



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI FIRENZE
SEZIONE LAVORO

La Corte d'Appello di Firenze, sezione lavoro, composta dai signori Magistrati:

Dott.ssa	xxxxx	Presidente rel.
Dott.	xxxxxx	Consigliere
Dott.ssa	xxxxxxx	Consigliera

nella causa iscritta al n. xxxxxpromossa

da:

xxxxx rappresentata e difesa dagli avv.ti Walter Miceli, Fabio Ganci e Simona Fabbrini,

APPELLANTE

contro

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per la TOSCANA e UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per la SICILIA rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze,

APPELLATI

avente a oggetto: mobilità

LA CORTE

rilevato che, con ordinanza in data 30-9-2021, la Corte, su concorde istanza delle parti, ha disposto, ai sensi dell'art. 221, comma 4, del d.l. 19-5-2020 n. 34 convertito con modificazioni nella l. 17-7-2020 n. 77 (rubricato «*Modifica all'art. 83 del decreto-legge*

17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e disposizioni in materia di processo civile e penale»), la celebrazione dell'udienza relativa alla presente causa mediante deposito in telematico di note scritte contenenti – oltre alle istanze e conclusioni – eventuali deduzioni “conclusionali”, da redigere nel rispetto dei principi di sinteticità e chiarezza nonché la rinuncia espressa alla lettura della motivazione e/o dispositivo, con adozione all'esito e fuori udienza del provvedimento da parte del Collegio come in epigrafe composto;

lette le note depositate dall'appellante;

all'udienza del 28-10-2021, celebrata con le modalità sopra descritte, ha pronunciato, fuori udienza e previa camera di consiglio, il dispositivo della seguente

SENTENZA

Con ricorso depositato il 4-5-2020 xxxxxx adiva il Tribunale di Firenze in funzione di giudice del lavoro, esponendo: di essere docente di ruolo di diritto ed economia (classe di concorso A046), abilitata anche per il sostegno, con sede di titolarità presso l'I.I.S.I.S. xxxxxxxxx (FI); di avere partecipato alle procedure di mobilità per l'anno scolastico 2019/2020, come disciplinate dal C.C.N.I sulla mobilità del personale docente del 6-3-2019, chiedendo di fruire della precedenza di cui all'art. 33, comma 5, l. 5-2-1992 n. 104, in quanto referente unica di entrambi i genitori, portatori di *handicap* con connotazione di gravità e residenti in provincia di Enna; di non avere ottenuto il trasferimento non prevedendo il soprarichiamato C.C.N.I. alcuna precedenza nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza dei genitori con disabilità grave; che l'art. 13 del C.C.N.I. era da ritenersi illegittimo – per violazione dell'art. 33

l. 1992 n. 104, dell'art. 601 d.lgs. 16-4-1994 n. 297 nonché della convenzione ONU del 13-12-2006 sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva con l. 3-3-2009 n. 18) – nella parte in cui consentiva solo ai partecipanti alla mobilità provinciale di far valere il diritto di precedenza per la presenza di un parente affetto da *handicap*

grave *ex art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992* e laddove prevedeva, per i partecipanti alla mobilità interprovinciale, la (sola) possibilità di partecipare alle operazioni di assegnazione provvisoria usufruendo della precedenza. Tanto premesso, chiedeva «[...] previa declaratoria di nullità, o annullamento/disapplicazione, del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo del 6 marzo 2019 valido per il triennio 2019/2022 art. 13, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale al figlio referente unico di genitore disabile grave, accertare e dichiarare **il diritto [di essa] ricorrente ad ottenere il trasferimento con decorrenza dall'a.s. 2019/2020, per la classe di concorso A046 prioritariamente e in subordine per il posto sul sostegno, nella province limitrofe ad Enna di Ragusa o Catania o Caltanissetta, per una delle sedi espresse nella domanda, con precedenza in quanto referente unica per l'assistenza ai genitori disabili in condizioni di gravità**».

Costituitisi in giudizio, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia eccepivano preliminarmente l'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati (tutti i docenti in servizio presso le sedi della provincia di Enna nella classe di concorso A046), contestando, comunque, la fondatezza del ricorso di cui invocavano la reiezione.

