

STUDIO LEGALE

Avv. Luciano Asaro

Patrocinante in Cassazione

Piazza Regina n. 35 - 91026 Mazara del Vallo

Tel/Fax 0923/941199 - Cell. 329/9711985

E-mail: asaro@inwind.it

Pec: asaroluciano@pec.ordineavvocatimarsala.it

**CORTE DI APPELLO DI CATANIA
SEZIONE LAVORO**

RICORSO IN APPELLO

Per l'Ins. **SOLARINO LOREDANA**, C.F. SLRLDN75C57F258P, nata il 17/03/1975 a Modica (RG), ivi residente nella via Cava Gucciardo Pirato n. 1/D1, Int. 4; elettivamente domiciliata, per il presente atto, in Mazara del Vallo, nella p.zza Regina n. 35, presso lo studio dell'avv. Luciano Asaro (C.F.: SRALCN67L29F061Q), che la rappresenta e difende, giusta procura alle liti rilasciata il 05/12/2023, ed il quale dichiara di voler ricevere gli avvisi di cui agli artt. 133, 134 e 176 C.P.C. a mezzo fax: 0923 - 941199, oppure pec: asaroluciano@pec.ordineavvocatimarsala.it;

- Parte Ricorrente -

CONTRO

- Il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO (GIÀ MINISTERO DELL'ISTRUZIONE)**, C.F.: 80185250588, in persona del Ministro pro tempore, **con sede a Roma, nel viale Trastevere N. 76/A**;
- L'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA**, C.F.: 80018500829, in persona del legale rappresentante pro tempore, **con sede a Palermo, nella via Fattori n. 60**;
- L'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA - UFFICIO IX AMBITO TERRITORIALE DI RAGUSA**, C.F.: 92005900888, in persona del legale rappresentante pro tempore, **con sede a Ragusa, nella via Giordano Bruno n. 2**;
- **Tutti elettivamente domiciliati, nel giudizio di primo grado, presso quest'ultimo Ufficio Scolastico di Ragusa ((Pec: usprg@postacert.istruzione.it))**;
- nonché, per il presente atto, **tutti elettivamente domiciliati per legge presso l'Avvocatura distrettuale dello stato di Catania, C.F. 80014130878, con sede a Catania, nella via Vecchia Ognina n. 149 (Pec: ads.ct@mailcert.avvocaturastato.it)**;

- Parte Resistente -

E NEI CONFRONTI DI:

- **Tutti i controinteressati docenti di scuola primaria, posto comune, trasferiti in provincia di Ragusa, a seguito della procedura di mobilità 2022/2023; nonché tutti i controinteressati docenti di scuola primaria, posto comune, immessi in ruolo in provincia di Ragusa per l'a.s. 2022/2023 (contumaci in primo grado);**

- Controinteressati -

- **Avverso la sentenza n. 946/2023 emessa il 23/11/2023, comunicata via pec il 27/11/2023, dal Tribunale di Ragusa - sezione lavoro, nel proc. n. 2312/2022 R.G.L. (doc. 1), non notificata;**

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO.

Nel giudizio di primo grado, iscritto al n. 2312/2022 R.G.L. presso la sezione lavoro del Tribunale di Ragusa, la sig.ra Solarino Loredana, quale docente di scuola primaria, posto comune, con sede di titolarità presso l' I.C. G. Galilei di Corsico di Milano, ed in assegnazione provvisoria presso l'I.C. "Capitano Puglisi" di Acate (RG), lamentava il mancato trasferimento (interprovinciale) in scuole primarie, posto comune, site nella provincia di Ragusa, ai sensi dell'art. 17, co. 2 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA per l'a.s. 2022/2023, nonché ai sensi dell'art. 135 del CCNL relativo al personale del Comparto Scuola del 2007; a causa del mancato riconoscimento del diritto di precedenza, come referente unica, per l'assistenza prestata alla madre, De Grande Giuseppa nata a Modica (RG) il 20.04.1944, alla quale è stato riconosciuto lo stato di portatore di handicap grave (art. 3 comma 3); in violazione dell'art. 33 - comma 5 della legge 104/92; nonché a causa del mancato riconoscimento del diritto di precedenza rispetto ai docenti neo assunti, ai quali viene riservato il 50% dei posti disponibili, in violazione dell'art. 470 T.U. della scuola.

La procedura di mobilità per l'anno scolastico 2022/2023 era stata, infatti, disciplinata dal C.C.N.I. del 27/01/2022, nonché dall'O.M. n. 45 del 25/02/2022.

