

**AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO
DI MESSINA**

**CT. 1671/2023
Proc. Casadio**

**CORTE DI APPELLO DI MESSINA
SEZIONE LAVORO
RICORSO IN APPELLO
CON ISTANZA DI SOSPENSIONE DELLA SENTENZA
IMPUGNATA**

Per il **Ministero dell'Istruzione e del Merito - Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia (C.F. 80185250588)** in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'**Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina (C.F. ADS80003660836)** presso i cui uffici, siti in Messina, Via dei Mille, Isol.221, n.65, è ope legis domiciliato PEC ads.me@mailcert.avvocaturastato.it-fax 090674168;

CONTRO

Barna Alessandra, C.F. BRNLSN77E51E532G, nata l'11.05.1977, a Lentini (SR) e residente a Castell'Umberto (ME) via Piave n. 88, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimiliano Fabio C.F. FBAMSM70D28F158V, fax 0941/701160, ed elettivamente domiciliata in Via Sardegna n. 1 Complesso Agorà di Sant'Agata di Militello (ME) presso lo studio dello stesso con domicilio legale presso la PEC massimilianofabio@pec.giuffre.it,

Per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza n. 1595/2023 del Tribunale di Patti-Sezione Lavoro, pubblicata in data 21 agosto 2023 non notificata.

Fatto

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., la docente Barna Alessandra conveniva in giudizio il Ministero in epigrafe innanzi al Tribunale di Patti, al quale chiedeva:



1) L' accertamento e la dichiarazione del suo diritto ad ottenere il trasferimento nel posto normale della c. d. c. A050 - scienze naturali, chimiche e biologiche della scuola secondaria di II Grado per l'a.s. 2022/23 in provincia di Messina, anche in sovrannumero, con il riconoscimento del diritto di precedenza di cui è beneficiaria, ai sensi dell'art. 33 commi 5 e 7 della L.104/92 per l'assistenza alla madre disabile grave (ex art. 3 c. 3 L. 104/92) in tutte le fasi di mobilità dell'a. s. 2022/23 e senza alcuna limitazione, quindi con l'applicazione della precedenza di legge nella III fase di mobilità interprovinciale ed anche nelle fasi I -comunale e II -provinciale, ovvero come per legge, e con la conseguente disapplicazione della limitazione prevista dall'art.13 del CCNI del 27.01.2022, ovvero come per legge, così come indicato in ricorso;

2) In via gradata, l'accertamento e la dichiarazione del diritto ad ottenere il trasferimento nel posto normale della c. d. c. A050 - scienze naturali, chimiche e biologiche della scuola secondaria di II Grado in una delle sedi richieste in domanda di mobilità dell'a.s. 2022/23, e la condanna del Ministero a compiere ogni atto ed attività necessaria all'accoglimento ed esecuzione delle domande, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta occupazione di tale cattedra successiva alle procedure di mobilità in contestazione.

L'Amministrazione resistente si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza del ricorso proposto e insistendo perché venisse dichiarata la legittimità del proprio operato.

Il Tribunale di Patti, con sentenza n. 1595/2023 del 21 agosto 2023, ha accolto il ricorso, così disponendo:

- Accerta e dichiara il diritto di Barna Alessandra a far valere, ai fini delle operazioni di mobilità per l'a.s. 2022/23 il proprio diritto di precedenza per l'assistenza alla madre disabile in condizioni di gravità, ex all'art. 33 comma 5 l. n. 104/92, indipendentemente dalle fasi della mobilità e nei termini meglio indicati in motivazione, e ordina



all'amministrazione convenuta di riassegnarla nella sede che le sarebbe spettata a seguito della corretta applicazione del diritto di precedenza e del punteggio ottenuto, nonché delle preferenze espresse nella domanda.

- Ordina al Ministero dell'Istruzione convenuto di emanare tutti gli atti necessari e conseguenti.