Con sentenza n. xxxx del 10/11-12-2020, istruita la causa con acquisizione di documenti, il Tribunale adito rigettava il ricorso.

Avverso tale decisione interponeva appello xxxxxxxx che ne invocava la riforma sulla base di un unico motivo.

Resistevano il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia che instavano per il rigetto del gravame.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appellante si duole, con l'unico articolato motivo, che erroneamente Il Tribunale ha negato l'invocato diritto sul presupposto che la «protezione della situazione soggettiva» per cui è controversia avrebbe potuto essere «assicurata attraverso un istituto parimenti idoneo ad assicurare la continuità dell'assistenza, ossia [...] attraverso la possibilità di presentare domanda di assegnazione provvisoria», obliterando che: *a)* essa appellante non aveva interesse a presentare la suddetta domanda in quanto «in congedo straordinario per dottorato di ricerca», *b)* non era stato provato dall'amministrazione resistente/odierna parte appellata la «lesione “*in maniera consistente delle esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro*” scaturente dall'esercizio del diritto protetto dall'art. 33 L. 104/1992 e [...] la sussistenza, nel caso di specie, di “*circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto*”», *c)* non era dato «comprendere quale sarebbe stato **il danno per l'interesse della collettività**, nel caso fosse stata accolta la domanda di mobilità [di essa] odierna appellante, presentata nell'esclusivo intento di assistere gli anziani genitori, avendo la stessa provato **l'esistenza di posti vacanti e disponibili** in una delle province prescelte, vicine alla residenza degli anziani genitori», *d)* l'«esistenza di posti già ritenuti dall'amministrazione vacanti e disponibili, destinati ad essere coperti, nelle operazioni di mobilità interprovinciale relative all'A.S. 2019/2020, esclude[va] che si po[tesse] configurare “un onere sproporzionato” a carico del datore di lavoro nel tutelare il diritto del lavoratore che presta assistenza di scegliere la sede di lavoro più idonea a consentirgli lo svolgimento dell'attività di assistenza stessa» posto che «l'inciso normativo “*ove possibile*”, a proposito della possibilità per il lavoratore che assista il familiare disabile di scegliere la sede di lavoro, deve necessariamente leggersi come coincidente con la nozione di “onere sproporzionato” di cui alla **Direttiva 78/2000** che, nell'ambito della parità di trattamento in materia di

occupazione e di condizioni di lavoro, si occupa, nell'art. 5, anche di disabilità», e) «per l'Amministrazione non costituirebbe “onere sproporzionato” assegnare posti destinati ad essere coperti con preferenza ai lavoratori che assistano familiari disabili rispetto ad altri candidati che non siano portatori del fattore di protezione», f) era «stata provata e allegata la circostanza che i docenti non beneficiari della L.104/1992 (xxxxxxxxx) [avevano] ottenuto il trasferimento interprovinciale, su posti vacanti e disponibili, nella classe di concorso A046 (scienze giuridico- economiche) e nella tipologia di posto sostegno, che può accedere a qualsiasi classe di concorso, in sedi diverse dalla provincia di Enna, limitrofe ad essa, tutte espresse [da essa appellante] nella domanda di mobilità per l'A.S. 2019/2020, precludendo l'assegnazione a quest'ultima di uno dei suddetti posti», g) «“nell'ambito della procedura di mobilità che interessa, sia la legge, sia la contrattazione collettiva non attribui[va]no al punteggio un rilievo esclusivo e determinante, articolando piuttosto la procedura anche intorno alle preferenze espresse dai docenti per le varie sedi” (cfr. sentenza n. 621/2019 Corte d'appello di Firenze)», h) la «ratio della l. n. 104/1992 non è [...] quella di stabilire una gerarchia sulla base del rapporto di parentela, ma di consentire a quel familiare che presta l'assistenza di essere vicino al soggetto disabile», i) «le disposizioni contenute nel CCNI sulla mobilità del comparto scuola conten[eva]no una discriminazione tra i soggetti che prestano l'assistenza al familiare disabile, attribuendo una precedenza ad alcuni e negandola ad altri, sulla base del rapporto di parentela e finendo così per limitare, se non negare, quei diritti garantiti dalla citata l.n. 104/1992, a tutela in primo luogo del soggetto disabile».