Il ricorso di primo grado si fondava quindi su due motivi: uno sul mancato riconoscimento alla ricorrente, nelle operazioni di mobilità relativi all'anno scolastico 2022/2023, del diritto di precedenza per l'assistenza prestata alla madre disabile grave, e l'altro sul mancato

riconoscimento del diritto di precedenza rispetto ai docenti neo assunti in ruolo, ai quali è stato riservato il 50% dei posti disponibili, che così sono stati sottratti alla mobilità.

Il Ministero si è costituito chiedendo il rigetto del ricorso, mentre i controinteressati, sono rimasti contumaci, malgrado ne fosse stata effettuata, su ordine del Giudice, l'integrazione del contraddittorio tramite notifica mediante pubblicazione sul sito internet del Ministero, del ricorso e del decreto di fissazione udienza.

Con la sentenza oggi impugnata, il Tribunale di Ragusa – sezione lavoro ha rigettato il ricorso, in merito al mancato riconoscimento del diritto di precedenza per l'assistenza prestata alla madre disabile grave, in quanto "la ricorrente non ha dedotto di aver chiesto, nell'anno scolastico di presentazione della domanda, il permesso per l'assistenza o il congedo straordinario..." e che pertanto "è irrilevante nel caso di specie la questione su cui si fonda il primo motivo di ricorso, ossia quella della legittimità della disparità di trattamento tra il figlio del soggetto disabile nell'ambito della mobilità provinciale e il medesimo soggetto nell'ambito della mobilità interprovinciale".

La sentenza di primo grado, inoltre, ha ritenuto "Parimenti infondata è la censura relativa alla riserva dei posti a favore dei neo immessi in ruolo di cui all'art. 8 c.c.n.i. mobilità 2022/2023 – 2024/2025, per contrasto con l'art. 470, co. 1, t.u. scuola. Tale ultima disposizione, infatti, deve ritenersi abrogata dalle modifiche apportate dalla l. 107/2015 all'art. 400 del medesimo t.u., che disciplina oggi i concorsi in ambito scolastico".

La sentenza impugnata va riformata perché illegittima per i seguenti

MOTIVI DI APPELLO:

1. NULLITA' DELL'ART. 13 DEL CCNL PER L'A.S. 2022/2023. VIOLAZIONE DELL'ART. 33 - COMMA 5 DELLA LEGGE 104/92. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA COSTITUZIONE. ILLOGICITÀ ED INSUFFICIENZA DELLA MOTIVAZIONE.

Venendo al primo dei motivi di appello, va detto che la ricorrente ha presentato la domanda di mobilità per la scuola primaria, posto comune, per l'anno scolastico 2022/2023, senza tuttavia potere usufruire del diritto di precedenza spettante per l'assistenza prestata alla madre disabile grave, De Grande Giuseppa nata a Modica (RG) il 20.04.1944, alla quale è stato riconosciuto lo stato di portatore di handicap grave (art. 3 comma 3); in violazione dell'art. 33 - comma 5 della legge 104/92.

Infatti, l'art 13 del predetto CCNI deve ritenersi illegittimo nella parte in cui riconosce la precedenza esclusivamente nei trasferimenti provinciali in favore dei figli che assistono il genitore disabile in situazione di gravità ai sensi dei commi 5 e 7, dell'art. 33, della Legge n. 104/92 all'interno e per la provincia ove è ubicato il comune di assistenza, escludendolo per i trasferimenti interprovinciali, per i quali il diritto di precedenza in questione viene accordato soltanto per la mobilità annuale.

La cosa paradossale ed ingiusta è, quindi, che all'interno della stessa provincia viene riconosciuto il diritto di precedenza a docenti che sono già vicino casa, mentre lo stesso diritto viene negato per la mobilità interprovinciale, ossia a chi ne avrebbe maggiore diritto in quanto presta servizio in altre province spesso molto distanti dalla propria residenza, come nel caso di specie.

Malgrado ciò la ricorrente ha ugualmente allegato alla domanda di mobilità telematica i relativi documenti attestanti la disabilità della madre, di cui è referente unica, ed in particolare:

- il verbale Inps del 19/02/2020 (doc. 5), poi confermato dal verbale del 04/07/2022; e
- la dichiarazione di assistenza alla madre disabile.

A ciò si aggiunga che lo stato di referente unica risulta dal certificato di famiglia storico, dal quale si evince che la sig.ra De Grande è vedova, e che può essere assistita soltanto dalla figlia, odierna ricorrente, in quanto gli altri due figli sono deceduti.

