021'.

In particolare, la lavoratrice, la cui assunzione è avvenuta con decorrenza giuridica dal 01/09/2019, è stata esclusa dalla predetta procedura di mobilità perché non ha raggiunto cinque anni scolastici di ruolo nella sede di prima titolarità (n. 1 anno di assunzione + 4 di permanenza).

Tale limite si incontra nell'art. 1 comma 4 della predetta Ordinanza: "il personale docente di cui all'art. 13, comma 3, del D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 59 immesso in ruolo antecedentemente all'anno scolastico 2020/2021, è tenuto a rimanere presso la istituzione scolastica di immissione in ruolo, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni dopo il percorso annuale di formazione iniziale e prova, salvo in caso di sovrannumero o esubero o di applicazione dell'art. 33, commi 5 e 6, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso" (tale è la modifica apportata all'art. 13 comma 3 del D.Lgs. n. 59 del 2017 dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 792, lett. M), 3)

La docente afferma che il provvedimento negatorio e di esclusione dalla procedura di mobilità è illegittimo.

## - 2. La posizione del Ministero dell'Istruzione.

L'Amministrazione richiama, quale primo argomento, l'enunciato dell'art. 1 comma 4 dell'Ordinanza di Mobilità del Personale Scolastico (O.M. n. 106 del 29 marzo 2021), appena sopra riportata, ritenendo "l'impianto normativo ora citato perfettamente in linea con i valori costituzionali e con le esigenze di contemperamento tra la giusta ambizione del personale scolastico alla mobilità, anche correlata all'esigenza di tutelare il diritto all'assistenza dei soggetti disabili, e l'esigenza datoriale di organizzare efficientemente il Servizio Scolastico, correlato al diritto, anch'esso

costituzionalmente tutelato all'istruzione" e si richiama puntualmente alle argomentazioni espresse, ad es. dalla Corte di Appello di Palermo, Sez. Lav., sent. 20/09/2021, n. 984, producendo in seguito anche la sent. 2021/n. 789 dell'1/7/2021 della stessa Corte, quindi a Cass. SL sent. 2021/n. 4677.

- 3. Il dissenso argomentativo della docente ricorrente e di altra parte della giurisprudenza di merito.

Gli argomenti in tal senso sono stati recentemente accolti da numerosi giudici di merito e in particolare dalla Corte di Appello di riferimento territoriale, di Firenze, anche da ultimo con la sent. 2021/n. 743 del 31/1/2022 e già con sent. 2021/n. 531, del 29/11/2021, entrambe in atti, e altre ancora.

Ed entrambe le decisioni, in consapevole dissenso con la giurisprudenza di legittimità, si incentrano sul limite dello "sforzo non sproporzionato", dell'"onere sproporzionato", in fattispecie del tutto analoghe insussistente, che può essere imposto all'organizzazione datoriale al fine di consentire al lavoratore disabile - e a tutti i lavoratori che prestino assistenza a familiari disabili rientrando nelle categorie previste dell'articolo 33 comma 3 L. n. 104 del 1992 - di svolgere la propria prestazione lavorativa in condizioni di effettiva parità con i soggetti non portatori del fattore protetto.

- 4. Giurisprudenza del Tribunale di Siena.

La cornice generale di inquadramento della materia e la riconduzione ad essa del caso concreto.

Prevede la norma del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado:

"Art. 601. Tutela dei soggetti portatori di handicap.

1. Gli articoli 21 e 33 della L. 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".

L'art. 13 del ccnl dell'8/4/2006, concernente la mobilità, disegna il sistema delle precedenze, mentre l'art. 14, relativo alla assistenza ai familiari disabili, prevede che "il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi l'art. 33 commi 5 e 7 della L. n. 104 del 1992, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità", mentre "al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal ccnl sulla mobilità annuale".

La L. 5 febbraio 1992, n. 104, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, dispose all'art. 33 (Agevolazioni) - nel testo in vigore dal 18/2/1992 al 18/10/2003 -

(1. La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa dal lavoro di cui all'articolo 7 della L. 30 dicembre 1971, n. 1204, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati)(\*).

(\*) Il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 ha disposto con l'art. 86, comma 2, lettera i) l'abrogazione del comma 1 dell'art. 33.

2. I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai rispettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino.

(3. Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno)(\*\*\*)

4. Ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all'articolo 7 della citata L. n. 1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma del medesimo articolo 7 della L. n. 1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della L. 9 dicembre 1977, n. 903.

5. Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, (con lui convivente)(\*\*), 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.

6. La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire 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 trasferita in altra sede, senza il suo consenso.

7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità.

Sono il co. 5 e il co. 7 che rilevano nella fattispecie qui esaminata.

La L. 8 marzo 2000, n. 53 - in vigore dal 18/3/2000 - all'art.

19 (Permessi per l'assistenza a portatori di handicap) dispone innovativamente:

"1. All'articolo 33 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3, dopo le parole: "permesso mensile" sono inserite le seguenti: "coperti da contribuzione figurativa";

(\*\*) b) al comma 5, le parole: ", con lui convivente," sono soppresse;

c) al comma 6, dopo le parole: "puo' usufruire" e' inserita la seguente: "alternativamente".

E all'art. 20 (Estensione delle agevolazioni per l'assistenza a portatori di handicap):

"1. Le disposizioni dell'articolo 33 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 19 della presente legge, si applicano anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto nonche' ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente".