L'appello è (da ritenersi) fondato.

Le doglianze di cui al motivo di gravame colgono nel segno.

Dalla documentazione versata in atti risulta che la ricorrente/odierna appellante presta assistenza continuativa, in qualità di soggetto referente unico, al padre portatore di grave disabilità. Né sono state contestate (v. memoria di costituzione in appello) le (allegate) circostanze (v. note di “trattazione scritta” depositate in primo grado in data 2-12-2020) che il dottorato di ricerca presso l’Università di Valencia – per il quale è stato accordato alla xxxxxx il congedo straordinario dal 7-1-2019 al 6-1-2022 – non richiede la frequenza continuat(iv)a e, quindi, la costante permanenza nella predetta città – essendo previsti lo svolgimento di lezioni in presenza e contatti con il *tutor* per un massimo di tre incontri durante ogni anno accademico, della durata ciascuno di tre giorni (come da calendari prodotti nel giudizio di primo grado) – e che l’attività di ricerca viene esplicata tramite contatti *on line* con i *tutor* nonché attraverso lo studio e la sperimentazione che possono essere effettuati anche nel comune di residenza.

Non vi è, poi, questione in ordine alla circostanza che nel corso della mobilità di cui è controversia siano stati operati trasferimenti di personale docente – nella classe di concorso di interesse dell’appellante o su posto di sostegno, verso sedi di sua preferenza degli ambiti territoriali di Ragusa o di Catania o di Caltanissetta – non titolare di precedenze previste dal C.C.N.I. sulla mobilità, ma con punteggio superiore a quello della xxxxxx.

Ciò posto in fatto, merita rammentare come l’art. 6 del C.C.N.I. per 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 6-3-2019 (versato in copia nel fascicolo di primo grado della ricorrente/odierna appellante *sub doc. 15*), rubricato «**PROCEDIMENTO DEI TRASFERIMENTI E DEI PASSAGGI**», prevede, per quanto rileva, che: «*1. Ciascun docente potrà esprimere con un’unica domanda fino a quindici preferenze indicando le scuole, ovvero un codice sintetico (comune o distretto) sia per la mobilità*

intraprovinciale che per quella interprovinciale; in tale ultimo caso sarà possibile esprimere anche codici sintetici di una o più province.

2. Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano in tre distinte fasi:

I fase: Trasferimenti all'interno del comune;

II fase: Trasferimenti tra comuni della stessa provincia;

III fase: mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale.

3. La mobilità professionale prevale su quella territoriale nei soli passaggi di ruolo. Nei passaggi di cattedra si segue l'ordine di priorità indicato dal docente [...]

L'art. 13 dello stesso contratto, dedicato al sistema delle precedenze, prevede, poi, al punto III la precedenza dei lavoratori disabili o comunque portatori di gravi patologie che necessitino di cure a carattere continuativo nell'assegnazione delle sedi, disponendo che: «*Nel contesto delle procedure dei trasferimenti viene riconosciuta la precedenza, nell'ordine, al personale scolastico che si trovi nelle seguenti condizioni:*

1) disabili di cui all'art. 21, della legge n. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94, con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella "A" annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648;

2) personale (non necessariamente disabile) che ha bisogno per gravi patologie di particolari cure a carattere continuativo (ad esempio chemioterapia); [...]

3) personale appartenente alle categorie previste dal comma 6, dell'art. 33 della legge n. 104/92, richiamato dall'art. 601, del D.L.vo n. 297/94;

Il personale, di cui ai punti 1) e 3) [...] può usufruire di tale precedenza all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza, a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune di residenza o distretto subcomunale oppure una o più istituzioni scolastiche comprese in esso. La preferenza sintetica per il predetto

comune è obbligatoria prima di esprimere preferenze per altro comune. Il personale di cui al punto 2) può usufruire di tale precedenza all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di cura, a condizione che abbia espresso come prima preferenza una o più istituzioni scolastiche o distretti compresi nel predetto comune ovvero preferenza sintetica per il comune di cura prima di altre preferenze. Per il personale di cui ai punti 1), 2) e 3), in caso in cui nel comune non esistano scuole esprimibili è possibile indicare una scuola di un comune viciniore ovvero una scuola con sede di organico in altro comune anche non viciniore che abbia una sede/plesso nel comune di residenza/cura».