La stessa genitrice, inoltre, usufruisce dell'indennità di accompagnamento, come risulta dal decreto di omologa già allegato in primo grado, ad ulteriore dimostrazione del fatto che non può stare da sola e che ha bisogno di assistenza continua.

In tal modo la ricorrente è stata privata della possibilità di essere trasferita in una scuola primaria, posto comune, sita nel comune di Modica, in cui risiede la madre disabile, o in altro comune della provincia di Ragusa, secondo l'ordine delle preferenze espresse dalla ricorrente nella domanda di mobilità a.s. 2022/2023, e secondo le tabelle di vicinorietà rispetto al predetto comune di residenza.

È quindi palese la violazione dell'art. 33 - comma 5 della legge 104/92 che, infatti, relativamente alla scelta e al trasferimento della sede di lavoro, prevede particolari agevolazioni per il lavoratore che assiste un familiare portatore di grave handicap.

Tale normativa, pertanto, non condiziona la richiesta di trasferimento alla preventiva domanda del permesso per l'assistenza o del congedo straordinario, come asserito dal Tribunale di Ragusa.

Peraltro la ricorrente può essersi organizzata diversamente per tamponare le esigenze di assistenza della madre senza dovere ricorrere necessariamente ai predetti benefici.

Inoltre, l'art. 19 della legge 53/2000 ha addirittura eliminato il requisito della convivenza con la persona da assistere, mentre, con l'entrata in vigore della legge 183/2010, non sono più richiesti i requisiti di esclusività e continuità dell'assistenza, anche se, nel caso concreto, sussistono entrambi i requisiti per quanto non più necessari.

La legge n. 183 del 4 novembre 2010 (c.d. collegato lavoro) ha introdotto importanti novità modificando l'art. 33 della legge 104/92 e prevedendo al comma 5 che i destinatari di questa agevolazione sono i soggetti definiti nella nuova formulazione dell'art. 33 - comma 3 legge 104/92.

Il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e a non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede è riconosciuto:

- al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

Il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere è richiamato dalle circolari INPS n. 155/2010, INPDAP n. 1/2011 e dipartimento funzione pubblica n. 13/2010).

È necessario che il familiare da assistere:

- sia in possesso della certificazione di portatore di handicap in condizioni di gravità (art. 3 - comma 3 della legge 104/92) rilasciata dalla apposita commissione operante presso l'Azienda U.S.L. di residenza dell'interessato;

- non sia ricoverato a tempo pieno.

Tali requisiti sono tutti sussistenti nel caso di specie, come si evince dalla documentazione allegata al presente ricorso.

La facoltà di chiedere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio è subordinata alla sussistenza delle seguenti condizioni:

- a) vacanza del posto;
- b) disponibilità del posto, cioè determinazione del datore di lavoro (nel caso specifico “pubblica amministrazione”) di provvedere alla copertura del posto vacante;
- c) bilanciamento degli interessi contrapposti, cioè: l’interesse del lavoratore al trasferimento nella sede richiesta, in funzione di tutela del soggetto disabile, e le esigenze del datore di lavoro-pubblica amministrazione, per il principio di buon andamento del servizio che ha rilevanza costituzionale (art. 97 Cost.).

Inoltre, diversamente da quanto avviene in altri settori della pubblica amministrazione e per altre categorie di dipendenti, per il personale docente non si frappongono valutazioni discrezionali del datore di lavoro in ragione di particolari esigenze organizzative.

La peculiarità del settore “scuola” impone, invece, che tutti i posti vacanti e disponibili vengano coperti con provvista di personale di ruolo o, altrimenti, con personale precario.

A dimostrazione della vacanza dei posti disponibili, va detto intanto che, ai sensi dell’art. 8 comma 5 del C.C.N.I. ai trasferimenti è riservato il 50% dei posti disponibili ed il restante 50% alle immissioni in ruolo.

Inoltre, dal bollettino dei trasferimenti pubblicati dall’Usp di Ragusa in data 17/05/2022, per la scuola primaria, si evince che vi sono stati diversi colleghi della ricorrente trasferiti in provincia di Ragusa, pur non vantando alcun diritto di precedenza (si rimanda a tal uopo ai nominativi indicati nel ricorso di prime cure).

Ciò è stato confermato anche dall’amministrazione convenuta nella rispettiva memoria in cui afferma: “Quanto agli insegnanti che hanno partecipato alla medesima fase della ricorrente e che avrebbero ottenuto un movimento pur non vantando un diritto di precedenza si chiarisce che, come emerge dal bollettino allegato, tutti questi docenti, con punteggi da 137 a 160, avevano un punteggio di gran lunga superiore a quello della ricorrente pari a 12, come emerge dalla domanda di mobilità presentata (all. 9)”.