La L. 4 novembre 2010, n. 183 (C.D. COLLEGATO LAVORO) ha disposto:

(con l'art. 24, comma 1, lettera a)) la modifica dell'art. 33, comma 3;

(con l'art. 24, comma 1, lettera b)) la modifica dell'art. 33, comma 5;

(con l'art. 24, comma 1, lettera c)) l'introduzione del comma 7-bis all'art. 33;

nel modificare l'art. 20, comma 1, della L. 8 marzo 2000, n. 53, ha

conseguentemente disposto (con l'art. 24, comma 3) la modifica dell'art. 33.

Più completamente:

1. All'articolo 33 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 3 e' sostituito dal seguente: (\*\*\*) "3. A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età' oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto e' riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente";

b) al comma 5, le parole da: "Il genitore" fino a: "handicappato" sono sostituite dalle seguenti: "Il lavoratore di cui al comma 3" e le parole: "al proprio domicilio" sono sostituite dalle seguenti: "al domicilio della persona da assistere";

c) e' aggiunto, infine, il seguente comma: "7-bis. Ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Il co. 5 risultante: "5. 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".

Ancora il D.Lgs. n. 119 del 2011, all'art. 6 (Modifiche all'articolo 33 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, in materia di assistenza a soggetti portatori di handicap grave):

1. All'articolo 33 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 3 e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti."

b) dopo il comma 3 e' inserito il seguente: "3-bis. Il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito".

Infine, la Corte costituzionale, con sentenza 5 luglio 2016, n. 213 (in G.U. 28/09/2016 n. 39) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, "nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado".

In giurisprudenza, v. ad es. Cass. SL, 2012/n. 9201, con particolare ampiezza ricostruttiva:

"(...) 9. La vicenda che investe il Collegio concerne la tutela riconosciuta dall'ordinamento alla disabilità nella peculiare forma delle agevolazioni per il lavoratore e la lavoratrice che assistono familiari con disabilità, con particolare riferimento alla disciplina del trasferimento della sede lavorativa.

10. Il giudizio è incentrato sul trasferimento del lavoratore, accaduto il familiare con disabilità, disposto in un'epoca temporale, esattamente nel 1997, in cui vigeva la disciplina non ancora novellata della L. n. 104 del 1992, disciplina della quale, con il primo motivo di censura, il ricorrente sollecita una rivisitazione dell'interpretazione restrittiva fin qui seguita da questa Corte di legittimità.

11. Si appalesa utile, innanzitutto, ricostruire la cornice normativa in cui la vicenda si iscrive e delineare l'evoluzione, nel tempo, delle agevolazioni accordate, dall'ordinamento, al familiare lavoratore che versi in tale peculiare condizione (v., in argomento, Cass., SU, 16102/2009).

12. La L. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) ha introdotto, all'art. 33, agevolazioni per i lavoratori che assistono soggetti portatori di handicap.

13. In particolare, il quinto comma dispone che: "Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, 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".

14. Occorre rimarcare, pur omettendone per brevità il testuale richiamo, che dalla lettura di tutte le agevolazioni disciplinate dal dettato originario dell'art. 33, si evince che il legislatore del 1992 ha espressamente connotato della "gravità" la situazione del familiare del lavoratore, minorenni o maggiorenne, necessitato dell'accudimento sotteso alle agevolazioni introdotte in tutti i commi del menzionato articolo 33, fatta eccezione proprio del comma chesi sta esaminando ove quel medesimo legislatore ha piuttosto adoperato la correlazione, tra lavoratore e familiare, fondata sull'assistenza con continuità e sulla convivenza.

15. Il dettato del comma predetto è stato poi modificato dalla L. 8 marzo 2000, n. 53 che, con l'art. 19, ha eliminato il requisito della convivenza e, con l'art. 20, ha precisato che l'assistenza deve essere prestata con continuità e in via esclusiva.

16. Da ultimo la L. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro) ha disposto, con l'art. 24, comma 1, lettera b) la modifica dell'art. 33, comma 5, così novellando la disposizione de qua: "5. 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".

17. I requisiti indicati dal comma 3, pur contestualmente novellato dalla cit. L. n. 183 del 2010, art. 24, comma 1, lett. a), che accomunano ora la disciplina dei permessi retribuiti a quella del trasferimento, risultano i seguenti: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti

o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa...".

18. La fruizione di tali agevolazioni presuppone che la condizione di disabilità sia accertata mediante le Commissioni mediche previste dalla L. n. 104 del 1992, art. 4 (cfr., ex plurimis, Cass. 8436/2003).

19. Sul piano sistematico, come già affermato con condivisa motivazione dalle sezioni unite della Corte (sentenza n. 16102 cit.), la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla norma, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro, devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale che - collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della L. n. 104 del 1992, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacente, la tutela dei soggetti con disabilità - destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sull'integrazione scolastica - ha precisato la discrezionalità del legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione del portatore di handicap mediante l'interrelazione e l'integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 406 del 1992; id., n. 325 del 1996); ha più volte evidenziato la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile (da ultimo, Corte Cost. n. 329 del 2011 e, in precedenza, Corte Cost. n. 233 del 2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia (si vedano, fra le altre, sent. nn. 158 del 2007 e 350 del 2003).

