

AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI GENOVA

Viale Brigate Partigiane n. 2, Genova C.F. 80101740100

Tel. 010530831 - Fax. 010591613

PEC: ads.ge@mailcert.avvocaturastato.it

CT 1751-2024

Avv. E. Costa

ECC.MA CORTE DI APPELLO DI GENOVA

SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO

NELL'INTERESSE

del **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO** (C.F.: 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova, presso i cui uffici, siti in Genova, Viale Brigate Partigiane 2, è domiciliato

-appellante-

CONTRO

CARDELLA Arcangela, nata a Licata (AG) il 18/09/1971 ed ivi residente nella via Ciaccio Montalto n. 3, c.f. CRDRNG71P58E573S, rappresentata e difesa in primo grado, anche disgiuntamente, giusta procura su foglio separato in calce al ricorso introduttivo, dall'Avv. Giuseppe Limblici (LMBGPP65B06D514X) e dall'Avv. Francesca Palumbo (PLMFNC85C54A089C) del Foro di Agrigento, con studio sito in Favara (AG) nella via Enrico La Loggia n. 18, ed elettivamente domiciliata presso la PEC dei difensori come risultanti dai registri di giustizia

-appellata-



PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale di Genova, in funzione di Giudice del lavoro, n. 816/2024 resa a verbale *ex art. 127 ter c.p.c.* in data 27.07.2024 (**doc. 1**), emessa all'esito del procedimento R.G. n. 3716/2023, non notificata, con cui il Giudice ha accolto la domanda promossa dall'appellata in epigrafe.

*** ** ***

PREMESSA IN FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

Con ricorso *ex art. 414 cpc* la sig.ra CARDELLA adiva il Tribunale di Genova in funzione di giudice del lavoro esponendo:

-di essere insegnante di ruolo nella scuola primaria su posto comune, titolare ed in servizio presso la Scuola Elementare J. MARIO di Genova;

-di avere presentato, per l'anno scolastico 2023-2024, domanda di mobilità interprovinciale presso il Comune di ricongiungimento (Licata) ed esprimendo la preferenza per comuni e Province della regione Sicilia;

-di rientrare nella categoria di soggetti aventi diritto di precedenza nell'assegnazione delle sedi in quanto moglie che assiste il coniuge disabile in situazione di gravità ai sensi dell'art. 33 co. 5 L. 104/1992 e di aver inserito tale dato e la relativa documentazione nella domanda di trasferimento interprovinciale;

-di non avere ottenuto il trasferimento interprovinciale richiesto, nonostante il punteggio e la precedenza vantata, a causa dell'asserita insufficienza di posti disponibili nelle sedi indicate;

-che nelle sedi prioritariamente richieste nella domanda sono stati assegnati un numero considerevole di posti, sia in seno alla mobilità territoriale a docenti privi di precedenza, sia tramite nuove immissioni in ruolo;

-che tali operazioni di mobilità interprovinciale 2023-2024, che avevano portato alla copertura di un numero considerevole di posti con le nuove immissioni in ruolo in favore di



docenti precari, sarebbero avvenute *contra legem* in quanto lesive del principio sancito dall'art. 470, co. 1, del D.lgs n. 297 del 1994, secondo il quale i trasferimenti interprovinciali dovrebbero prevalere sulle nuove immissioni in ruolo, sicché la mobilità interprovinciale sarebbe dovuta avvenire sul 100% dei posti disponibili;

-che il CCNI sulla mobilità scolastica 2022 (valido per il triennio 2022-2025) sarebbe altresì illegittimo per violazione delle disposizioni di cui all' art. 33, comma 5 e 7, L.104/1992, laddove restringe illegittimamente e illogicamente l'ambito di applicazione di una precedenza che la normativa primaria di riferimento (legge 104/1992) riconoscerebbe in maniera ampia, senza limitazioni all'ambito provinciale in cui è ubicato il comune di residenza del disabile da assistere, come invece previsto dalla contrattazione integrativa;

-che in forza della disposizione del CCNI non le sarebbe stata riconosciuta la precedenza su alcuna delle sedi richieste (della regione Sicilia), precludendole così la possibilità di ottenere una sede quanto più vicina possibile al luogo di residenza del disabile assistito.

Chiedeva, pertanto, previa disapplicazione del CCNI mobilità nella parte di interesse, dichiarare il proprio diritto ad ottenere il trasferimento nella cattedra scuola primaria - posto comune nell'ambito territoriale della provincia di Agrigento o nel comune di Vittoria, a far data dall'a.s. 2023/2024, secondo l'ordine delle preferenze espresse, anche in sovrannumero, tenuto conto anche della precedenza vantata e, per l'effetto, ordinarsi all'Amministrazione convenuta l'adozione tutti gli atti e i provvedimenti consequenziali per l'assegnazione alle sedi richieste.