Inoltre, in data 28/07/2022, l'Usp di Ragusa pubblicava i posti disponibili per le assunzioni in ruolo, da cui risultavano n. 13 posti per la scuola primaria, posto comune.

Ed ancora, con decreto dell'Usp di Ragusa del 03/08/2022, sono stati resi noti i docenti assunti in ruolo, da cui si evince che n. 6 docenti sono stati assunti per la primaria, per posto comune (non si sa che fine hanno fatto gli altri 7 posti previsti in più con il provvedimento precedente).

Tale documentazione comprova, quindi, la sussistenza di posti disponibili nella provincia di Ragusa, in uno dei quali poteva, quindi, essere trasferita l'odierna ricorrente.

Recependo questo orientamento il Tribunale di Catania, con relativa sentenza del 07/04/2022, emessa dal nel proc. n. 7187/2020 R:G.L., ha disatteso l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione nella isolata ordinanza n. 4677/2021 del 22/02/2021, richiamata dal giudice di prime cure, ritenendo che "il citato orientamento del giudice di legittimità non sia ancora consolidato e che, comunque, lo stesso non sia condivisibile per le seguenti ragioni.

Giova, al riguardo, richiamare l'oggetto principale del presente procedimento. Esso è incentrate sulla legittimità delle previsioni del CCNI sulla mobilità del personale docente del 6.3.2019, valevole per gli aa,ss, 2019/2020. 2020/2021, 2021/2022, nella parte in cui riconoscono l'operatività delle precedenzae previste negli artt. 33 1. 104/1992 e 601 d.lgs. 297/1994, negli spostamenti interprovinciali (fase III della mobilità), solo al docente che sia genitore (o equiparato) o coniuge di persona in condizione di handicap grave (secondo la graduazione ivi regolata), e non anche al figlio referente unico di genitore affetto da handicap grave: categoria, quest'ultima, a cui il CCNI riconosce il diritto di precedenza solo nei trasferimenti all'interno del comune o della provincia (fasi I, II della mobilità) ovvero in sede di assegnazione annuale provvisoria.

Tali previsioni, dunque, nei trasferimenti interprovinciali, introducono una differente regolazione della precedenza, tra i soggetti richiamati dall'art. 33, co. 5, 1. 104/1992, a seconda che il docente sia genitore o coniuge ovvero figlio di persona in stato di disabilità grave, riconoscendola nei primi due casi (genitore, coniuge) e negandola per il resto (figlio), e ciò a fronte di una disciplina legislativa che, non solo è espressamente richiamata dall'art. 601 del d.lgs. 297/1994, ma che, nel riconoscere tutela alla persona disabile, non prevede tali differenziazioni, ed anzi equipara le predette categorie".

A detta del medesimo Tribunale di Catania, si tratta, quindi, di capire se la contrattazione collettiva possa intervenire modificando (*in peius*) l'assetto dei rapporti per come risultante dalle disposizioni legislative sopra richiamate, escludendo a monte

che determinate categorie, tra quelle contemplate in pari ordine dalla L. 104/1992, possano fruire della relativa precedenza e del diritto all'assegnazione nella sede più prossima al dis ab il e previsto dall'art. 33, co. 5, 1. 104/1992, a prescindere, quindi, da ogni verifica circa la sussistenza dei presupposti del diritto ed indipendentemente dall'esistenza dei medesimi.

Ebbene il Tribunale di Catania giunge a negare tale possibilità.

Su tale problematica si è formato un orientamento maggioritario seguito da parte di vari Tribunali, che è stato messo in discussione a seguito della suddetta ordinanza della Corte di cassazione n. 4677/2021, che ha deciso in senso favorevole all'amministrazione.

Tuttavia tale decisione, isolata e per di più emessa da una sezione semplice dalla Cassazione, è espressione di un indirizzo minoritario, che si scontra con quello maggioritario fatto proprio non solo dai giudici di merito, ma persino dalla stessa Corte di cassazione.

Tale decisione non è condivisibile, così come hanno già sostenuto diversi giudici.

Ad esempio il Tribunale di Messina, nella recentissima ordinanza cautelare n. 17321 del 02/08/2021, che viene ora allegata (doc. 2), così afferma a pag. 5: "il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protetti, ossia l'interesse dell'invalido ad avere garantita l'assistenza familiare, da un lato, e l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e alla efficiente gestione della mobilità del personale, è stato operato dall'art. 33 della legge n. 104/1992, espressamente richiamato dall'art. 601 d.lgs. n. 297/1994, sicchè – contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021 – non può essere operato in modo difforme per effetto della contrattazione collettiva".