- Condanna il Ministero dell'Istruzione convenuto a pagare alla ricorrente le spese di lite, che liquida in € 259,00 per spese ed € 3.600,00, per onorari, oltre aumento per spese generali nella misura del 15 %, iva e cpa come per legge, da distrarsi in favore del procuratore anticipatorio.

Avverso tale sentenza, palesemente erronea ed ingiusta, il Ministero in epigrafe propone, con il presente atto, appello per i seguenti motivi di

Diritto

Del tutto erroneamente la sentenza che con il presente atto si impugna al fine di pronunciare l'ennesima ingiusta condanna del ministero in epigrafe, ha fondato la propria motivazione sul presupposto dell'illegittimità delle disposizioni di cui all'art. 13 del CCNI del 27 gennaio 2022, per contrarietà al dettato della l. n. 33 l. n. 104/1992.

Nel capo che col presente atto si impugna è affermato, infatti che: *“l'art. 13, comma 1 punto IV del CCNI sulla mobilità del personale docente per l'a.s 2022/25, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell'ambito provinciale il diritto di precedenza dei figlio referente unico per l'assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, realizza un'ingiustificata disparità tra soggetti in posizioni del tutto analoghe (i genitori che devono assistere i figli disabili) e comprime in maniera significativa l'effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate. Sulla scorta di tali premesse, va pure rilevato che l'anzidetta disposizione, nella parte in cui limita il diritto di assistenza al familiare disabile all'esecuzione in sequenza di tutte le operazioni di ognuna delle tre fasi di*



mobilità, risulta in contrasto con i principi di cui alla legge n. 104/92, quale lex specialis a tutela del disabile e non derogabile dalla normativa pattizia sulla mobilità del personale docente”

E ancora: “La determinazione pattizia di far prevalere nella scelta di una sede un docente senza alcuna precedenza, rispetto ad un altro docente portatore di un diritto soggettivo garantito da norme imperative, solo per ragioni prettamente tecniche, non rispondendo ad alcun chiaro interesse dell’amministrazione o ad altri rilevanti interessi pubblici, non rientra nei limiti desumibili da una corretta interpretazione dell’art. 33 co. 5 l. 104/92 ed anzi pare oggettivamente in netto contrasto con il primario interesse pubblico (l’effettiva tutela della salute del disabile) garantito da tale disposizione di legge. Le anzidette disposizioni contrattuali dell’art. 13 CCNI cit. per la mobilità dei docenti per l’a.s. 2022/2025 appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, con il riconoscimento del diritto del ricorrente a partecipare alle operazioni di mobilità 2022/23 facendo valere la precedenza assoluta per l’assistenza al padre disabile ed a inserirla nella relativa domanda, nel rispetto del diritto di cui all’art. 33 co. 5 l. n. 104/92 e del punteggio conseguito”

La questione portata all’esame della Autorità Giudiziaria, tuttavia, viene risolta dal Tribunale di Patti in senso diametralmente opposto rispetto all’orientamento della Corte d’Appello di Messina, la quale, ha più volte definito i giudizi portati al suo esame in senso conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. n.35105/2022), peraltro evidenziati negli atti processuali depositati dalla resistente amministrazione.

Il Ministero dell’Istruzione e del Merito, costituendosi in giudizio, aveva infatti evidenziato che:

“La norma della contrattazione integrativa va considerata quale attuazione della “possibilità” normativamente prevista dall’articolo 33 legge 104, delineando, tra l’altro, i presupposti regolativi del diritto di precedenza, in ragione del bilanciamento



tra gli interessi organizzativi dell'Amministrazione e quelli personali del docente. Infatti, l'articolo 33 comma 5 stabilisce 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".