20. La rimarcata finalità della L. n. 104 del 1992 che emerge dalla giurisprudenza costituzionale è in linea con i principi affermati anche nella Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale il 13 dicembre 2006 e ratificata, nel nostro ordinamento, con la L. n. 18 del 2009, ove vengono definite, per persone con disabilità, "coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri" (art. 1); per "accomodamento ragionevole", vengono intese "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali" (art. 2); viene enunciato, fra l'altro, l'obbligo per gli Stati di "garantire e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo sulla base della disabilità", con l'impegno di: a) adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura adeguate ad attuare i diritti riconosciuti nella Convenzione; b) adottare tutte le misure, incluse quelle legislative, idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità" (art.4), in definitiva a garantire un adeguato livello di vita e di protezione sociale.

21. In quest'ottica, le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile al principio sancito dall'art. 3 Cost., comma 2 - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali.

22. Anche prima della novella introdotta con L. n. 53 del 2000, la tutela riconosciuta al lavoratore che provveda all'assistenza del familiare disabile a condizione che via sia convivenza pone in evidenza che l'agevolazione assolve contestualmente alla ratio di garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare e di non reprimere la persona con disabilità dell'assistenza del familiare che se ne prende cura, compromettendone la tutela psico- fisica (cfr. Corte Cost. n. 19 del 2009), risultando così destinatario della tutela la persona disabile in quanto inserita nel nucleo familiare del familiare lavoratore.

23. Siffatta ricostruzione è, peraltro, in linea con la definizione contenuta nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, là dove, pur nella difficoltà di trovare una buona definizione unitaria per tutelare i "diritti delle persone con disabilità", la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha sostituito il termine "disabilità" con "attività personali" e i termini "handicap" e "svantaggio esistenziale" con il termine "partecipazione sociale".

24. Ed è nondimeno in linea con i canoni interpretativi della tradizione costituzionale comune agli Stati membri dell'Unione, affermati dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 che, al capo 3 - rubricato Uguaglianza - riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e sia al capo 4 - rubricato Solidarietà - tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana.

25. L'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza, per quanto qui interessa, anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, là dove il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza.

26. Tanto premesso, l'applicazione dell'art. 33, comma 5, cit., postula, di volta in volta, un bilanciamento di interessi valido, in via generale, per tutti i trasferimenti, atteso il disposto dell'art. 2103 c.c., che, nel periodo finale del primo comma, statuisce che il lavoratore non può essere trasferito

da una unità produttiva ad un'altra "se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

27. L'onere probatorio rafforzato che incombe, pertanto, sul datore di lavoro con riferimento all'esigenza dell'impresa di variare la sede lavorativa (v., ex multis, Cass. 11984/2010) sta ad attestare che il provvedimento di trasferimento è destinato ad avere, nella generalità dei casi, ricadute sovente pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti non di rado oltre che sul piano economico anche su quello familiare per interrompere, per tempi non limitati, quei rapporti di affetti e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare, tanto più pregnanti e gravosi ove il nucleo familiare veda presenti minori, anziani, diversabili bisognevoli di cura e dedizione.

28. Tale considerazione, per il criterio di bilanciamento di interessi e di diritti aventi ciascuno copertura costituzionale, non può che portare ad una valorizzazione delle esigenze del lavoratore e a privilegiare le esigenze del lavoratore che sia parte della comunità familiare, come nel caso in esame, nel cui ambito vi sia persona con disabilità comportante la necessità di assistenza in ragione di un'infermità o disabilità che non consente un'autonomia consapevole negli atti quotidiani, salvaguardando condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto, con uno squilibrio di assetti, a fronte di una situazione assistenziale consolidata e di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare.

29. Ne consegue che la citata disposizione, anche in ragione dei principi fissati dalla richiamata sentenza delle Sezioni unite n. 16102 del 2009, dalla Convenzione dell'ONU del 13 dicembre 2003 sui diritti delle persone con disabilità recepita dalla Legge Statale n. 5 del 2009 ed in Linea con i canoni interpretativi affermati dalla Carta di Nizza, va interpretata in senso costituzionalmente orientato e, in considerazione dei valori coinvolti, a tutela della persone del disabile.

30. In conclusione, quindi, per non essere state addotte e provate, dalla società T., nella fattispecie in esame, ragioni capaci di incidere sul diritto del disabile a ricevere anche nell'ambito della comunità familiare una tutela della sua persona nei suoi diversi aspetti (assistenziali, sanitari, di formazione professionale, di relazioni sociali, ecc.), il ricorso va accolto alla stregua del principio che può enunciarsi ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, nei seguenti termini: "Il diritto del lavoratore a non essere trasferito ad altra sede lavorativa senza il suo consenso non può subire limitazioni anche allorquando la disabilità del familiare non si configuri come grave risultando la sua inamovibilità - nei termini in cui si configuri come espressione del diritto all'assistenza del familiare comunque disabile - giustificata dalla cura ed all'assistenza da parte del lavoratore al familiare con lui convivente, sempre che non risultino provate da parte del datore di lavoro - a fronte della natura e del grado di infermità (psico- fisica) del familiare - specifiche esigenze datoriali che, in un equilibrato bilanciamento tra interessi, risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte".

31. Corollario dell'enunciato principio di diritto è che si appalesa fondato il primo motivo del ricorso avendo la Corte territoriale ritenuto legittimo il trasferimento del lavoratore per non ricorrere, nella specie, una situazione di accertata gravità delle condizioni del familiare disabile senza però che in alcun modo fosse stata provata alcuna ragione che, in una situazione di contrapposizione di interessi tutti a copertura costituzionale, potesse valere alla stregua di un corretto bilanciamento di interessi a legittimare il trasferimento disposto dalla società ed a privare il disabile del suo sostegno familiare (...)."