In particolare, svolgeva le seguenti conclusioni:

“piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa:

1. previo annullamento e/o disapplicazione degli atti di cui in epigrafe, ivi compreso il CCNI mobilità nella parte di interesse, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento nella scuola primaria, a far data dall'a.s. 2023/2024, nella provincia di Agrigento o nel comune di Vittoria, secondo l'ordine delle preferenze espresse, anche in



soprannumero, anche al netto degli accantonamenti disposti per le immissioni in ruolo nell'anno considerato, tenuto conto anche della precedenza vantata;

2. ordinare all'amministrazione intimata di adottare tutti gli atti consequenziali per l'assegnazione nelle sedi richieste;

3. condannare la resistente alle spese di giudizio”.

Si costituiva in giudizio *ex art. 417 bis c.p.c.* il Ministero dell'Istruzione e del Merito sostenendo nel merito l'integrale infondatezza del ricorso avversario.

La controversia veniva trattata in più udienze e in data 27.07.2024 definita con sentenza a verbale *ex art. 127 ter c.p.c.*

Con la sentenza gravata è stato riconosciuto, con riferimento alle operazioni relative all'a.s.2023/24, il diritto al trasferimento interprovinciale della sig.ra CARDELLA, affermando la prevalenza della mobilità interprovinciale sulle nuove assunzioni.

Il G.L., in particolare, riteneva l'art. 8, commi 5 e 6, CCNI mobilità 2022 in contrasto con quanto previsto dall'art. 470 del D.lgs n.297/1994 e l'art. 13 CCNI 2022 mobilità in contrasto con l'art. 33, co. 5 L. 104/1992., così decidendo:

“Accerta e dichiara il diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento presso una sede scolastica nella provincia di Agrigento o nel comune di Vittoria, secondo l'ordine delle preferenze espresse nella domanda, tenuto conto della precedenza vantata;

condanna pertanto il MIM a assegnare alla ricorrente una di dette sedi, secondo l'ordine delle preferenze espresse nella domanda, tenuto conto della precedenza vantata.

Compensa in misura di un mezzo tra le parti le spese di lite.

Condanna il MIM a rifondere alla ricorrente la residua metà delle spese, frazione che liquida in euro 2.500,00, oltre spese generali, IVA, CPA e rimborso c.u..”.

Ritenendo la sentenza di prime cure errata e pregiudizievole dei propri interessi e diritti, il Ministero della dell'Istruzione e del Merito si vede costretto a gravarla nanti codesta Ecc.ma Corte d'Appello onde vederla riformata e, per l'effetto, rigettata la domanda avversaria in prime cure.

L'impugnazione è affidata ai seguenti motivi di



DIRITTO

1. Motivazione illogica, insufficiente, contraddittoria e comunque errata. Errata interpretazione e/o applicazione dell'art. 470, co. 1, D.L. 297/1994; errata interpretazione e/o applicazione dell'art. 8 CCNI mobilità 2022.

Come già sopra evidenziato, il Giudice di prime cure ha erroneamente ritenuto l'illegittimità dell'art. 8 CCNI mobilità 2022 nella parte in cui si pone in contrasto con l'art. 470 del D.lgs n.297/1994 (ritenuta norma inderogabile da disposizione pattizia), prevedendo per le immissioni in ruolo la riserva del 50% dei posti disponibili prima dell'espletamento delle operazioni di mobilità.

In particolare, sul punto, il Giudice di primo grado ha così erroneamente statuito (pag. 5 e 6):

“Ciò detto, va rilevato che l'art. 470 d. lgs. n.297\1994, in quanto precedente all'entrata in vigore della l.n.15/2009, non può essere derogato da disposizione pattizia.

Il successivo d.lgs. n.75 del 2017 (art.1) ha ulteriormente modificato l'art. 2 d.lgs. n.165 /2001, prevedendo che “I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. 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”.

La deroga delle disposizioni di legge, regolamento o statuto riconosciuta alla contrattazione collettiva nazionale opera, dunque, legittimamente nel rispetto dei principi stabiliti dal decreto medesimo e nei limiti delle materie affidate alla stessa dall'art. 40 c.1 che dispone (sottolineatura della scrivente): “Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari,



alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità', la contrattazione collettiva e' consentita nei limiti previsti dalle norme di legge.”.

La norma citata, quindi, prevede la mobilità tra le materie nella quali la contrattazione collettiva è vincolata al rispetto delle norme di legge vigenti relativamente alle quali non è riconosciuta alcuna facoltà derogatoria. Va dunque ribadita la non conformità dell'art. 8 CCNI nella parte in cui si pone in contrasto con l'art. 470 del D.lgs n.297/1994 -che garantisce il completamento delle operazioni di mobilità in via prioritaria rispetto alle immissioni in ruolo- in quanto prevede per queste ultime la riserva del 50% dei posti disponibili prima dell'espletamento delle operazioni di mobilità.

La norma contrattuale nulla va disapplicata e la ricorrente doveva concorrere per la mobilità su tutti i posti disponibili (cfr. doc.7 ric.)”.

Tali affermazioni non sono corrette e dovranno essere riformate.

Il CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA, per il triennio 2022-2025, all'art. 8, commi 5 e 6, prevede:

“5. Per le immissioni in ruolo autorizzate per ciascun anno scolastico del triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25 viene accantonato il cinquanta per cento delle disponibilità determinate al termine dei movimenti effettuati in seconda fase.