Nel tempo la giurisprudenza di legittimità (cfr., Cass., S.U., n. 7945 del 2008, Cass. n. 585 del 2016, n. 7120 del 2018, n. 6150 del 2019, n. 20243 del 2020) 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". Si è così posto in evidenza, come tale diritto, a differenza della precedenza nella sede riconosciuta alla persona handicappata dall'art. 21 della legge n. 104 del 1992, deve tener conto di un bilanciamento tra interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro. Per le suesposte argomentazioni, la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali, in esso prevista, non contrasta con la previsione della legge n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la legge n. 104 del 1992 privilegia. La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, pertanto, il riconoscimento della precedenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità, con le esigenze dell'Amministrazione, prevedendola sia pure in via provvisoria, nella mobilità annuale (assegnazione provvisoria), pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni fissate nella mobilità definitiva (trasferimenti), nel rispetto del legittimo bilanciamento



dei diversi interessi che vengono in rilievo. 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.”

Le difese dell'amministrazione erano e sono conformi alle motivazioni espresse dalla Corte d'Appello di Messina in più occasioni:

“Le questioni oggetto del mezzo di impugnazione sono state, nella pendenza del gravame, risolte dalla Corte di Cassazione, con pronunce, di segno convergente (Cass. n. 4677 del 22.2.2021 – non condivisa dal primo giudice - pag. 6/10 poi confermata da Cass. n.35105/2022), in senso sostanzialmente conforme alle tesi del Ministero. A tale orientamento del giudice di legittimità questa Corte intende prestare adesione, non ravvisando valide ragioni per disattenderlo. In sintesi, con i sopra citati arresti, la Suprema Corte ha enunciato i seguenti condivisi principi: a) il diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere riconosciuto dalla L. n. 104 del 1992, art. 33, 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; b) l'art. 97 Cost., impone alle Pubbliche Amministrazioni di organizzare i propri uffici nel rispetto, non del solo principio di efficienza, ma anche di quelli di imparzialità e trasparenza, che si risolvono, sul piano civilistico, nella necessità di agire secondo correttezza e buona fede per cui nelle organizzazioni



complesse, il datore pubblico, a fronte del potenziale conflitto fra più aspiranti al medesimo bene, è tenuto ad adottare criteri predeterminati e trasparenti che tengano conto degli interessi, tutti meritevoli di tutela, dei dipendenti interessati alla mobilità, criteri che, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 40, (nelle diverse versioni succedutesi nel tempo), possono essere oggetto di contrattazione collettiva, sede di elezione privilegiata per il componimento del conflitto fra esigenze contrapposte, in ragione del ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali rappresentative dell'intera categoria dei dipendenti interessati alle operazioni di mobilità; c) L'inciso legislativo "ove possibile", non limita il bilanciamento alle sole esigenze organizzative intese in senso stretto e riferite unicamente all'opportunità o meno di coprire una sede vacante, bensì legittima pag. 7/10 l'apprezzamento degli altri interessi dei quali il datore di lavoro si deve fare interprete e, lascia, pertanto, spazio a graduazioni della precedenza, comunque riconosciuta, che tengano conto anche del legame esistente con la persona affetta da disabilità e che valorizzino, secondo un criterio di normalità, il ruolo che l'aspirante al trasferimento svolge nel nucleo familiare; d) l'esclusione del figlio che assiste il genitore disabile dalla (sola) mobilità interprovinciale previsto in sede di contrattazione decentrata "va valutata nell'ambito della complessiva disciplina dettata dall'art. 13, in considerazione dell'intreccio delle diverse misure ivi previste, che, unitariamente apprezzate, realizzano il bilanciamento di interessi"; e) non è, pertanto, configurabile l'eccezione nullità delle clausole della contrattazione collettiva che vengono in rilievo, perché la tutela della disabilità è comunque complessivamente garantita dalla previsione di punteggi aggiuntivi e della precedenza nelle operazioni di assegnazione provvisoria e di trasferimento infraprovinciale. In altre parole il diritto soggettivo di cui all'art. 33, V comma, non è incondizionato e va temperato con altri valori parimenti apicali; e in tale chiave di lettura la clausola pattizia di cui