Allo stesso modo il Tribunale di Catanzaro, nella sentenza n. 423 del 25/06/2021, che pure si allega (doc. 3), condivide l'orientamento maggioritario riportato in premessa, e cita l'orientamento minoritario espresso nella succitata ordinanza n. 4677/2021 della Suprema Corte solo per giustificare la compensazione delle spese di lite.

Trattasi di un orientamento maggioritario seguito, tra gli altri, anche dal Tribunale di Trapani (tra tutte si veda la sentenza n. 301/2020 emessa il 24/06/2020, già prodotta in primo grado: doc. 15), secondo cui "Neppure è possibile dubitare dell'applicabilità al caso di specie della norma appena riportata, posto che, con riferimento al settore scolastico, l'art. 601 del D.lgs. 297/94 la richiama espressamente affermando che *"i diritti delle*

persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico” e aggiungendo che “Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”.

“È quindi palese la violazione dell’art. 33 L. 104/92 e dell’art. 601 D.lgs. 297/94 ad opera della normativa pattizia del 2019, in senso chiaramente sfavorevole per il lavoratore. Va quindi ravvisata la nullità parziale di quest’ultima relativamente alla parte in cui, negli artt. 13 e 14 del CCNI, il diritto di precedenza di cui all’art. 33 L. 104/92 viene escluso con riferimento alla mobilità interprovinciale”.

“Il solo limite al diritto di precedenza dello stesso (limite desumibile dalla locuzione “ove possibile” contenuta nello stesso art. 33 della L. 104/92) è infatti rappresentato dalla eventuale mancanza in organico di un posto libero nella sede domandata dal lavoratore”.

A detta della Suprema Corte, atteso anche il tenore dell’art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite sopra citata, deve ritenersi che, anche in relazione all’assegnazione del posto di lavoro, il diritto del disabile all’assistenza – tutelato tramite l’assegnazione del familiare che gli presta assistenza nel posto di lavoro sito nel luogo il più vicino possibile al domicilio dell’assistito – sia un diritto assoluto (Cass. n. 9201/2012 - 25379/2016).

Va aggiunto poche, come sottolineato dal Tribunale di Trapani, con sentenza n. 87/2020 (doc. 16), *“la prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede fa carico poi (...) sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più favorevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 2103, ultimo comma, c.c.”* (Sez. Un. n. 7945/2008 cit.).

Il Tribunale di Trapani riprende, inoltre, l’orientamento della Corte di cassazione, ribadito nella allegata ordinanza n. 6150/2019 (doc. 17), secondo cui il diritto di precedenza al trasferimento del lavoratore nella sede più vicina possibile al luogo di residenza del familiare da assistere, richiede un bilanciamento con altri diritti ed interessi del datore di lavoro, che “dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche suscettibili di essere diversamente soddisfatte”.

Nello stesso senso è stata allegata in primo grado anche l'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c., emessa dal Tribunale di Livorno, in data 27/10/2020 (doc. 18).

2. ILLEGITTIMITÀ DEL CONTRASTO IN PEIUS TRA NORME PATTIZIE E NORME IMPERATIVE. ILLOGICITÀ ED INSUFFICIENZA DELLA MOTIVAZIONE.

Appurato che non sussistono nella specie le esigenze organizzative dell'amministrazione che potessero giustificare, data la perdurante vacanza e disponibilità di posti, una contrazione del diritto di precedenza riconosciuto dalla norma in commento, non si può ritenere legittima la violazione del divieto di derogabilità in peius.

Come ha avuto modo di affermare la Suprema Corte a Sezioni Unite (sent. n. 7945 del 27.3.2008): "La posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La rafia di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico=fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. Ed invero il giudice delle leggi — nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma quinto del citato art. 33, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio — ha affermato che la suddetta disposizione richiede come condizione che il lavoratore sia convivente con l'handicappato; ed invero la maggior tutela accordata all'ipotesi in cui il portatore di handicap riceve già assistenza rispetto a quella — altrettanto meritevole di tutela — ma diversa in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto — lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevole finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr. ordinanza Corte Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto anche modo di

ricordare come esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992 ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap, ha anche aggiunto che essa incide sul settore sanitario ed assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare — o di contribuire a far superare — i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992)".

Il rilievo anche costituzionale degli interessi tutelati dall'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992, quindi, rende evidente che la norma in questione ha natura imperativa e, pertanto, la sua violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, codice civile.