Nella giurisprudenza di legittimità, più recenti approdo, ad es. è dato da Cass. SL 2016/n. 25379:

"questa Corte con la sentenza n. 9201/2012, che si condivide e cui si intende dare continuità, ha affermato il principio secondo cui "la disposizione dell'art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte" (Cass. n. 9201/2012). Sul punto va rimarcato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006 è stata ratificata dall'Italia con L. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (cfr. Cass. n. 2210/2016).

Pertanto la Corte territoriale non avrebbe dovuto fermarsi alla mancanza di documentazione proveniente dalle U. sull'invalidità grave della madre della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell'handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento, il che è stato omesso sulla base di una interpretazione letterale della norma in discussione oggi superata dalla giurisprudenza di legittimità".

Ancora, Cass. SL 2016/n. 585: "7. Procedendo ad esame congiunto dei motivi, deve premettersi che la L. 5 febbraio 1992 n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, al c. 3 dell'art. 33, per quanto qui rileva, prevede che "a condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti

da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. ...".

Il successivo c. 5, nel testo rilevante *ratione temporis* in relazione alla domanda (presentata il 7.09.07) e quindi prima della modifica apportata dall'art. 24 della L. 4 novembre 2010 n. 183, prevede che "il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".

8. Il testo delle richiamate disposizioni legislative non consente di limitare il diritto alla mobilità solo alle fattispecie in cui la situazione di handicap del soggetto assistito fosse esistente solo al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro. L'espressione "ha diritto di scegliere", infatti, non può essere riferita solo al momento iniziale del rapporto di impiego pubblico, in cui è disposta l'assegnazione della sede di lavoro, ma deve essere letta con riferimento alla regola generale della L. n. 104 del 1992, di approntare strumenti di tutela della persona handicappata che esaltino la naturale spinta solidaristica nascente dal vincolo familiare e che si aggiungano alle tutele offerte dai pubblici servizi di assistenza.

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

9. Fatta questa premessa generale di contenuti, deve richiamarsi la giurisprudenza di legittimità ulteriore a proposito della disciplina del diritto alla mobilità.

Il comma 5 dell'art. 33 ora in esame deve essere interpretato nel senso che il genitore o il familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può

essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, solo se ciò sia possibile in relazione alle esigenze di servizio. Tale diritto, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, secondo il quale esso può essere esercitato ove possibile, in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora l'esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) ed implica che l'handicap sia grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa (Cass. 27.05.03 n.8436). Il diritto non è assoluto e privo di condizioni e implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945).

10. La mobilità dei dipendenti dei conservatori pubblici è regolata contratto collettivo decentrato 31.05.02, il quale all'art. 8, con riferimento alle situazioni di handicap, prevede una graduazione nelle precedenze "nelle operazioni di trasferimento", assegnando le priorità a seconda delle categorie di menomazione. La priorità assoluta è riservata ai dipendenti portatori essi stessi di handicap; successivamente sono previste (peraltro con limitazioni territoriali predefinite) alcune categorie di soggetti riconducibili all'art. 33 (genitori di minore con handicap, handicappato maggiorenne in situazione di gravità, coniugi o figli obbligati all'assistenza che "abbiano interrotto una situazione di assistenza continuata a seguito di instaurazione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato"). Lo stesso contratto, nel riconoscere le esigenze di famiglia del personale docente rilevanti ai fini della formazione delle graduatorie dei trasferimenti, prevede per esse l'attribuzione di punteggi. In particolare, attribuisce tre punti "per la cura e l'assistenza dei parenti conviventi (diversi dai figli e dal coniuge) e degli affini conviventi entro il terzo grado, di cui all'art. 33 della L. n. 104 del 1992" (tabella A, allegato A, punto 2, lett. e).

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

11. Tali disposizioni si pongono in sintonia con l'interpretazione dell'art. 33 della L. n. 104 del 1992 sopra accolta e, soprattutto, predispongono una regolazione del diritto di precedenza, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento. Nonostante la sua natura negoziale tale disciplina del diritto soddisfa una esigenza basilare dell'amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che, come sopra evidenziato, la legge privilegia.

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

Anche la recente Cass. SL, 2021/n. 4677, ripercorre e conferma le coordinate interpretative esposte, richiamandosi a Cass. SL 2016/n. 17968, e a varia giurisprudenza di legittimità (cfr., Cass. SU, n. 7945 del 2008; Cass. n. 585 del 2016, n. 7120 del 2018, n. 6150 del 2019 e n. 20243 del 2020) che ha avuto modo di esaminare la natura dell'agevolazione in questione nell'ambito di una più ampia lettura dell'art. 33 cit., atteso che la stessa può essere esercitata "ove possibile". In particolare, "si è così posto in evidenza, come tale diritto, a differenza della precedenza nella sede riconosciuta alla persona handicappata dall'art. 21 della L. n. 104 del 1992, deve tener conto di un bilanciamento tra interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio dello stesso. Ed infatti, se da un lato vanno considerate le esigenze funzionali al buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), dall'altro occorre tenere presente che le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo riconducibile al principio sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost., che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e che, come si è detto, devono coesistere con altri valori costituzionali".

