

**AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI
GENOVA**

Viale Brigate Partigiane, n. 2

Tel. 010-530831 – Fax 010-591613

C.F. 80101740100 – Pec.: ads.ge@mailcert.avvocaturastato.it

CT. 1087/19

Avv. Giorgio Lembeck

CORTE D'APPELLO DI GENOVA

SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO EX ART. 433 C.P.C.

per

Il **Ministero dell'Istruzione**, (già Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Genova, viale Brigate Partigiane, n. 2, è domiciliato

ricorrente in appello

contro

CALVARUSO GIOVANNA, rappresentata e difesa dall'Avv. Dino Caudullo, ed elettivamente domiciliata presso l'avv. Luigi Alberto Zoboli, in Genova, Via Fieschi 10.

resistente in appello

per la riforma

della sentenza n. 315/2020 pubblicata in data 08/09/2020, non notificata, emessa *inter partes* dal Tribunale di Genova, sezione Lavoro, in persona del G.L. Dott.ssa Giovanna Golinelli;

FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

Con ricorso depositato il 5 luglio 2019, la Sig.ra Calvaruso Giovanna ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca sostenendo di essere docente di scuola secondaria di secondo grado, immessa in ruolo a decorrere dall'anno

2015/2016 mediante la “Fase C” del piano straordinario di assunzioni previsto dalla l. 107/2015, tramite reclutamento dalle graduatorie provinciali ad esaurimento (GAE).

Inoltre, dichiarava di essere stata assunta a Genova su sede provvisoria e di essere rimasta assegnata a Genova nonostante avesse indicato nelle procedure di mobilità straordinaria per l’a.s. 2016/2017 per primi gli ambiti della Regione Sicilia.

La Sig.ra Calvaruso sosteneva che le fossero stati preferiti docenti privi di precedenza alcuna poiché non le era stata riconosciuta la precedenza dovuta ai sensi della l. 104/92 quale referente unico per l’assistenza della madre disabile.

Pertanto, contestava la legittimità delle previsioni del CCNI nella parte in cui prevedeva il diritto di precedenza per soggetti nella sua posizione solo nelle assegnazioni in fase provinciale e non anche in quella interprovinciale.

Lamentava, inoltre, l’illegittimità del meccanismo di mobilità previsto dal CCNI, che a suo dire sarebbe stato irrispettoso del principio meritocratico della graduatoria che aveva portato all’assegnazione di posti, con precedenza sugli altri appartenenti alla “fase C”, a favore di partecipanti al concorso di merito 2012, mediante accantonamento di posti loro riservati, sebbene fossero risultati solo idonei e non vincitori di concorso, di modo che le erano stati preferiti docenti aventi pari punteggio, ma privi di titoli di precedenza.

La ricorrente inoltre sollevava questione di legittimità costituzionale del meccanismo applicato in violazione degli artt. 2, 3, 4, 31, 51, 96 della Costituzione.

Infine, concludeva chiedendo l’accertamento del proprio diritto ad essere trasferita in Sicilia o negli altri ambiti richiesti, secondo la preferenza indicata con precedenza ai sensi della l. 104/1992.

Il Ministero dell’Istruzione si costituiva in giudizio e contestava quanto sostenuto dalla ricorrente, evidenziando la legittimità delle disposizioni contenute nel CCNI in relazione ai trasferimenti interprovinciali, tenendo conto del fatto che la norma dell’art. 33, comma 5 l. 104/92, non prevede un diritto assoluto del dipendente titolare della tutela di cui all’art. 3 della medesima legge, al trasferimento presso la sede di servizio più vicina al domicilio della persona disabile che deve assistere; tale norma, con la

locuzione “ove possibile”, esprimerebbe, invece, un principio che resta pur sempre condizionato alla effettiva possibilità di trasferimento.

La previsione di cui all’art. 13, punto V del CCNI 8.4.2016 in materia di mobilità del personale docente educativo ed ata per l’anno scolastico 2016/2017 avrebbe predeterminato i casi nei quali l’esercizio del diritto attribuito dalla legge al parente del disabile, “è possibile” e quelli in cui non lo è.

Inoltre, il Ministero rilevava la legittimità del meccanismo contrattuale di priorità dei docenti immessi in ruolo da concorso rispetto a quelli immessi in ruolo da GAE, meccanismo che avrebbe determinato l’esclusione della ricorrente a favore di altri docenti con minor punteggio e minore anzianità.

Chiedeva, quindi, il rigetto del ricorso.