Con riguardo ai rapporti tra contratto collettivo e legge, in particolare, vanno richiamati l'art. 2, comma 2, D.lgs. 165/01 in forza del quale *"Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili"*, e l'art. 40 D.lgs. 165 [cit. ai](#) sensi del quale *"Nelle materie relative alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva é consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge"* e *"Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile"*.

Nella vicenda in esame la clausola del CCNI mobilità del personale docente, laddove esclude la preferenza accordata al docente figlio referente unico che assista genitore affetto da handicap in situazione di gravità in sede di mobilità interprovinciale riconoscendola solo per le operazioni di mobilità provinciale appare discriminante e non coerente, in quanto nega la maggior tutela proprio a quei docenti che siano stati assegnati a sedi lontane dalla loro residenza, risultando così manifestamente lesiva della norma

imperativa del citato art. 33 1. 104/1992 e succ. mod., come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Peraltro, contrariamente a quanto affermato dalla Suprema Corte nella succitata sentenza n. 6150/2019, nel caso di specie l'amministrazione non ha fornito prova di esigenze economiche e organizzative incompatibili con il diritto garantito dall'art. 33 co. 5 della legge n. 104 del 1992, tenuto conto che le predette esigenze devono essere non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte.

Ed invero, il Ministero non ha (come correttamente evidenziato dalla ricorrente) provato l'indisponibilità di posti negli Ambiti richiesti dal ricorrente nella domanda, limitandosi ad illustrare le distinte fasi delle operazioni di mobilità e i relativi contingenti, senza tuttavia dimostrare che le proprie esigenze organizzative non fossero suscettibili di essere diversamente soddisfatte; di contro, la ricorrente ha documentalmente provato la sussistenza di posti disponibili sulle sedi richieste in domanda e la loro assegnazione a docenti che non fruiscono della precedenza ex art. 33 L. 104/92, la quale deve precedere ogni altro titolo valido per la mobilità.

Pertanto il mancato riconoscimento del diritto di precedenza in esame è solo frutto di scelte contrattuali ed amministrative che violano la norma imperativa quale è la legge 104.

Così come l'aver suddiviso i posti disponibili in percentuali tra mobilità provinciale, interprovinciale e passaggi di ruolo, è frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione, di cui non è stata fornita prova che non poteva essere diversamente soddisfatta!!!

L'amministrazione scolastica, infatti, ha l'unica esigenza di coprire i posti disponibili con i docenti, ed assicurare il regolare svolgimento delle lezioni secondo il fabbisogno delle singole sedi scolastiche.

Tale esigenza può essere soddisfatta scorrendo le graduatorie e tenendo conto non solo dei punteggi, ma anche delle precedenze: ogni altra scelta è assolutamente arbitraria ed in contrasto con la norma imperativa di cui alla legge 104!!!.

3. 3. VIOLAZIONE DELL'ART. 470 T.U. DELLA SCUOLA IN RELAZIONE AL D. LGS. 165/2001. ILLOGICITÀ ED INSUFFICIENZA DELLA MOTIVAZIONE.

Un altro motivo su cui si fonda il presente ricorso è quello relativo al fatto che la ricorrente non ha ottenuto il trasferimento in provincia di Ragusa, a seguito della procedura di mobilità relativa all'a.s. 2022/2023, malgrado vi fossero dei posti disponibili, ma che sono stati riservati per le nuove immissioni in ruolo.

Il Tribunale di Ragusa, nell'appellata sentenza, afferma quanto segue: "Parimenti infondata è la censura relativa alla riserva dei posti a favore dei neo immessi in ruolo di cui all'art. 8 c.c.n.i. mobilità 2022/2023 – 2024/2025, per contrasto con l'art. 470, co. 1, t.u. scuola. Tale ultima disposizione, infatti, deve ritenersi abrogata dalle modifiche apportate dalla l. 107/2015 all'art. 400 del medesimo t.u., che disciplina oggi i concorsi in ambito scolastico. Quest'ultimo prevede infatti che i concorsi vengano indetti su base regionale su tutti i posti vacanti e disponibili, nonché per i posti che si renderanno tali nel triennio, senza subordinare l'individuazione dei posti da mettere a concorso al previo esperimento delle procedure di mobilità. Orbene, il fatto che i concorsi possano essere indetti esclusivamente per i posti effettivamente disponibili impone una preventiva programmazione che sarebbe del tutto vanificata ove dovesse preferirsi, in termini assoluti, la mobilità alle nuove assunzioni. Ed anzi, la disposizione in esame stabilisce che, nell'indizione di nuovi concorsi, si debba tenere conto di quanto stabilito in tema di mobilità dalla contrattazione collettiva: deve quindi ritenersi che quest'ultima, riservando una quota di posti alle immissioni a ruolo, realizzi il coordinamento tra assunzioni e mobilità necessario alla summenzionata programmazione delle assunzioni".