Il diritto affermato dalla docente ricorrente ex art. 601 D.Lgs. n. 297 del 1994, come abbiamo sopra esposto nella ricognizione normativa e giurisprudenziale, non è pertanto sussistente, nella sua assolutezza.

La considerazione delle esigenze assistenziali della persona affetta da handicap, che muovendo dalla persona protetta traslano aggiuntivamente ma contestualmente in diritto della persona del lavoratore, della lavoratrice, pur assistiti da elevata protezione costituzionale si inseriscono anche nel settore in un complesso assetto ispirato a bilanciamento, non solo di interessi datoriali organizzativi e produttivi, qualificati nella specie ulteriormente dall'interesse pubblico al buon andamento amministrativo (97 co. 2 Cost.), ma di altri lavoratori e lavoratrici, e rispettivi familiari, bisognosi di pari protezione, secondo una razionale graduazione tenuta presente dalla contrattazione collettiva.

Ed e poi attraverso l'istituto della assegnazione provvisoria, che quel diritto può anzitutto ricevere protezione e tutela.

In questa cornice normativa e interpretativa cala anche il Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici relativi al

triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22, sottoscritto il giorno 6/3/2019 in Roma, presso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in sede di negoziazione integrativa a livello ministeriale e l'ordinanza n. 106 del 29.03.2021 (doc. 12), contenente la disciplina della mobilità del personale docente in applicazione del CCNI (doc. 3).

L'art. 13 disegna in modo articolato il "SISTEMA DELLE PRECEDENZE" raggruppandole sistematicamente per categoria e inserendole funzionalmente, secondo l'ordine di priorità successivamente descritto, nelle operazioni della sola 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. In caso di parità di precedenza e di punteggio, prevale chi ha maggiore anzianità anagrafica.

La fattispecie concreta e contemplata dall'art. 13 al co. 1, punto IV:

"IV) ASSISTENZA AL CONIUGE, ED AL FIGLIO CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DEL FIGLIO REFERENTE UNICO AL GENITORE CON DISABILITA'; ASSISTENZA DA PARTE DI CHI ESERCITA LA TUTELA LEGALE

Nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II e III fase dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. n. 104 del 1992, richiamato dall'art. 601 del D.Lgs. n. 297 del 1994, la precedenza ai genitori anche adottivi del disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela del disabile in situazione di gravità.

Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita tale tutela.

Successivamente, viene riconosciuta la precedenza per l'assistenza al coniuge e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti, al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità.

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

1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;
2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni.
3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.Lgs. n. 151 del 2001.

In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. n. 104 del 1992 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti. Tale precedenza permane anche nel caso in cui, prima del predetto comune o distretto sub comunale, siano indicate una o più istituzioni scolastiche comprese in essi. Detta precedenza si applica anche alla I fase dei trasferimenti, alle condizioni di cui sopra, limitatamente ai comuni con più distretti.

In assenza di posti richiedibili nel comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile è obbligatorio indicare il comune viciniore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili ovvero una scuola con sede di organico in altro comune anche non viciniore che abbia una sede/plesso nel comune di domicilio dell'assistito.

L'indicazione della preferenza sintetica per l'intero comune di ricongiungimento, ovvero per il distretto scolastico del domicilio, per i comuni suddivisi in più distretti, è obbligatoria. La mancata indicazione del comune o distretto di ricongiungimento preclude la possibilità di accoglimento da parte dell'ufficio della precedenza sia per il comune (o distretto) che per eventuali preferenze relative ad altri comuni, ma non comporta l'annullamento dell'intera domanda. Pertanto, in tali casi, le preferenze espresse saranno prese in considerazione solo come domanda volontaria senza diritto di precedenza.

Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di prestare assistenza, conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità. Successivamente tale precedenza è riconosciuta al coniuge del disabile in situazione di gravità. 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.

La particolare condizione fisica che dà titolo alla precedenza cui al presente punto IV) nella mobilità a domanda deve avere carattere permanente. Tale disposizione non trova applicazione nel caso dei figli disabili. Per beneficiare della precedenza prevista dall'art. 33, della L. n. 104 del 1992, gli interessati dovranno produrre apposita certificazione secondo le indicazioni riportate nella O.M che regola i trasferimenti.

La predetta certificazione deve essere prodotta contestualmente alla domanda di trasferimento".

In ambito finitimo al caso concreto, per quanto riguarda la precedenza per i figli referenti unici che debbano assistere il genitore gravemente disabile, con riconoscimento definitivo dello stato di gravità, si sottolinea, dunque, che ai sensi dell'art. 13, comma 1 punto IV del CCNI mobilità 2019-2022, la stessa si applica solamente e, limitatamente ai trasferimenti nella I fase solo tra distretti diversi dello stesso comune e nella II fase dei trasferimenti ovvero all'interno della stessa provincia di titolarità. Non si applica la suddetta precedenza nella III fase della mobilità ovvero tra province diverse rispetto quella di titolarità.

Invece, con attinenza al caso concreto, nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela, ma non è riconosciuta ai figli referenti unici i cui genitori siano riconosciuti disabili in stato di gravità.

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, nelle operazioni di mobilità annuale.