Il Tribunale di Genova, sezione lavoro, accoglieva il ricorso pronunciando unicamente in ordine alla prima censura mossa nel ricorso e ritenendo che:

-l’art. 13 CCNI fosse da dichiararsi nullo in quanto consentiva di attuare la tutela dei lavoratori-figli di genitori disabili solo in fase provinciale e non per i trasferimenti interprovinciali;

-“le norme della legge 104/1992 costituiscono una lex specialis rispetto alle norme di carattere generale in materia di trasferimenti e assegnazioni ed in particolare, costituiscono un limite ulteriore rispetto a quello previsto dall’art. 2013 c.c. delle “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive” che consentono al datore di lavoro di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa. Da tale complesso di norme e principi, non può, quindi, che dedursi che l’unico limite che può essere opposto dalla P.A. alla scelta del lavoratore titolare della precedenza di cui all’art. 33 l. 104/1992, è quello relativo alla individuazione delle sedi da coprire mediante la procedura di mobilità, scelta questa sola, insindacabile.

Nell’ambito delle sedi così determinate, invece, il diritto di preferenza del titolare è assoluto rispetto a quello degli altri aspiranti privi del medesimo titolo di preferenza, dovendosi interpretare la locuzione “ove possibile” nel senso di “in ogni caso di possibilità”.

Pertanto, il Giudice del Lavoro di prime cure non riscontrava motivi per non preferire il candidato tutelato dalla l. 104/1992 durante le procedure per il posto messo a concorso. Inoltre, siccome non vi era prova del fatto che la ricorrente non avrebbe potuto essere assegnataria dei posti per i quali aveva chiesto di essere preferita, nell'ordine dalla stessa indicato se l'Amministrazione avesse tenuto conto del suo diritto di precedenza ai sensi della l. 104/92, quale referente unico per il genitore disabile, il Tribunale accoglieva la domanda principale ritenendosi, pertanto, esente dall'analisi delle domande subordinate.

Quindi, il Tribunale di Genova con sentenza n. 315/2020 *“dichiara[va] nullo il CCNI sulla mobilità per gli anni scolastici 2016/2017 e 2017/2018, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale ai docenti che prestano assistenza in qualità di referente unico al genitore disabile grave”* e per l'effetto *“dichiara[va] il diritto della ricorrente a vedersi riconoscere la precedenza nella scelta della sede disponibile, tra quelle da lei indicate nella domanda di mobilità interprovinciale, nella regione Sicilia, per l'assistenza in qualità di referente unico del genitore disabile grave”*, condannava poi, il Ministero a rifondere le spese di lite alla Sig.ra Calvaruso.

La suddetta sentenza è erronea e merita dunque di essere riformata per le seguenti ragioni di

DIRITTO

1) Sull'insussistenza della nullità rilevata. Violazione degli artt. 1418 c.c. e 33 l. n. 104/1992 nonché 601 d.lgs. n. 297/1994.

L'accoglimento della domanda transita attraverso l'affermazione della nullità della disposizione dettata dall'art. 13 CCNI in materia di precedenza ai lavoratori che assistono disabili.

Essa appare tuttavia erronea, ed a sua volta trae le mosse da una lettura non convincente del sistema di disciplina della mobilità inerente i parenti di disabili, oltre che da un lacunoso approccio alla disciplina negoziale collettiva.

La sentenza impugnata afferma che: *“Il quinto comma dell’art. 33 l. 104/2020 prevede che: “Il genitore o familiare lavoratore con rapporto di pubblico impiego 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 proprio consenso ad altra sede.*

L’art. 13 CCNI per la mobilità del personale docente per l’anno scolastico 2016/2017, prevede la precedenza del personale che presti assistenza al coniuge o al figlio o che sia referente unico del genitore disabile (come nel caso di specie), prevedendo per tale lavoratore il diritto di usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria.

In tal modo, la tutela viene attuata solo nella fase provinciale e non viene riconosciuta, invece, nei trasferimenti interprovinciali”. E quindi “dichiara nullo il CCNI sulla mobilità per gli anni scolastici 2016/2017 e 2017/2018, nella parte in cui nega il diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale ai docenti che prestano assistenza in qualità di referente unico al genitore disabile grave”.

Tale decisione non pare condivisibile.