6. Le operazioni di mobilità del personale docente, relative alla terza fase, sul restante 50 per cento si realizzano nel triennio di validità del presente contratto secondo le seguenti aliquote: il 25% delle disponibilità è destinato alla mobilità territoriale e il 25% alla mobilità professionale. Tali aliquote sono applicate fatti salvi gli accantonamenti richiesti e la sistemazione del soprannumero provinciale considerando distintamente le diverse tipologie di posto (comune/sostegno)”.

Al riguardo si fa presente che la regolamentazione relativa alla mobilità scolastica è stata riservata dal C.C.N.L. del Comparto Scuola 2016-2018 (art. 22) alla contrattazione collettiva integrativa, che ha legittimamente disciplinato l'ordine di priorità tra le varie operazioni di mobilità ed i criteri e le modalità di formazione delle relative graduatorie, con preferenza per i trasferimenti all'interno della provincia (in conformità a quanto stabilito



dall'art. 465 d.lgs. n. 297/1994) e **mediante riserva** di posti da destinare alle immissioni in ruolo, **al fine di ridurre le dimensioni del precariato scolastico, nell'ottica di un bilanciamento degli interessi coinvolti, con la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale** (cfr. art. l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

Nel comparto scuola la procedura di mobilità territoriale e/o professionale è affidata alla contrattazione collettiva che, come è noto, è la sintesi di scelte effettuate, su piano paritario, dalle parti collettive.

Lo si ricava agevolmente dall'art. 462 comma 7 del D. Lgs.297/94 secondo cui “*Le modifiche e le integrazioni alle ordinanze relative alla mobilità e alla utilizzazione del personale della scuola ha luogo in sede di contrattazione*”.

In siffatto contesto negoziale, di chiara valenza organizzativa nella gestione delle risorse, viene, qui, in rilievo il CCNI mobilità per l'a.s.2023/24 (contratto integrativo valido per il triennio 2022/23, 2023/24 e 2024/25).

L'art.4 del CCNL comparto scuola, sottoscritto il 29/11/2007, applicabile per le parti non oggetto di modifica, secondo quanto previsto dall'art.1 c.10 del CCNL comparto scuola 19/4/2018, considerato anche quanto previsto dall'art.7 del medesimo CCNL 2018, devolve, come anzidetto, la materia della mobilità dei docenti alla Contrattazione Integrativa nazionale.

Il CCNI mobilità, sottoscritto annualmente, di recente con validità triennale, regola quindi tutta la procedura di tipo concorsuale di che trattasi mentre annualmente con Ordinanza Ministeriale è avviata la procedura con tutte le prescrizioni relative alle documentazioni e le scadenze.

L'art. 470 del T.U. istruzione non è mai stato attuato e, anzi, è stato espressamente disapplicato in sede di contrattazione collettiva, proprio in virtù della mancata realizzazione dei presupposti sociali e giuridici costituenti *condicio sine qua non* della sua attuazione.

Tale disapplicazione era **consentita**, del resto, da un'altra fonte primaria e, segnatamente, **dall'art. 72 del D.Lgs. n. 29 del 1993**.

Infatti, **l'art. 82 del CCNL comparto scuola per il triennio 1995-1997** ha così disposto: “*in attuazione di quanto stabilito dall'art. 72 del D.Lgs. n. 29 del 1993, comma I, a*



seguito della stipula del CCNL e degli accordi decentrati dallo stesso previsti, **sono inapplicabili**, nei confronti del personale del comparto, le disposizioni di legge ed i regolamenti che siano in contrasto con quelle definite nei contratti medesimi. **In particolare non sono più applicabili le seguenti norme:**[...]con riferimento all'articolo 48 (Mobilità del personale docente): art. 2, comma 1, del D.L. n. 576 del 1948; art. 19 della Legge n. 270 del 1982; art. 11 del D.P.R. n. 209 del 1987; art. 18 del D.P.R. n. 399 del 1988; artt. 460, 462, commi 1 e 7, 463, 464, 465 e 467, commi 2, 3, 4, 5, del D.Lgs. n. 297 del 1994; **artt. 470, 471, 472, 476, 479 del D.Lgs. n. 297 del 1994**".

Dunque, l'art. 470 del T.U. Istruzione è stato in realtà subito disapplicato (1995) da una clausola contrattuale (art. 82 del CCNL scuola del 04.08.1995) che trova nell'art. 72 del d.lgs. n. 29/1993 (e dunque da altra fonte primaria) la propria forza abrogatrice.

D'altra parte, con la privatizzazione del pubblico impiego avviata con il citato D.Lgs. n. 29 del 1993 il legislatore ha previsto un meccanismo di graduale sostituzione della normativa di matrice pubblicistica che fino a quel momento aveva regolato il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione con un apparato normativo a prevalente fonte negoziale/contrattuale; come noto, con il citato art. 72 del D.Lgs. n. 29 del 1993 è stata avviata una progressiva delegificazione delle fonti regolatrici del lavoro pubblico, da attuarsi mediante l'abrogazione delle norme di leggi vigenti collegata alla progressiva stipulazione dei nuovi contratti collettivi di lavoro.