La giurisprudenza di legittimità, in relazione al pregresso, analogo articolato assetto della materia, posto dall'art. 13 del precedente CCNI di settore, ha ritenuto conforme la norma della contrattazione integrativa costituente svolgimento della prevista "possibilità", delineando i presupposti regolativi del diritto di precedenza in ragione del bilanciamento tra gli interessi organizzativi dell'Amministrazione e quelli personali del docente (ord. 2021/n. 4677 cit.).

La sentenza 2021/n. 879 della Corte di Appello di Palermo, segnalata, e prodotta, dall'Amministrazione scolastica, si muove in questo flusso interpretativo con articolata motivazione, espressamente richiamantesi al recente precedente della Cassazione, sottolineando l'esigenza di attuazione di un corretto bilanciamento di interessi, tutti costituzionalmente protetti, che campeggia in materia, culminante nella fattispecie con la individuazione dell'istituto della assegnazione

provvisoria annuale("che altro non rappresenta se non un trasferimento (annuale e, previa domanda, suscettibile di essere rinnovato nel tempo) nella sede di lavoro più vicina al familiare da assistere") e non nel trasferimento definitivo, come appropriato punto di incontro, nel rispetto di evidenti e ragionevoli istanze organizzative complesse dell'Amministrazione scolastica.

In modo logicamente condivisibile la corte palermitana, cit., osserva con chiaro approfondimento, che "tale (articolato e graduato) sistema di precedenze, risponde coerentemente e pienamente alle medesime ragioni giustificatrici che hanno indotto le parti sociali a circoscrivere il riconoscimento di tale precedenza, invece, nell'ambito dei trasferimenti provinciali, essendo (in tal caso) altamente probabile la preesistenza di un rapporto di effettiva assistenza.

Trattasi, ad ogni evidenza, di misure (o di accomodamenti ragionevoli) del tutto idonei a soddisfare (in concreto e comunque) l'interesse giuridicamente rilevante protetto dalla L. n. 104 del 1992 che è (essenzialmente) quello di assicurare alla persona disabile l'assistenza e le cure di cui necessita oltre che la continuità delle relazioni familiari.

Ed è del tutto evidente come l'assistenza - nel momento in cui venga congruamente ed efficacemente assicurata - sia del tutto indifferente alla definitività o alla provvisorietà del trasferimento.

Ciò è tanto vero che il comma 5 dell'art. 33 L. n. 104 del 1992 pur riconoscendo il diritto "a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere..." non contiene alcun riferimento alla stabilità o meno dell'assegnazione presso la sede di lavoro medesima.

In altri termini, rileva la Corte, ai fini dell'esatta ricostruzione della normativa qui in esame e del suo ambito di operatività, deve in radice escludersi che nella tutela accordata rientri (anche) il diritto del lavoratore (che assiste il familiare disabile) a vedersi(necessariamente) riconosciuto un trasferimento (che sia) definitivo.

Al contrario, si osserva, nell'ottica di un corretto contemperamento degli interessi contrapposti (in cui vengono in rilievo, anche, quelli di cui sono portatori gli altri lavoratori del comparto scuola che aspirano ai trasferimenti), non può non rilevarsi come la previsione del diritto di precedenza in ambito di assegnazione provvisoria interprovinciale (siccome prevista dal CCNI sulla mobilità) tenga, ragionevolmente, conto del carattere naturalmente temporaneo del rapporto di assistenza in quanto correlato ad una situazione di gravità (ex art. 3 comma 3 L. n. 104 del 1992) suscettibile di una sempre possibile (oltre che presumibile) evoluzione e/o revisione, sia in senso favorevole, con il conseguente venir meno di uno dei suoi requisiti costitutivi (cioè la particolare condizione di handicap), sia in senso deteriore (specie per i soggetti di età avanzata).

Carattere naturalmente temporaneo che se, da un lato, rende viepiù giustificata e ragionevole l'assegnazione del lavoratore ad una altrettanto temporanea destinazione geograficamente più vicina al luogo dove si trova il soggetto da assistere, d'altro, disvela plasticamente l'incongruenza di una misura del tipo qui rivendicata che, invece, comporterebbe un trasferimento destinato a protrarsi (in tesi) anche oltre i limiti temporali di permanenza della situazione alla cui tutela doveva e deve essere funzionale.

Quanto ora esposto, del resto, trova conferma nell'art. 33 comma 7bis della L. n. 104 del 1992 secondo cui "...il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti...".

Né, in senso contrario a quanto fin qui esposto, osta il rinvio contenuto nell'art. 601 del D.Lgs. n. 297 del 1994 alla L. n. 104 del 1992.

Laddove, infatti, si prevede che gli artt. 21 e 33 della L. n. 104 del 1992 "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), non può attribuirsi, alla disposizione in questione, carattere di norma imperativa dal contenuto precettivo incondizionato.

Al riguardo deve, invero, osservarsi che nel rinviare al contenuto degli anzidetti articoli, essa, lungi dall'escluderla, recepisce (anche) la clausola di riserva contenuta nell'art. 33 per la quale i diritti ivi sanciti vengono assicurati non in modo assoluto ed incondizionato, bensì "ove possibile", rendendosi, dunque, necessaria, di volta in volta, un'operazione di rinnovato e costante bilanciamento con gli altri valori di rilievo costituzionale con essi eventualmente confliggenti.

Bilanciamento che, per come operato nella vicenda portata alla cognizione di questa Corte, da un lato, è compatibile con la L. n. 104 del 1992, dall'altro, lungi dal rappresentare una scelta arbitraria e/o unilaterale dell'Amministrazione è il frutto di una procedura negoziale (operante su un piano paritario) tra la parte datoriale pubblica e le rappresentanze sindacali dei lavoratori che trova la sua fonte di legittimazione nella normativa vigente nel settore del pubblico impiego.