Al riguardo, si osservi che nell’ambito dell’art. 13 punto V del CCNI del 8.4.2016, in materia di mobilità del personale docente educativo ed ata per l’a.s. 2016/2017 è stata pattizamente regolata l’ *“assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale”.*

La disposizione, che articola in modo complesso una disciplina bilanciata dei trasferimenti per assistenza a familiari disabili, consentendoli in talune ipotesi, e variamente condizionandoli o negandoli in altre, recita, nel suo quart’ultimo capoverso *“Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall’autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità, obbligati all’assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di*

assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità”

Pertanto, la disposizione non contempla il figlio quale destinatario della precedenza per il trasferimento interprovinciale, comunque prevista, invece, per le operazioni di assegnazione provvisoria.

Erra, inoltre, il Tribunale ad invocare l’art. 33 c. 5 l. 104/1992 quale fonte diretta del diritto al trasferimento richiesto dalla Sig.ra Calvaruso, poiché tale disposizione prevede che *“il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, **ove possibile**, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*.

Ciò che emerge dalla lettura della sopra indicata norma è che per il lavoratore indicato al terzo comma non sorge un diritto incondizionato al trasferimento, anzi, tale evento è subordinato all’effettiva possibilità. Infatti, se il legislatore avesse voluto indicare come incondizionato il diritto in questione non avrebbe inserito la locuzione “ove possibile”. Invece, così facendo, ha introdotto la possibilità di bilanciare il trasferimento con altri diritti e situazioni giuridicamente rilevanti.

A sostegno di ciò si guardi la sentenza della Corte di Cassazione Sezione Lavoro n. 585/2016 con quale si afferma *“**il diritto a scegliere la sede di lavoro attribuito dall’art. 33, comma 5, legge n. 104 del 1992 ai familiari di soggetti portatori di handicap non è assoluto, potendo essere esercitato “ove possibile”***.

Inoltre anche il Consiglio di Stato si è più volte espresso nel senso che *“l’istituto di cui all’art. 33, 5 comma della legge 104/92, in tema di scelta della sede lavorativa più vicina al familiare portatore di handicap assistito, non è l’unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno del malato e, comunque, la posizione giuridica di vantaggio ivi prevista non è illimitata, potendo essere fatta valere soltanto “ove possibile”. **Ne consegue che la norma non configura in realtà un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì un semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede di servizio ove possibile**”* (Cons. St. sentenza n. 1828 del 28.03.2012).

Ancora: *“l'Amministrazione può ... opporsi al beneficio del trasferimento richiesto per prestare assistenza al familiare affetto da handicap grave solo in presenza di esigenze di servizio incompatibili con l'assegnazione del dipendente alla sede invocata, ma poiché la richiesta di assegnazione/trasferimento si presenta suscettibile di accoglimento solo « ove possibile », difetta un diritto del dipendente alla concessione dell'agevolazione e compete piuttosto all'Amministrazione accertare se, pur in presenza di posti vacanti in organico, si oppongano all'assegnazione alla sede richiesta valutazioni legate ad esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio”* (Tar per l'Emilia Romagna, Bologna, 5 aprile 2016, n. 379).

Pertanto la disposizione di cui all'art. 33, 5 comma, della Legge n. 104/1992 **non** si presenta, già in astratto, per la sua portata e struttura – che **non** la rende qualificabile alla stregua di norma imperativa -, come idonea a cagionare la nullità di cui agli artt. 1418 e 1419 c.c. della clausola di cui all'art. 13 CCNI, **clausola che ha proprio lo scopo di stabilire le condizioni di (possibile) esercizio di tali posizioni soggettive attribuite.**

Inoltre, è ancora opportuno osservare che l'art. 33 l. n. 104/1992 non attribuisce un diritto assoluto e perfetto all'assegnazione alla sede di servizio più prossima alla residenza dell'assistito; legittimamente, nel regolare la materia delle precedenzae, e nell'individuare in via generale le ipotesi in cui il riconoscimento di tale precedenza è praticabile, le parti sociali hanno convenuto che tale precedenza dovesse essere in ogni caso garantita ai genitori di disabili o ai tutori; ovvero al coniuge, sebbene già in posizione deteriore; mentre al figlio potesse essere riconosciuta solo con riferimento alle operazioni di assegnazione provvisoria.

Col che, comunque, hanno concretamente plasmato una disciplina per la quale ai figli di persone in condizioni di disabilità grave è di fatto comunque consentito, *ove possibile*, e previa domanda, prestare servizio nella provincia di residenza dell'assistito.