Il primo CCNL comparto scuola, dopo la privatizzazione, ha pertanto specificamente disapplicato, a mezzo dell'art. 82 del CCNL, l'art. 470 D.Lgs. 297/1994, sostituito dalle determinazioni contrattuali previste all'art. 48 del medesimo contratto del 1995.

Nella vigenza di tale disapplicazione, già prima il CCNL 29.11.2007 all'art. 10 e successivamente il CCNL 2016-18 comparto scuola, specificamente all'art. 22, c. 4, riservano, tra l'altro, alla Contrattazione Nazionale Integrativa le procedure e i criteri generali per la mobilità professionale e territoriale.

Né a diversa conclusione può condurre l'art. 30 del D.Lgs. 165/2001 (pure *ex adverso* evocato), che nulla ha a che vedere con la fattispecie di cui trattasi, ovvero l'art. 40 D.Lgs. 165/2001 (evocato dal Giudice di prime cure) la cui originaria formulazione non prevedeva



alcun limite, risultando l'attuale formulazione - in base alla quale per alcune materie, tra cui la mobilità, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge – essere stata introdotta soltanto, a disapplicazione dell'art. 470 già avvenuta, dal D. Lgs. n. 150/2009. Peraltro, il c.d. decreto Brunetta non ha previsto la “reviviscenza” delle norme di legge già disapplicate dai CCNL (Cfr. Sentenza n. 5176/2021 del Tribunale di Roma resa nel proc. N. 2418/2021 R.G.A.C).

Tale linea interpretativa è stata confermata dalla più recente giurisprudenza ordinaria ed amministrativa intervenuta in materia.

In particolare, con sentenza resa in data 01.07.2021 (**doc. 2**), la **Corte di Appello di Palermo** in una fattispecie pressoché analoga ha così statuito (sottolineature ed evidenziazioni della scrivente difesa):

“L'appellante si duole, anzitutto, del mancato accoglimento della sua domanda di trasferimento interprovinciale, rigettata per mancanza di sedi disponibili, in quanto dette sedi erano state in parte destinate alle immissioni in ruolo, a norma dell'art. 8 del CCNI per la mobilità nel triennio 2019/2022, che aveva all'uopo riservato il 50% delle sedi vacanti e disponibili, rivelandosi, quelle residue, appena sufficienti a soddisfare le domande di mobilità dei docenti aventi precedenza poziori alla sua (art. 21 l. n. 104/1992); lamenta, dunque, l'illegittimità della citata norma pattizia assumendone il contrasto con l'art. 470 D. Lgs. n. 297/1994 a mente del quale: “Specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”.

La disposizione contrattuale censurata dispone [...].

La censura formulata nei confronti dell'opzione ermeneutica sposata dal primo giudice va disattesa; la Corte ritiene, infatti, che al 1° comma all'art. 470 debba essere effettivamente attribuita – come correttamente ritenuto dal Tribunale - natura



*programmatica; tale natura risulta confermata anche dall'art. 465 dello stesso T.U. il quale, nel prevedere, tra l'altro, espressamente una priorità di destinazione delle sedi vacanti alle procedure di mobilità rispetto alle nuove immissioni in ruolo ("3. Ai trasferimenti sono assegnati esclusivamente le cattedre ed i posti di insegnamento la cui disponibilità, nella misura fissata dal comma 2, si venga a verificare entro il 31 marzo di ciascun anno. 4. Le cattedre ed i posti di insegnamento che risultino, per qualsiasi causa, disponibili e vacanti dopo tale data sono invece assegnati, nella misura intera, alle nuove nomine in ruolo, che saranno disposte su sedi provvisorie") si atteggia tuttavia come **norma di carattere transitorio, riservando la propria disciplina "Sino all'attuazione di quanto previsto dall'articolo 470, comma 1"**.*

*La legge primaria, dunque, nel settore scolastico ha inteso rimettere esclusivamente alla norma pattizia la **progressiva** "equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo" nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo rappresentato dalla destinazione, alle nuove immissioni in ruolo, dei soli posti residui dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico; obiettivo che, nel settore scolastico, è destinato a realizzarsi progressivamente e non in termini assoluti, dovendo tener conto, da una parte, delle peculiari modalità di reclutamento proprie di questo specifico comparto e, dall'altra, della periodica calendarizzazione delle procedure di mobilità, dalla cadenza annuale.*

***Esclusa la natura immediatamente precettiva dell'art. 470 D.Lgs. n. 297/1994, va altresì escluso che possa trovare applicazione, neppure analogica, in questo settore, il principio della priorità delle operazioni di mobilità rispetto alle nuove assunzioni, espresso dall'art. 30 del D. Lgs. n. 165/2001;** quest'ultima norma è infatti dettata dall'evidente esigenza della razionale utilizzazione delle risorse di personale che impedisce alle pubbliche amministrazioni di indire nuovi concorsi finalizzati all'assunzione se non dopo aver utilizzato appieno le risorse già esistenti, il cui utilizzo viene ottimizzato mediante le procedure di mobilità, anche intercompartmentale.*