all'art. 13 del CCNI mobilità è da ritenersi coerente con l'impianto normativo della l. 104/92 in quanto assegna a ciascuna situazione ivi contemplata, in base alla gravità e alle necessità di assistenza che essa presenta, una precisa tutela, compatibile con le «l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale». L'avere escluso nelle operazioni di mobilità interprovinciale il diritto di precedenza dei lavoratori che esercitano assistenza continua in favore di un genitore ed avere al contempo previsto l'attribuzione di una priorità in sede di assegnazione provvisoria, rappresenta una soluzione confacente alla ratio sottesa alla normativa complessivamente intesa: oggetto di tutela, in effetti, pag. 8/10 non è la posizione del lavoratore, ma quella del portatore di handicap bisognoso di assistenza e di cura e l'istituto della precedenza assoluta in sede di assegnazione provvisoria costituisce criterio idoneo a salvaguardare pienamente l'interesse del disabile, tenuto conto altresì che la relazione di assistenza, per il suo carattere contingente, è intrinsecamente mutevole e, come tale, suscettibile di evoluzione specie per i soggetti di età avanzata.» (sent. n. 371/2023, nella causa n.635/ 2021; si vedano anche, ex plurimis, in termini conformi: CdA Messina nn. 368 e 423 del 2023).

Pertanto, alla luce di quanto appena chiarito, accogliere l'interpretazione fornita dal Tribunale di Patti con la sentenza che si impugna, condurrebbe a stravolgere il complesso sistema della mobilità scolastica, così come disciplinato, non potendo- con tutta evidenza- applicarsi il diritto di precedenza di cui alla l. 104/92 in maniera trasversale, a prescindere dalle fasi cui il docente partecipa. D'altronde, il sistema, così come congegnato dal CCNI, è del tutto rispondente al principio di eguaglianza sostanziale: i docenti partecipanti alla fase provinciale si trovano in una situazione differente rispetto a quelli partecipanti alla fase interprovinciale e ciò in quanto le movimentazioni all'interno della stessa provincia non



determinano un'erosione dei posti destinati dal CCNI ai trasferimenti interprovinciali.

Del resto, è noto che i trasferimenti nel pubblico impiego soggiacciono a precise regole normativamente stabilite.

Dunque, non v'è chi non veda come l'eventuale condivisione della posizione assunta dal Tribunale di Patti determinerebbe un pressoché totale sovvertimento di tali regole, determinando, tra l'altro, palesi disparità di trattamento.

Quanto sopra esposto è stato più volte chiarito e ribadito nella giurisprudenza della Corte di Appello di Messina, con sentenze n. 368/2023, 372/2023, 423/2023, che in copia si depositano, e che hanno annullato le sentenze impugnate dichiarando testualmente: *“Le questioni oggetto del mezzo di impugnazione sono state, nella pendenza del gravame, risolte dalla Corte di Cassazione, con pronunce, di segno convergente (Cass n. 4677 del 22.2.2021,- non condivisa dal primo giudice- poi confermata da Cass. n. 35105/2022), in senso sostanzialmente con forme alle tesi del Ministero.*

A tale orientamento del giudice di legittimità questa Corte intende prestare adesione, non ravvisando valide ragioni per disattenderlo.”

Inoltre si ricorda che l'Amministrazione deve agire nel costante perseguimento dell'interesse pubblico, evitando situazioni di vantaggio di alcuni dipendenti rispetto ad altri, circostanza quest'ultima che si sarebbe senz'altro realizzata ove avesse disposto il trasferimento della ricorrente in violazione della disciplina di riferimento.

Difatti, ove venisse accolta l'interpretazione della norma fornita dal primo giudice, verrebbe sacrificato l'interesse dell'Amministrazione a che vi sia un'ordinaria programmazione dell'impiego del personale, nel pieno rispetto dei ben noti principi di imparzialità e buon andamento.