Insomma, la disciplina complessiva risultante dall'art. 13 del CCNL non è affatto in contrasto con la norma dettata dall'art. 33 l. n.104/1992, costituendone anzi

un'applicazione legittima, che cala nella realtà organizzativa dell'amministrazione scolastica i principi generali che essa esprime.

Né evidentemente si poteva immaginare che la contrattazione collettiva rimettesse ad una valutazione in concreto, caso per caso, la materia delle precedenzae. Trattandosi, appunto, di precedenze, e dunque di assegnazioni sottratte al meccanismo paraconcorsuale della mobilità, e della valutazione comparativa dei punteggi, necessitava una regolazione per così dire a priori, di carattere generale ed astratto, che prescindendo dalla disponibilità dei singoli posti.

Né si può ritenere che l'unica disciplina contrattual-collettiva compatibile con la disciplina di legge sia quella che attribuisca a tutti i lavoratori della Scuola che assistano parenti disabili ex art. 3 l. n. 104/1992 il diritto al trasferimento nell'ambito o nel Comune di residenza della persona assistita; ch  una simile impostazione comporterebbe l'impossibilit  della contrattazione collettiva di regolare la materia, se non addirittura la vanificazione od abrogazione dell'inciso "ove possibile".

Inoltre, del tutto erroneo   il riferimento all'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, che il Tribunale invoca – seppur non in modo evidente – quale ulteriore parametro violato di legittimit , ovvero quale disposizione imperativa infranta dalle parti sociali (pag. 7 sentenza impugnata).

Esso recita *"1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilit "*.

Non se ne pu  evidentemente trarre che, diversamente dalla disposizione di carattere generale recata dall'art. 33 l. n. 104/1992, la disposizione speciale recata dall'art. 601 non prevederebbe limiti al proprio contenuto precettivo.

In proposito, pare di poter dire che quello operato dall'art. 601  , in entrambi i suoi commi, in assenza di esplicita e letterale indicazione contraria, un **rinvio integrale** alle

disposizioni degli art. 21 e 33 della l. 104/92 ed, essendo tale, include anche la locuzione “**ove possibile**”. Escluderla dalla norma ricavabile dalla succitata disposizione appare un procedimento non fondato su alcun argomento giuridicamente e logicamente condivisibile, né sul piano letterale, come evidenziato poc’anzi, né, come verrà successivamente illustrato, su quello sistematico.

Al riguardo, si osserva come il secondo comma dell’art. 601 vada interpretato in dipendenza dal primo e non come se fosse “divelto” da esso: sarebbe distonico separare il primo comma dell’art. 601 dal secondo e desumere che la locuzione “ove possibile” si applichi solo nell’ambito di rimando del primo comma ed affermare che i casi di cui al secondo comma sarebbero esclusi dalla portata applicativa del rinvio di cui al primo comma.

Ciò sarebbe implausibile, in quanto, e per l’assenza di esplicita indicazione letterale, e per la *sedes materiae*, appare corretto guardare al contenuto del secondo comma dell’art. 601 come una norma di specificazione di quanto previsto al primo comma- e ricompresa in esso- e non una norma di esclusione, “creatrice” di una *lex specialis* derogatrice rispetto alla *lex generalis*.

Deve insomma essere preferita l’interpretazione costituzionalmente orientata (peraltro non solo possibile, ma pure più aderente a tenore letterale della norma e sua collocazione sistematica), secondo cui anche al personale della scuola i diritti ex art. 33 l. n. 104/1992, come declinati dall’art. 601, c. 2 d.lgs. n. 297/1994 *spettano se ed in quanto possibile; e a riempire di contenuto tali condizioni e forme di esercizio, ha pensato del tutto legittimamente la contrattazione collettiva integrativa di cui ingiustificatamente si è chiesta ed ottenuta la declaratoria di nullità ex adverso.*

In conclusione, deve stimarsi che le disposizioni di rango primario istitutive dei diritti in tesi incisi dalla contrattazione collettiva integrativa legittimino il legislatore secondario, e vieppiù le parti sociali a dettare una regolazione di carattere generale della materia delle precedenze, individuando le ipotesi in cui la loro attribuzione sia operativamente possibile e regolandone l’esercizio; e che l’art. 13 CCNI 8.4.2016 abbia dettato tale disciplina in materia rispettosa dei principi di fonte primaria in materia,

escludendo l'attribuzione generalizzata ed incondizionata della precedenza in quei casi in cui essa ne sarebbe stata impossibile l'attuazione, e viceversa contemperando l'esigenza di un regolare andamento della complessa procedura di mobilità oggetto di regolazione coll'interesse tutelato all'avvicinamento alla residenza dell'assistito, garantita dalla possibilità di ottenere l'assegnazione provvisoria nella relativa provincia.