Non così nel settore scolastico, nel quale l'indizione dei concorsi presuppone già a monte l'esistenza di posti vacanti alla cui copertura deve dunque darsi luogo, almeno in parte, mediante l'assunzione di coloro che sono risultati idonei alle prove concorsuali ed, in parte, secondo il c.d. "doppio canale del reclutamento", attingendo dalle graduatorie ad esaurimento, secondo un sistema che mira, attraverso l'acquisizione di punteggi legati ai servizi resi ed al conseguente scorrimento delle graduatorie, a stabilizzare progressivamente i lavoratori precari.

A tali esigenze risponde, secondo gli ambiti ad essa riservati dalla norma primaria, dunque, la contrattazione collettiva, attraverso le menzionate disposizioni che (per quanto qui di interesse, e dunque avuto particolare riguardo al triennio 2019/2022), di anno in anno, previo accantonamento del 50% dei posti disponibili alle immissioni in ruolo, hanno suddiviso i restanti posti destinandoli in parte alla mobilità territoriale e in parte a quella professionale.

Tale opzione ermeneutica ha peraltro ricevuto l'avallo della giurisdizione amministrativa; con sentenza n. 13742 del 21/12/2020, infatti, il Tar del Lazio, investito della questione di legittimità dell'ordinanza ministeriale 207 del 2018 che disciplina la mobilità del personale docente, educativo e ATA per l'anno scolastico 2018/2019 - censurata, appunto, nella parte in cui non prevede che la mobilità del personale docente per l'anno scolastico 2018/2019 debba avvenire al 100% dei posti disponibili o, comunque, con priorità rispetto alle nuove assunzioni -, pur declinando la propria giurisdizione, ha nondimeno osservato, in modo del tutto condivisibile: " ...l'art. 470 non pone una chiara regola precettiva idonea a incidere sulla validità del decreto impugnato. Nel dettaglio, la disposizione attribuisce uno specifico compito ai contratti collettivi rappresentato dalla definizione dei tempi e delle modalità per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico. La disposizione, pertanto, non stabilisce una priorità assoluta e necessaria, ma conferisce alla contrattazione collettiva l'individuazione dei tempi e delle modalità per il



superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo. D'altro canto anche il riferimento ai posti che rimangono vacanti dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico non si traduce in un obbligo per l'amministrazione di destinare la totalità dei posti alla mobilità, anche in considerazione della pluralità di esigenze connesse alla mobilità che possono anche essere collegate all'esigenza di non lasciare vacanti alcuni specifiche posti. Al tempo stesso, l'art. 30, comma 2 bis, d.lgs. n. 165 del 2001, se è vero che indica la regola del previo esperimento della mobilità rispetto alla introduzione di una nuova procedura concorsuale, non precisa che la totalità dei posti vacanti e disponibili devono essere destinati alla mobilità né ne indica specifica percentuali, lasciando all'amministrazione - rectius alla contrattazione collettiva nel caso di specie - le modalità con cui contemperare i diversi interessi pubblici sottesi a tale attività””.

Allo stesso modo, per quanto attiene al Distretto ligure, si è pronunciato **il Tribunale di Massa** con ordinanza del 04.01.2023 (**doc. 3**).

In particolare, è stato statuito (sottolineature ed evidenziazioni a cura della scrivente difesa):

“L’art. 71, I comma del D.lgs. n. 29 del 1993 ha disposto la cessazione degli effetti di diverse norme a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi per il quadriennio 1994-1997: “Ai sensi dell’art. 69, comma 1, secondo periodo, a seguito della stipulazione dei contratti collettivi per il quadriennio 1994-1997, cessano di produrre effetti per ciascun ambito di riferimento le norme di cui agli allegati A) e B) al presente decreto, con le decorrenze ivi previste, in quanto contenenti le disposizioni espressamente disapplicate dagli stessi contratti collettivi. Rimangono salvi gli effetti di quanto previsto dallo stesso comma 1 dell’articolo 69, con riferimento all’inapplicabilità delle norme incompatibili con quanto disposto dalla contrattazione collettiva nazionale.”

Con riguardo al comparto Scuola (paragrafo VI) la disapplicazione è stata prevista con decorrenza 5 agosto 1995 ai sensi dell’art. 82 CCNL 1994-97, che prevede:

“1. In attuazione di quanto stabilito dall’art. 72 del D. Lgs. n. 29 del 1993, comma 1 (rectius, art. 71, I comma), a seguito della stipula del CCNL e degli accordi decentrati dallo



stesso previsti, sono inapplicabili, nei confronti del personale del comparto, le disposizioni di legge ed i regolamenti che siano in contrasto con quelle definite nei contratti medesimi. In particolare non sono più applicabili le seguenti norme:

- con riferimento all'articolo 48 (Mobilità del personale docente): art. 2, comma 1, del D.L. n. 576 del 1948; art. 19 della Legge n. 270 del 1982; art. 11 del D.P.R. n. 209 del 1987; art. 18 del D.P.R. n. 399 del 1988; artt. 460, 462, commi 1 e 7, 463, 464, 465 e 467, commi 2, 3, 4, 5 del D. Lgs. n. 297 del 1994; artt. **470, 471, 472, 476, 479 del D.Lgs. n. 297 del 1994.**” (evidenziazione a cura della scrivente).