In realtà proprio l'intervenuta legge 107 subordina l'indizione dei concorsi proprio alla preventiva verifica della disponibilità di posti in ciascuna regione.

Pertanto, interpretando correttamente tale norma, è ovvio che i concorsi debbano essere indetti soltanto nelle regioni in cui vi sia una reale vacanza di posti e dare così priorità alla mobilità!

Tra l'altro, come già detto, in data 28/07/2022, l'Usp di Ragusa pubblicava i posti disponibili per le assunzioni in ruolo (doc. 11), da cui risultavano n. 13 posti per la scuola primaria, posto comune.

Ed ancora, con decreto dell'Usp di Ragusa del 03/08/2022 (doc. 12), sono stati resi noti i docenti assunti in ruolo, da cui si evince che n. 6 docenti sono stati assunti per la primaria, per posto comune.

Di conseguenza, anche a volere condividere, per assurdo, l'assunto del Tribunale di Ragusa, non si sa che fine hanno fatto gli altri 7 posti previsti in più con il provvedimento precedente, né l'amministrazione convenuta ha nulla saputo riferire in merito nella rispettiva memoria di costituzione, mantenendo un assoluto silenzio.

Anche su tale aspetto il Tribunale di Ragusa ha ommesso alcuna motivazione.

Tanto premesso, la ricorrente ribadisce l'illegittimità della predetta normativa contrattuale collettiva di riferimento, dovendo la mobilità del personale già in ruolo prevalere rispetto alle nuove assunzioni.

Infatti, ai sensi dell'art. 470 d. l.vo n. 297/94 (T.U. scuola: doc. 19), le nuove immissioni in ruolo vanno effettuate sui posti (eventualmente) rimasti residui, che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico.

Dunque, la norma primaria attribuisce un'ampia delega alla contrattazione collettiva, ma allo stesso tempo fissa alcuni invalicabili vincoli, tra i quali appunto quello relativo al rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità anche professionale, stabilendo che alle immissioni in ruolo siano riservati sempre e comunque i posti di risulta, dando priorità nella scelta ai docenti già in ruolo che vogliano spostarsi.

La prevalenza della mobilità territoriale e professionale sulle nuove assunzioni è, infatti, prevista - oltre che dalla legge speciale - anche, sul piano generale, dal D. Lgs. 165/2001 (c.d. "Testo Unico del Pubblico Impiego").

Dispone inequivocabilmente in tal senso l'art. 30, D. Lgs. 165/2001: "Sono disposte le misure per agevolare i processi di mobilità, anche volontaria, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni che presentano carenze di organico.

I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dal comma 1. In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale.

2-bis. Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità".

Nello stesso senso, l'art. 6, del D.Lgs. n.165/2001, secondo cui "Le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale".

Si chiede pertanto, sotto tale profilo, che il Giudice, ritenuta l'illegittimità dell'art. 8 comma 5 del CCNI del 27/01/2022, nella parte in cui prevede l'accantonamento di posti in favore delle immissioni in ruolo, in aperta violazione dell'art. 470 d. l.vo n. 297/94, lo disapplichi nei confronti dell'odierna ricorrente, e ne elimini i pregiudizi che le sono derivati con il mancato trasferimento in una scuola primaria - posto comune, sita in provincia di Ragusa. Su tale aspetto si sono pronunciati diversi giudici di merito, tra cui il Tribunale di Trapani, con sentenza n. 275/2021 (doc. 20), il Tribunale di Verona, con sentenza n. 372/2021 (di cui si produce uno stralcio: doc. 21), nonché il Tribunale di Lanciano, con sentenza n. 167/2017 (doc. 22), sentenze già prodotte in primo grado.

4. VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 92 C.P.C. INSUFFICIENTE/OMESSA MOTIVAZIONE.

Un ultimo motivo di nullità della sentenza impugnata, che si formula sia pure in via residuale e subordinata rispetto ai precedenti motivi, deriva dal fatto che il Tribunale di Ragusa, oltre a rigettare il ricorso proposto dalla sig.ra Solarino Loredana, l'ha persino condannata, sulla base della sola soccombenza ed in assenza di altra motivazione, alle spese di giudizio, liquidati addirittura in € 2.900,00: importo sicuramente al di fuori della portata dello stipendio di un'insegnante!!!