Si tratta di una scelta dai caratteri marcatamente organizzativi, che, fuor dall'essere lesiva di una qualsivoglia posizione *intangibile* del lavoratore, si pone in una linea di continuità con i dettami costituzionali, in materia di buon andamento dell'Amministrazione; per l'evidente insostenibilità di una regolamentazione che attribuisse una generalizzata precedenza nei trasferimenti interprovinciali ai figli di soggetti con disabilità, cui ha riconosciuto, di contro, la precedenza ai fini delle assegnazioni provvisorie.

In altri termini, nella sede della contrattazione collettiva, e nella consapevolezza – che in quella sede massimamente si può raggiungere e valutare – della difficoltà, per non dire impossibilità operativa, già sul piano statistico, di una disciplina che attribuisca a tutti i docenti che assistono parenti con disabilità la precedenza assoluta in sede di mobilità, si è dunque ritenuto di modulare l'attribuzione e l'esercizio del diritto al ricongiungimento; attribuendolo, condizionatamente, per l'ipotesi di trasferimenti endoprovinciali e, anche nei trasferimenti interprovinciali, per i casi in cui il disabile è il figlio o discendente – situazioni numericamente meno imponenti e di maggiore impatto sociale; e di limitarlo alla fase delle assegnazioni provvisorie allorché il disabile da assistere sia l'ascendente; si tratta, infatti, di una situazione ricorrente in modo **massivo** ed impediente una soluzione di generalizzata attribuzione della precedenza ai lavoratori, che non restano comunque privi di tutela atteso che la contrattazione integrativa attribuisce comunque loro il diritto alla precedenza nell'ambito delle operazioni di assegnazione provvisoria di cattedre dell'ambito di residenza del parente disabile assistito.

Sia consentito osservare che la tesi che qui si è patrocinata ha trovato il favore della più convincente giurisprudenza

In una fattispecie in tutto e per tutto sovrapponibile a quella che ne occupa, cfr. per l'appunto **Corte d'appello Brescia, 19 febbraio 2019, n. 449/2018**, secondo cui «*In primo luogo, deve osservarsi che secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che può ritenersi ormai consolidato, il diritto di cui al comma 5, del citato art.33, laddove 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, non introduce un diritto assoluto.*

La disposizione, infatti, deve essere interpretata nel senso che il genitore o il familiare lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, 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.

Il 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 o più in generale del datore di lavoro. 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 (Cfr. da ultimo Cass.n.585/2016 e anche Cass.n.18223/2011, Cass.n.1396/2006, Cass.n.12692/2002).

Come visto, la mobilità del personale della scuola, certamente eccezionale per l'anno scolastico 2016/2017, è regolata, oltre che dalla legge, dal CCNI del 2016, il quale con il riportato art.13, con riferimento alle situazioni di handicap, prevede una graduazione nelle precedenze nelle operazioni di trasferimento, assegnando le priorità a seconda delle situazioni che ritiene meritevoli di tutela. 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, coniuge di disabile, ecc...). Lo stesso contratto, per quanto non attribuisca alcuna precedenza nelle altre situazioni rientranti nell'art.33, quali quella della ricorrente (di assistenza al genitore disabile), riconosce comunque per queste situazioni un punteggio aggiuntivo.

Ebbene, ritiene la Corte che simili previsioni non contrastino affatto, ma siano in sintonia con l'interpretazione dell'art.33 accolta dalla Suprema Corte, in quanto predispongono una regolazione del diritto di precedenza che tiene conto delle esigenze di entrambe le parti, personale e pubblica amministrazione, e assegnano a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento.

Ed invero, detta disciplina del diritto soddisfa un'esigenza basilare dell'amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, in un'ipotesi, come quella di specie, di mobilità straordinaria e del tutto eccezionale, che ha visto il movimento di migliaia di docenti, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che, come sopra evidenziato, la legge privilegia.