Successivamente l'istituto della mobilità è stato disciplinato dall'art. 10 CCNL 29/11/2007, nonché dai CCNI stipulati in attuazione delle disposizioni previste dal precitato art. 48 CCNL 1994-97.

Da precisare che l'originaria formulazione dell'art. 40 D.Lgs. n. 165/2001 non prevedeva alcun limite (in base al I comma la “contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali”; in base al terzo comma “la contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali”), **mentre l'attuale formulazione, in base alla quale per alcune materie, tra cui la mobilità, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge, è stata introdotta soltanto, a disapplicazione già avvenuta, dal D. Lgs. n. 150/2009.**

Peraltro, il c.d. decreto Brunetta non ha previsto la “reviviscenza” delle norme di legge già disapplicate dai CCNL (Cfr. **Sentenza n. 5176/2021 del Tribunale di Roma resa nel proc. N. 2418/2021 R.G.A.C.**).

Comunque, qualora si opinasse diversamente, nel caso si ritenesse la perdurante efficacia dell'art. 470 D.lgs. n. 297/1994 e la nullità dei CCNI che hanno disciplinato l'istituto della mobilità per contrasto con le disposizioni del predetto articolo, dovrebbe evidenziarsi come gli specifici accordi contrattuali attuativi previsti dal precitato art. 470, diretti, tra l'altro, a fare in modo che le immissioni in ruolo “siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla



mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”, non risultino essere mai stati stipulati.

Manca, dunque, il necessario strumento attuativo.

Quanto all’invocato art. 30, comma 2 bis, D.lgs. n. 165/2001, deve evidenziarsi che la norma riguarda la mobilità intercompartimentale e cioè quella dei dipendenti provenienti da altre P.A.; quindi, dell’istituto in oggetto **non può giovarsene parte ricorrente.**

Pertanto, le doglianze non paiono fondate”.

2. Motivazione illogica, insufficiente, contraddittoria e comunque errata. Errata interpretazione e/o applicazione dell’art. 2697 c.c., dell’art. 24 Cost. e del principio di “vicinanza della prova”.

La sentenza che oggi si impugna risulta parimenti errata nella parte in cui statuisce (pag. 6):

“Atteso che vi è prova documentale (doc. 5 ric.) che nella provincia di Agrigento, nell’anno scolastico 2023-2024, sono state effettuate 18 immissioni in ruolo di personale precario, il ricorso va accolto.

In ogni caso il Ministero non ha comunque contestato che dei posti richiesti dalla ricorrente 18 non sono stati resi disponibili per la mobilità e non ha dedotto, né risulta provato, che detti posti sarebbero stati assegnati ad altri in sede di mobilità in quanto titolari di miglior punteggio rispetto alla ricorrente. Incombeva infatti sul Ministero dimostrare che altri partecipanti alla mobilità avrebbero avuto diritto al trasferimento nei posti richiesti dalla ricorrente, in luogo della medesima, anche perché è il Ministero ad operare i trasferimenti ed è l’unico ad avere la disponibilità di tutte le informazioni utili (domande, punteggi, precedenza, ordine di preferenze). Il MIM non ha allegato né documentato sul punto alcunché.

Si ritiene infatti applicabile al caso in esame il principio della S.C. secondo il quale “la ripartizione dell’onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del



principio - riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova”, con la conseguenza che “ove i fatti possano essere noti solo al datore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa” (ex pluribus Cass. n. 20484 del 25/07/2008; Cass. n. 6008 del 17/04/2012)”.

Statuizione di analogo tenore è stata successivamente ribadita a pag. 8 della sentenza gravata:

“Poiché, nella specie, risulta provato, per l’anno scolastico 2023/24, che nel comune di Vittoria, indicato tra i primi nelle preferenze espresse dalla ricorrente, sono stati assegnati almeno 7 posti di scuola primaria ad insegnanti privi di qualsiasi precedenza (v. bollettino dei trasferimenti scuola primaria provincia di Ragusa a.s. 2023/24, sub doc. 6 ric.), la ricorrente avrebbe avuto certamente diritto all’assegnazione di una sede a Vittoria (RG), con priorità rispetto a docenti partecipanti alla medesima fase della mobilità (quella interprovinciale), privi di qualsiasi ragione di precedenza. e non ha dedotto, né risulta provato, che detti posti sarebbero stati assegnati ad altri in sede di mobilità in quanto titolari di potiore precedenza rispetto a quella della ricorrente. Anche qui, nella situazione data, incombeva al Ministero dimostrare che altri partecipanti alla mobilità avrebbero avuto diritto al trasferimento nei posti richiesti dalla ricorrente, in luogo della medesima, in applicazione del criterio della vicinanza della prova sopra richiamato. Il MIM non ha invece documentato sul punto alcunché.