Sulla base delle argomentazioni esposte, si chiede che, in accoglimento del presente motivo di appello, la Corte di Appello annulli il capo di sentenza con cui il Tribunale ha accertato e dichiarato il diritto di precedenza della ricorrente ex art. 33, comma 5 della l. 104/92 nelle operazioni di mobilità per l'anno scolastico 2022-2023.

Erronea declaratoria di condanna al pagamento delle spese di giudizio.

Alla luce delle suesposte considerazioni, risulta, inoltre, del tutto ingiustificata la statuizione sulla condanna alle spese dell'Amministrazione, liquidate in euro 3.600,00 per onorari oltre euro 259,00 per spese oltre i.v.a., c.p.a. e rimborso delle spese generali.

Un simile importo grava ingiustificatamente e ingiustamente sulle casse erariali, avuto riguardo anche alla serialità del contenzioso oggetto del presente procedimento (atteso che sono pendenti giudizi analoghi) e, nello specifico, alla natura documentale della causa, che non ha comportato nessuna attività istruttoria.

Istanza di sospensione della sentenza impugnata

Alla luce dei più che fondati motivi di appello sopra esposti, nella specie risulta ravvisabile il "*gravissimo danno*" che potrebbe verificarsi nel caso di esecuzione dell'impugnata sentenza.

È palese che l'esecuzione forzata della sentenza impugnata potrebbe determinare danni gravissimi considerato il riflesso che avrebbe sulle graduatorie provinciali e interprovinciali, potendo, in concreto, ledere il principio di continuità didattica posto a tutela degli alunni.

Per giurisprudenza costante, la sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado è rimessa ad una valutazione globale d'opportunità, che tenga conto per un verso della delibazione sommaria della fondatezza



dell'impugnazione e per altro verso della sussistenza di un pregiudizio che il soccombente può subire.

In tale valutazione il profilo della fondatezza dell'impugnazione assume un suo autonomo rilievo, in quanto dinanzi ad un appello destinato ad un sicuro accoglimento, la sospensione potrà essere disposta anche se non vi siano evidenti profili di *periculum* (e ciò al fine di evitare un'esecuzione destinata a divenire illegittima all'esito dell'impugnazione; cfr. Corte di Appello di Roma (ord.), 24.01.2003: *“la sentenza di primo grado oggetto di appello può essere sospesa per gravi motivi anche nell'ipotesi in cui, pur non sussistendo pericoli derivanti dalla sua esecuzione, la sospensione appaia opportuna in ragione della possibile fondatezza dei motivi di gravame”*).

Pertanto, l'Amministrazione in epigrafe chiede che l'adita Corte di Appello disponga inaudita altera parte la sospensione della sentenza impugnata, ovvero fissi apposita udienza per la discussione e la decisione della presente istanza, prima dell'udienza di comparizione delle parti.

x x x

Tutto ciò premesso, l'Amministrazione come in epigrafe rappresentata e difesa, chiede che l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, *contrariis rejectis*, previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, voglia accogliere le seguenti

Conclusioni

Annulare o comunque riformare la sentenza impugnata, rigettando integralmente con qualsiasi formula le domande avverse, e con condanna della appellata al pagamento di competenze e onorari di causa.

Si depositano:

1. Sentenza Trib. Patti del 21/08/2023 Barna Alessandra
2. Comunicazione di cancelleria con stringa di protocollo
3. Fascicolo di primo grado
4. Sentenza CdA Messina n. 372/2023



5. Sentenza CdA Messina n. 368/2023

6. Sentenza CdA Messina n. 423/2023

Ai fini del DPR 115/2002 si dichiara che il valore della causa è indeterminabile e che il contributo unificato va prenotato a debito, secondo le disposizioni di cui agli artt. 11 e 158 del DPR 115/2002 vigenti per le Amministrazioni dello Stato.

Messina, lì 05.09.2023

Chiara Casadio

Procuratore dello Stato