In pratica, le parti collettive, da un lato, hanno attribuito un diritto di prescelta "assoluto", a coloro che hanno ritenuto versare in situazioni rientranti nell'art.33, più meritevoli di tutela di altre (l'essere handicappati o, in via gradata, l'essere genitori di figli disabili o di coniugi disabili), facendo in questo caso prevalere sempre il diritto del dipendente sulle esigenze organizzative della p.a.; e, dall'altro lato, hanno negato il diritto "assoluto" di prescelta a coloro che versano nelle residue situazioni tutelate dell'art.33 (giova ripeterlo, non in via assoluta, ma soltanto in via condizionata all'assenza di esigenze organizzative contrarie del datore di lavoro), reputate meno meritevoli di tutela, pur riconoscendo comunque al dipendente un punteggio aggiuntivo e, in ogni caso, la possibilità di far valere la precedenza per l'assegnazione provvisoria.

In questa seconda ipotesi, diversamente che nella prima, è stata data prevalenza alle esigenze organizzative della p.a., la quale, come si dirà meglio, essendosi trovata a gestire un fenomeno eccezionale e così imponente, non sarebbe stata in grado di valutare un sistema di precedenza più allargato (tra l'altro, fondato su situazioni concrete non cristallizzate, ma suscettibili di mutare mese per mese, e con riferimento a titoli di preferenza aventi valore solo su ambiti territoriali ristretti, con limitata disponibilità di posti – l'allargamento delle precedenza avrebbe finito per bloccare per lungo tempo la mobilità, comportando una preventiva valutazione da parte del MIUR, caso per caso, di un numero nettamente superiore di precedenza -), e questa prevalenza non fa altro che controbilanciare quella contraria sottesa alla prima fattispecie (ove è stata data prevalenza sempre alle esigenze del dipendente), nell'ambito di quel bilanciamento degli interessi delle parti che impone l'art.33. Oltretutto, il "sacrificio" del diritto del dipendente, limitato dalle esigenze organizzative della p.a., è stato temperato dalla possibilità di far valere comunque un punteggio aggiuntivo collegato allo stesso nell'ambito della mobilità e dalla possibilità di far valere il diritto di precedenza per l'assegnazione provvisoria (assegnazione che, consta a questa Corte, essere disposta quasi sempre).

D'altro canto, non sarebbe neppure ragionevole riconoscere sempre, per ogni situazione riconducibile all'art.33, un diritto di precedenza assoluto, con totale soccombenza delle esigenze organizzative della p.a., come in pratica vorrebbe la ricorrente, appunto perché, come più volte detto, la norma non sancisce affatto un simile principio, ma condiziona il diritto del dipendente alle esigenze organizzative della p.a. (che nell'ambito della mobilità in questione, in assenza delle previsioni in discussione, sarebbero state comunque da valutare caso per caso, con la conseguenza che le operazioni di mobilità avrebbero finito per paralizzarsi).

Si tratta di un assetto degli interessi delle parti del tutto ragionevole e oltretutto deciso in sede di contrattazione collettiva, ove notoriamente sono tutelati gli interessi di entrambe le parti sociali (è bene rilevare che la Suprema Corte, nei precedenti sopra citati, ha affermato la legittimità di discipline contrattuali analoghe, contenenti una

graduazione, in funzione della loro rilevanza, delle situazioni di cui all'art.33 della l.104/1992, ai fini della precedenza nella scelta della sede, e sempre con riferimento a procedure di mobilità di pubblici dipendenti, tra l'altro neppure eccezionali, come quella del caso di specie, ma ordinarie).

In definitiva, concludendo in punto, il motivo di appello in esame deve essere respinto, pur dovendo correggersi la motivazione della sentenza appellata nei termini di cui si è detto, nel senso che deve escludersi che le norme collettive di cui si è trattato sino ad ora, siano affette da nullità (per contrasto con l'art.33 della l.104/1992), come ritenuto, peraltro soltanto incidentalmente, dal giudice di primo grado».

Da quel che precede, e dalla insussistenza di alcuna ragione di invalidità della disciplina contrattual-collettiva, si coglie l'erroneità della decisione qui appellata, di segno contrario, del primo Giudice, che ne ha affermato la nullità.

P.Q.M.

Voglia Codesta Ecc.ma Corte d'Appello, contrariis reiectis:

Riformare o dichiarare nulla la sentenza appellata, rigettando il ricorso.

Con vittoria di spese, competenze e onorari relativi ai due gradi di giudizio.

Si dichiara che la presente causa è di valore indeterminato e che il contributo unificato dovuto deve essere prenotato a debito essendo parte appellante una pubblica amministrazione.

Si producono:

- 1) La sentenza impugnata;
- 2) Gli atti ed i documenti del fascicolo di prime cure;

Genova, 4 marzo 2021

Giorgio Lembeck
Avvocato dello Stato