Parimenti gravava sull’Amministrazione, datrice di lavoro, dedurre e provare la sussistenza di ragioni impeditive (il diritto al trasferimento non è incondizionato: “ove possibile”) all’accoglimento della domanda di trasferimento. Ciò si afferma non solo in base alla lettera della legge e dal già richiamato generale principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova (quale mezzo di definizione della regola di giudizio di cui all’art. 2697 cod. civ. riconducibile all’art. 24 Cost.), ma anche dal divieto di interpretare la norma in modo da rendere impossibile o troppo difficile l’esercizio dell’azione in giudizio”.

Tali statuizioni sono errate e se chiede pertanto la riforma per le seguenti ragioni.



Quandanche, infatti, venisse ritenuta la illegittimità degli artt. 8 e 13 CCNI mobilità 2022, deve ritenersi in ogni caso gravare sulla parte ricorrente **l'onere di allegare e provare perché egli e non altri ha sicuramente diritto ad un determinato ambito territoriale**, non bastando la mera deduzione della sussistenza di posti vacanti e disponibili. Ciò non è avvenuto e conseguentemente il Giudice di prime avrebbe dovuto rigettare – se non altro sotto tale aspetto – il ricorso avverso.

Sul punto, il G.L. ha invece fondato il proprio convincimento operando un erroneo richiamo al principio della “vicinanza della prova” e a risalenti pronunce della Corte di Cassazione.

Sotto tale profilo, deve segnalarsi la recentissima Sentenza n. 745/2024 della **Corte D'Appello di Catania**, resa in data 27.06.2024 (**doc. 4**), relativa proprio alla mobilità territoriale scolastica, riferita al citato art. 470 D.lgs.297/94 ed all'onere della prova.

La Corte etnea ha esaminato il gravame di una docente che, lamentando l'erroneità della sentenza di I grado laddove poneva in capo alla ricorrente l'onere di provare di aver diritto all'assegnazione di una sede, richiamava a sostegno della propria tesi di inversione probatoria recenti sentenze della Suprema Corte in materia di onere della prova nelle procedure di mobilità scolastica.

Il Collegio catanese, muovendo proprio dalla pronuncia della S.C. (cfr. Cass. n. 11382/2022) citata dal ricorrente in quella controversia ha, tuttavia, evidenziato quanto segue:

“6. Quanto al precedente della Corte di Cassazione (n. 11382/22), citato dall'appellante, va evidenziato che lo stesso concerne le previsioni della legge n. 107 del 2015, art.1, comma 108, che ha stabilito per l'anno scolastico 2016/2017 un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia, unitario ma a fasi progressive, e la prova della circostanza dedotta dall'amministrazione in quel giudizio, ovvero “che i posti assegnati ai docenti di fase D si erano resi disponibili solo dopo l'espletamento della fase C”.

Come correttamente evidenziato dal Ministero appellato, il principio della vicinanza della prova è stato richiamato dalla Corte di Cassazione con riguardo all'azione di adempimento in quel giudizio proposta e alla deduzione della parte di inosservanza delle



regole della procedura straordinaria di mobilità prevista dalla legge n. 107/2015, secondo cui il numero delle sedi disponibili va progressivamente a restringersi in ragione dell'esito delle diverse fasi alle quali accedono i docenti in ragione del proprio status professionale; sicché la Corte ha ritenuto che fosse onere dell'Amministrazione dimostrare, una volta provato dalla lavoratrice di aver partecipato alla procedura chiedendo l'ambito in questione nonché l'assegnazione del posto ad un'altra docente partecipante ad una fase successiva, che il posto conferito nella fase D non fosse disponibile nella fase C, e ciò in quanto, anche a voler considerare che il posto si fosse reso disponibile a seguito di un tramutamento nella fase C, lo stesso doveva essere riassegnato nella medesima fase C; trattandosi di fatto impeditivo il relativo onere probatorio non poteva che gravare sull'eccipiente.

Nella fattispecie in esame, in cui vengono in rilievo procedure ordinarie di mobilità e in cui la parte lamenta la mancata assegnazione di determinate sedi non destinate alle stesse procedure, non vi è dubbio che sia onere di essa provare che uno di quei posti sia alla stessa attribuibile in virtù del punteggio posseduto; si evidenzia altresì, che la parte ben avrebbe potuto accedere alle graduatorie impugnate e verificare la posizione rivestita rispetto agli altri partecipanti in forza dei rispettivi punteggi, sì da dimostrare che la destinazione alla mobilità dei posti riservati ai docenti immessi in ruolo di certo avrebbe comportato il suo trasferimento presso la provincia di Agrigento.

In difetto di alcuna prova in tal senso, correttamente la domanda è stata rigettata”.