D'altro canto, si aggiunge, il riconoscimento della precedenza in sede di mobilità, ribadito dal secondo comma dell'art. 601, non può (neanche) essere inteso nel senso di imporre l'applicazione necessariamente ai trasferimenti definitivi, dovendosi, al contrario, ritenere che nel più ampio contesto della mobilità rientri anche (e a pieno titolo) la c.d. mobilità annuale di cui lo strumento dell'assegnazione provvisoria è espressione.

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

Una argomentazione articolata, poggiante sulla autorevole base della recente giurisprudenza di legittimità e, questo con minor importanza, conforme anche a più precedenti locali del Tribunale di Siena adito.

- 5. La questione del blocco quinquennale.

Ai sensi dell'art. 1, co. 17-octies, D.L. n. 126 del 2019, convertito con modificazioni dalla 2019, n. 159, il comma 3 dell'articolo 399 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, è sostituito dai seguenti:

"3. A decorrere dalle immissioni in ruolo disposte per l'anno scolastico 2020/2021, i docenti a qualunque titolo destinatari di nomina a tempo indeterminato possono chiedere il trasferimento, l'assegnazione provvisoria o l'utilizzazione in altra istituzione scolastica ovvero ricoprire incarichi di insegnamento a tempo determinato in altro ruolo o classe di concorso soltanto dopo cinque anni scolastici di effettivo servizio nell'istituzione scolastica di titolarità, fatte salve le situazioni sopravvenute di esubero o soprannumero. La disposizione del presente comma non si applica al personale di cui all'articolo 33, commi 3 e 6, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, purché le condizioni ivi previste siano intervenute successivamente alla data di iscrizione ai rispettivi bandi concorsuali ovvero all'inserimento periodico nelle graduatorie di cui all'articolo 401 del presente testo unico.

3-bis (...)"

Già l'art. 1, co. 792, L. n. 145 del 2018, aveva previsto, per gli assunti a decorrere dall'a.s. 2019/2020, "al fine di razionalizzare la spesa per il reclutamento del personale docente delle scuole secondarie di primo e di secondo grado e di conseguire i risparmi di cui al comma 794 del presente articolo, al D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 59, sono apportate le seguenti modificazioni: all'art. 13, il comma 3 è sostituito dal seguente: " 3. L'accesso al ruolo e' precluso a coloro che non siano valutati positivamente al termine del percorso annuale di formazione iniziale e prova. In caso di valutazione finale positiva, il docente è cancellato da ogni altra graduatoria, di merito, di istituto o a esaurimento, nella quale sia iscritto ed è confermato in ruolo presso l'istituzione scolastica ove ha svolto il periodo di prova. Il docente è tenuto a rimanere nella predetta istituzione scolastica, nel medesimo tipo di posto e classe di concorso, per almeno altri quattro anni, salvo che in caso di soprannumero o esubero odi applicazione dell'articolo 33, commi 5 o 6, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze per il relativo concorso".

Attualmente, con D.L. n. 73 del 2021, convertito con modificazioni dalla L. n. 106 del 2021, l'art. 58, comma 2, lettera m) ha disposto la modifica dell'art. 13, comma 3, del D.Lgs. n. 59 del 2017:

al comma 3 dell'articolo 399 del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, le parole: "cinque anni scolastici" sono sostituite dalle parole: "tre anni scolastici" e al comma 3 dell'articolo 13 D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 59, le parole: "quattro anni" sono sostituite dalle parole: "due anni". Al fine di tutelare l'interesse degli studenti alla continuità didattica, i docenti possono presentare istanza volontaria di mobilità non prima di tre anni dalla precedente, qualora in tale occasione abbiano ottenuto la titolarità in una qualunque sede della provincia chiesta. Le disposizioni di cui al precedente periodo si applicano a decorrere dalle operazioni di mobilità relative all'anno scolastico 2022/2023".

A decorrere dal prossimo anno scolastico, dunque, è stato introdotto un più limitato vincolo triennale di permanenza.

La docente ricorrente argomenta un primo profilo di illegittimità consistente nella discriminazione, immotivata e irragionevole, in proprio danno attuata, poiché, pur avendo partecipato alla medesima procedura concorsuale, quella di cui al DDG n. 85/2018 (D.M. n. 631 del 2018) e pur appartenendo alle medesime graduatorie di merito, si è vista slittare, per problematiche organizzative e gestionali dell'Amministrazione, la propria assunzione al 1/9/2019, divenendo soggetta alla regola del blocco quinquennale novitariamente introdotta soltanto nel 12/2018, a graduatorie di merito approvate, con la modifica cit. dell'art. 13 D.Lgs. n. 59 del 2017, regola cui non risultano essere stati sottoposti i colleghi della medesima graduatoria di merito, tempestivamente assunti nell'a.s. 2018/19, e regola che non sussisteva all'atto della partecipazione alla procedura concorsuale, né all'atto della emanazione della graduatoria di merito AD24 cui la docente appartiene. Regola che, al contrario, è stata posta nell'arco di tempo tra la emanazione della graduatoria di merito e la sua tardiva assunzione. Infatti, la gran parte degli idonei al concorso predetto, inseriti nelle rispettive graduatorie di merito regionali, hanno ricevuto tempestiva immissione in ruolo al 1/09/2018, sottraendosi così alla regola del vincolo quinquennale.