Il Tribunale di Ragusa non ha tenuto conto, né fornito alcuna motivazione, in merito al fatto che in materia di diritto di precedenza per assistenza al familiare disabile grave vige un orientamento maggioritario di merito e di legittimità, favorevole alle tesi di parte ricorrente, dal quale la Corte di cassazione si è discostata soltanto con una pronuncia isolata, quale è appunto l'ordinanza n. 4677/2021 del 22/02/2021 più volte citata.

L'art. 92, comma 2, cod. proc. civ. prevede che il giudice, nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero.

Nella sentenza impugnata difetta del tutto una motivazione esauriente sulla condanna della ricorrente alle spese del giudizio, basata soltanto sulla mera soccombenza.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, tale violazione si verifica, in caso di "mancanza della motivazione quale requisito essenziale del provvedimento giurisdizionale", di "motivazione apparente", di "manifesta ed irriducibile contraddittorietà" e di "motivazione perplessa od incomprensibile" (Cass. n. 23940/2017; Cass. SS.UU. n. 8053/2014).

In tema di regolamento delle spese, la nozione di motivazione apparente è stata ricostruita dai giudici di legittimità per mezzo di una fitta serie di pronunce.

In definitiva, la nullità della sentenza ricorre quando la motivazione, benché graficamente esistente, non consenta di risalire al ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, stante la genericità delle argomentazioni che la sorreggono (Cass. n. 14888/2017).

Quindi sussistevano, e sussistono, quantomeno i presupposti per una compensazione integrale delle spese.

Tutto ciò premesso, esposto e dedotto, la ricorrente/appellante Solarino Loredana, come sopra rappresentata e difesa,

**RICORRE AFFINCHÈ
L'ECC.MA CORTE DI APPELLO DI CATANIA
SEZIONE LAVORO VOGLIA:**

Contrariis reiectis

- In accoglimento del proposto appello, riformare la sentenza n. 946/2023 emessa il 23/11/2023, comunicata via pec il 27/11/2023, dal Tribunale di Ragusa - sezione lavoro, nel proc. n. 2312/2022 R.G.L., e, per l'effetto, in accoglimento dei motivi di appello illustrati nel presente ricorso, previa disapplicazione e/o revoca dei provvedimenti legislativi ed amministrativi richiamati in narrativa, ritenere e dichiarare il diritto della ricorrente al riconoscimento, nelle operazioni di mobilità a.s. 2022/2023 (ed in quelle successive), per la scuola primaria, posto comune, del diritto di precedenza di cui all'art. 33 - comma 5 della legge 104/92, in ragione dell'assistenza prestata alla madre disabile grave;
- Inoltre, sempre previa disapplicazione e/o revoca dei provvedimenti legislativi ed amministrativi di cui in narrativa, nella parte in cui prevedono la riserva del 50% dei posti disponibili per le nuove immissioni in ruolo, ritenere e dichiarare il diritto della ricorrente al riconoscimento, nelle operazioni di mobilità a.s. 2022/2023 (ed in quelle successive), per la scuola primaria, posto comune, del diritto di precedenza rispetto alle nuove immissioni in ruolo;
- Conseguentemente ordinare agli enti resistenti, ciascuno per le proprie competenze, di provvedere all'immediato trasferimento della ricorrente in una scuola primaria, posto comune, sita nella città di Modica, o in altro comune il più possibile limitrofo, secondo l'ordine di preferenze espresse nella domanda di

mobilità dalla medesima inoltrata, e delle tabelle di vicinorietà della provincia di Ragusa; eventualmente anche come docente in soprannumero, in attesa che si liberi una sede a seguito dei prossimi pensionamenti;

- Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, con distrazione in favore del sottoscritto avvocato antistatario.

Come mezzo al fine si producono i seguenti:

- **Atti:**
- Ricorso in appello;
- Procura alle liti;
- **Documenti:**
- 1) Sentenza di primo grado appellata, con relativa pec ed attestazione di conformità;
- 2) Ordinanza cautelare n. 17321 del 02/08/2021 del Tribunale di Messina;
- 3) Sentenza n. 423 del 25/06/2021, emessa dal Tribunale di Catanzaro;
- 4) Fascicolo di primo grado;

DICHIARAZIONE DI VALORE

Ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c. si dichiara che il valore della causa è indeterminato.

Salvis iuribus late.

Mazara del Vallo, li 11/01/2024.

Avv. Luciano Asaro