Ancora, il punto IV del medesimo articolo disciplina la precedenza dei lavoratori che assistano familiari portatori di *handicap* prevedendo il riconoscimento della precedenza «[...] in base all'art. 33 commi 5 e 7 della L. 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.L.vo n. 297/94, [...] 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. [...]

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.L.vo 151/2001.

In assenza anche di una sola delle suddette condizioni per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria [...]

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 viene 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. [...]».

Infine, l'art. 14 del contratto dispone che «[i]l personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7, della legge n. 104/92, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità; 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 CCNI sulla mobilità annuale».

Così ricostruita la disciplina convenzionale di interesse, come affermato da questa Corte in precedente decisione resa in fattispecie analoga (App. Firenze 8-10-2020 n. xxxxx, est. xxx) – alle cui espresse ragioni il Collegio ritiene di uniformarsi – non può dubitarsi che l'amministrazione, escludendo il diritto di precedenza dell'appellante nell'ambito della procedura di mobilità che qui rileva, abbia fatto applicazione di tali norme: l'odierna appellante infatti, in servizio in una sede in provincia di Firenze ha richiesto un trasferimento interprovinciale quale familiare “referente unico” di persona inabile, sì che *«secondo una piana lettura delle norme de quibus, ella avrebbe avuto diritto esclusivamente alla precedenza nelle procedure di assegnazione provvisoria, pure previste dal CCNL del comparto scuola e distintamente disciplinate in sede di contrattazione integrativa, oltre al punteggio aggiuntivo per il ricongiungimento familiare (che comunque pacificamente nella specie non le avrebbe consentito di ottenere l'assegnazione a una sede di sua preferenza e quindi anche solo prossima al luogo di residenza del familiare assistito). Non avrebbe potuto beneficiare invece di alcuna precedenza nel richiesto trasferimento interprovinciale».*

Si tratta, d'altra parte, di una conclusione da cui muove la stessa appellante, che assume il proprio diritto dall'affermata nullità delle disposizioni collettive per contrasto con il disposto dell'art. 33 l. 5-2-1992 n. 104 e dell'art. 601 d.lgs. 16-4-1994 n. 297.

Orbene, come evidenziato nel precedente richiamato, *«secondo la prima disposizione, per quanto qui interessa, i soggetti indicati al comma 3 della norma e quindi i lavoratori dipendenti, pubblici o privati, che assistano “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” hanno “diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere” e non possono essere trasferiti “senza il suo consenso ad altra sede”».*

L'art. 601 d.lgs. 16-4-1994 n. 297 stabilisce, poi, 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.*

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

Orbene, secondo gli approdi esegetici del giudice della nomofilachia (v., tra le altre, di recente, Cass., 1-3-2019 n. 6150), da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, la norma di cui all'art. 33, comma 5, l. 1992 n. 104, sul diritto del lavoratore dipendente, pubblico o privato, *«che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado [...]»* di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio – conformemente alla *ratio* che vi è sottesa di favorire l'assistenza al coniuge, parente o affine handicappato – 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» (Cass., 12-10-2017 n. 24015; Id., 22-3-2018 n. 7120).

L'art. 33, comma 5, l. 1992 n. 104 disciplina, infatti, uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di *handicap*, attraverso l'agevolazione del 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 (così Cass., 15-1-2016 n. 585) «*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 (v. Cass., 7-6-2012 n. 9201 la quale ha rimarcato che 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 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 e più volte evidenziato la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile), quanto nel caso che venga invocato per ottenere il trasferimento (v. Cass. 3-8-2015 n. 16298, ove il dato interpretativo letterale viene

rafforzato «in via comparativa con il sesto comma (che ne ricalca il dettato, a tutela della “persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità”)»).