Invero, per la classe di concorso della docente..., come per altre, si è verificato un notevole ritardo nella pubblicazione delle graduatorie di merito del concorso ex DDG 85/2018 (successivamente al 31/08/2018), di modo che non si è potuto procedere ad immissione in ruolo tempestiva (ossia, per l'a.s. 2018/2019). Per le graduatorie di merito pubblicate tra il 31/08 ed il 31/12/2018, pur nell'ambito della medesima procedura concorsuale ex DDG 85/18, è stata prevista l'immissione in ruolo solo a decorrere dal 01/09/2019, vale dire per l'a.s. successivo.

Un secondo profilo di illegittima discriminazione attuato dall'O.M. n. 106 del 2021 consisterebbe nella esclusione della docente anche dalla deroga prevista al blocco, legata all'applicazione, come espressamente previsto, dell'art. 33, commi 5 e 6 L. n. 104 del 1992, limitatamente a fatti sopravvenuti successivamente al termine di presentazione delle istanze di partecipazione al concorso.

In altre parole, il vincolo quinquennale subisce una deroga per quei docenti cui risultano applicabili le previsioni dei commi 5 e 6 dell'art. 33 L. n. 104 del 1992, a patto che - stabilisce l'O.M. n. 106 del 2021 cit., conformemente alla legge - si tratti di fatti sopraggiunti in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione al concorso.

Dunque, le condizioni di salute del figlio della docente ricorrente, pur ampiamente documentate - anche ai fini della fruizione dei benefici ex L. n. 104 del 1992 - in sede di domanda di mobilità non avrebbero alcun rilievo per un mero criterio temporale, trattandosi di patologia preesistente alla partecipazione al concorso: da un lato, dunque, soggetti disabili (al centro delle tutele apprestate dalla L. n. 104 del 1992) che potranno fare affidamento sul riavvicinamento di un parente e, dall'altro, soggetti disabili che non possono fare affidamento (almeno per un quinquennio) sul riavvicinamento di un parente. Lo stesso è a dirsi per il soggetto familiare e lavoratore che presta assistenza.

La ricordata sopravvenienza normativa (D.L. n. 73 del 2021 convertito con modificazioni dalla L. n. 106 del 2021, che all'art. 58, comma 2, lettera m) ha disposto la modifica dell'art. 13, comma 3, del D.Lgs. n. 59 del 2017) che a decorrere dal prossimo anno scolastico ha introdotto un più limitato vincolo triennale di permanenza, ci sembra privare la lavoratrice dell'interesse ad agire.

Per il prossimo anno scolastico, infatti - secondo le coordinate argomentative sopra espresse - sarà l'istituto della assegnazione provvisoria a contemperare l'esigenza assistenziale della docente con il contrapposto interesse organizzativo dell'amministrazione e quello della continuità didattica, mentre a partire dall'a.s. 2023-2024 non opererà più nei suoi confronti, per maturazione del triennio, il vincolo di permanenza.

- 6. Sulla regolarità del contraddittorio.

Cass. SL, sentenza n. 36356 del 23/11/2021:

"In tema di selezioni concorsuali, la pretesa con cui un docente di ruolo della scuola pubblica richiede il trasferimento in altra provincia, sulla base delle procedure previste dalla normativa di legge e dalla contrattazione collettiva, ha natura di azione di adempimento, alla cui introduzione è sufficiente la deduzione dell'inosservanza di regole di scelta favorevoli a tale docente e cui la P.A. era vincolata, mentre la questione in ordine alla effettiva spettanza di quel posto proprio a chi agisce e non ad altri concorrenti attiene al diverso piano della fondatezza nel merito o della prova e va definita sulla base dell'intero materiale istruttorio, acquisito o legalmente acquisibile in causa, ferma restando la necessità di integrare il contraddittorio con tutti i candidati concorrenti rispetto a quel medesimo posto e di coloro cui esso sia stato in concreto attribuito".

E cfr. in termini su fattispecie analoghe Cass. 2018/n. 28766 e 2019/n. 30425.

R. che la docente ricorrente appare aver esercitato l'azione giudiziale esclusivamente nei confronti del Ministero dell'Istruzione.

La circostanza che la notificazione sia comunque avvenuta mediante pubblicazione sul sito ministeriale dedicato e nell'area tematica dedicata anch'essa attenua e può ritenersi elidere la violazione della regola del contraddittorio.

Al rigetto della domanda si accompagna tuttavia l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, ex art. 92 co. 2 c.p.c., stante la estrema complessità e controvertibilità della materia e delle questioni implicate, in tutto equiparabili alla "assoluta novità della questione o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti".

Della norma è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale "nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni" (Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77). Il giudice delle leggi ha ritenuto, infatti, che "la rigidità di queste due sole ipotesi tassative, violando il principio di ragionevolezza e di eguaglianza, ha lasciato fuori altre analoghe fattispecie riconducibili alla stessa ratio giustificativa".

P.Q.M.

rigetta la domanda proposta da M.B. contro il Ministero dell'Istruzione, nel contraddittorio dei docenti controinteressati (contumaci).

Compensa per intero tra le parti le spese del processo (anche della fase cautelare).

Conclusione

Così deciso in Siena, il 21 marzo 2022.

Depositata in Cancelleria il 21 marzo 2022.