Sembra allora necessario concludere, come affermato da questa Corte nel sopradetto precedente, «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, come ancora osservato nel pronunciamento soprarichiamato, «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 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 Giustizia, nella decisione, 11.4.2013, HK Danmark C-335/2011, 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” (così testualmente Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C-354/13, FOA e giurisprudenza ivi citata), 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” (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 periodo (sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; e sentenza 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punto 54).

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”.

E' 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 da questa Corte 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.

D'altronde, risulta comprovato che l'appellante svolge effettivamente, unica tra i familiari ad essere in grado di farlo, la necessaria attività di assistenza al padre, sì che opera il diritto dell'Unione, con ogni corollario in punto di obbligo di interpretazione conforme da parte di questa Corte.

Ciò posto, è da valutarsi, allora, se la norma collettiva (del C.C.N.I. relativo alla mobilità del personale docente per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22) – la quale non vincola l'amministrazione scolastica ad assicurare ai lavoratori che, come la xxxxxx, 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 che non è agevole individuare quale “onere sproporzionato” costituirebbe per l'amministrazione (gravata, peraltro, dell'onere della prova delle circostanze ostative all'esercizio di quel diritto: v., per tutte, Cass.,18-1-2021 n. 704)

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

Si tratta, tuttavia, di un tema che rimane estraneo alla presente controversia, posto che risulta che, nella specie, nel corso della procedura di mobilità, alcuni posti sono stati destinati in una delle sedi di preferenza e nella classe di concorso dell'odierna appellante a lavoratori non portatori di alcuna precedenza (di nessun genere, quindi certamente non di una precedenza legata alla riferibilità del fattore di protezione disabilità, eventualmente associata).

Ora, come già osservato nel precedente soprarichiamato, *«quanto a questi ultimi lavoratori (i candidati non portatori del fattore di protezione), che sarebbero obiettivamente svantaggiati dal diritto di precedenza attribuito a tutti i colleghi che assistano familiari disabili, in quanto tale precedenza varrebbe a superare eventuali punteggi potiori, rileva la Corte 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 da questo giudicante nel precedente *de quo*, «*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, secondo la Corte (in tal senso in consapevole dissenso rispetto a Cass., 22-2-2021 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 per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22, che non attribuiscono nella procedura di mobilità ai lavoratori che, come

l'odierna appellante, assistano familiari disabili diversi dai figli, un diritto di precedenza rispetto a lavoratori non portatori del fattore di protezione disabilità.

La domanda dell'appellante diretta a far valere tale diritto di precedenza, derivante dalla norma dell'art. 33 l. 1992 n. 104, come interpretata alla luce del contenuto precettivo della direttiva 2000/78/Ce, è da ritenersi, quindi, fondata.

Pertanto, in accoglimento dell'appello e in riforma della decisione gravata, deve essere dichiarato il diritto di xxxxx ad ottenere il trasferimento, dall'anno scolastico 2019/2020, per la classe di concorso A046 o in subordine per il posto sul sostegno, in una delle sedi di sua preferenza degli Ambiti territoriali di Ragusa o di Catania o di Caltanissetta, e, per l'effetto, il Ministero dell'Istruzione (già Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca) deve essere condannato a provvedere di conseguenza.

La novità e la particolare complessità delle questioni controverse, testimoniata dalla diversità degli orientamenti giurisprudenziali, giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, ogni contraria istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo, in accoglimento dell'appello proposto avverso la sentenza n. xxxx del Tribunale di Firenze e in riforma della decisione gravata dichiara il diritto di xxxxxxxx ad ottenere il trasferimento, dall'anno scolastico 2019/2020, per la classe di concorso A046 o in subordine per il posto sul sostegno, in una delle sedi di sua preferenza degli Ambiti territoriali di Ragusa o di Catania o di Caltanissetta e condanna il Ministero dell'Istruzione a provvedere di conseguenza.

Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

FIRENZE, 28-10-2021

La Presidente est.

dott.ssa xxxx

NOTA

La divulgazione del presente provvedimento, al di fuori dell'ambito strettamente processuale, è condizionata all'eliminazione di tutti i dati sensibili in esso contenuti ai sensi della normativa sulla privacy di cui al d.lgs. 30-6-2003 n. 196 e successive modificazioni e integrazioni.