Allo stesso modo, la **Corte di Appello di Palermo** con la sentenza sopra già citata (**doc. 2**), ha così affermato:

*“A ciò si aggiunga che **non sarebbe comunque sufficiente, ai fini dell'accoglimento della domanda, la mera deduzione della sussistenza di 13 posti vacanti e disponibili nell'ambito prescelto** (in disparte la circostanza che essi non fossero comunque disponibili per la mobilità); la **giurisprudenza** ha infatti ripetutamente affermato il principio, qui condiviso, secondo cui “L'asserito diritto all'assegnazione negli ambiti territoriali prescelti... implica, nella materia, da un lato un onere per il docente ricorrente di individuare le specifiche disposizioni violate nel procedimento o ritenute illegittime e dall'altro un onere ulteriore di allegare perché egli e non altri, ritenuta in ipotesi l'illegittimità della specifica*



procedura adottata, ha in conseguenza sicuramente diritto ad un determinato ambito territoriale” (v. Corte Appello Milano n. 524/2018 ed altre conformi successive); pertanto, tale asserito diritto non può di per sé essere correlato, come assume l'appellante, alla sussistenza di 13 cattedre vacanti e disponibili negli ambiti territoriali prescelti, a suo dire illegittimamente assegnate ai docenti neo-assunti; avrebbe dovuto, piuttosto, l'appellante allegare e provare l'insussistenza di altri docenti con punteggi più alti o in possesso di titoli di precedenza superiori al suo che, avendo chiesto la mobilità per gli stessi ambiti dalla stessa opzionati, avrebbero potuto ricoprire i posti predetti in quanto in posizione poziore rispetto alla ricorrente”.

Ciò in quanto è sempre possibile (anzi, è un diritto) per la parte interessata esercitare una **istanza di accesso agli atti** della procedura, onde prendere contezza dei punteggi e della posizione in graduatoria degli altri partecipanti.

Considerato quanto ritenuto dal G.L. del Tribunale di Genova con la sentenza che ci occupa circa l'inversione probatoria, si deve evidenziare che **controparte non avrebbe avuto diritto, comunque, al trasferimento.**

Infatti, per l'a.s. 2023/24, tutti i docenti che hanno ottenuto trasferimento interprovinciale di scuola primaria in provincia di Agrigento, posto comune e sostegno, sono muniti di precedenza di ordine prioritario rispetto a quella di cui all'odierna controversia e ciò in forza dell'art.21 della legge 104/92.

La ricorrente è preceduta nella graduatoria degli aspiranti al movimento da:

n. 29 docenti muniti di precedenza *ex art.* 21 legge 104/92;

n 1 docente cure continuative (art.13 comma 1 punto III/2 CCNI mobilità a.s.2023/24);

n 1 docente munito di precedenza *ex art.* 33, c.6 L.104/92;

n. 23 docenti muniti di precedenza *ex art.* 33, commi 5, 7 L.104/92 per assistenza al figlio disabile grave.

È evidente, dunque, che tutti gli aspiranti, anche muniti di precedenze di cui all'art.13 del CCNI mobilità di che trattasi, di ordine pari all'art.21 L.104 cit. (con minore punteggio di trasferimento) o inferiore, secondo il sistema delle precedenze di cui all'art.13 del medesimo CCNI, non sono stati trasferiti.



La posizione della ricorrente, aspirante al movimento, considerato che trattasi di mobilità *ordinaria*, come chiaramente rilevato dalla Corte D'Appello di Catania con la sentenza sopra citata, **è verificabile con normale istanza di accesso agli atti**, onde verificare di essere l'avente diritto al trasferimento interprovinciale per le sedi richieste in domanda.

Si allegano le graduatorie provinciali di scuola primaria posto comune e sostegno, filtrate, per immediatezza e semplicità di consultazione, solo con le posizioni dei docenti che non hanno ottenuto il movimento richiesto e convertite in formato pdf (**doc. 5**).

Si tratta di file originato dal Gestore del Sistema Informatico ministeriale che elabora la mobilità, in formato excel, filtrato e convertito in pdf ai fini di deposito telematico.

Come si evince, altri docenti con precedenza superiore o pari precedenza ma punteggio maggiore non hanno ottenuto il trasferimento.

3. Motivazione illogica, insufficiente, contraddittoria e comunque errata. Errata interpretazione e/o applicazione dell'art. 33, co. 5, L. 104/1992 e dell'art. 601 TU Scuola; errata interpretazione e/o applicazione dell'art. 13 CCNI mobilità 2022.

Il Giudice di prime cure ha infine erroneamente ritenuto l'illegittimità dell'art. 13 CCNI mobilità 2022 nella parte in cui si pone in contrasto con l'art. 33, co. 5 L. 104/1992, prevedendo che la precedenza possa essere fatta valere nei trasferimenti interprovinciali solo all'interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza del disabile da assistere.

La sentenza di che trattasi non appare condivisibile sul punto, ciò benché il G.L. al riguardo si sia riferito al diritto ad ottenere trasferimento in sede di provincia diversa da quella di Agrigento ma di provincia limitrofa (in particolare si riferisce a sede della provincia di Ragusa e di Caltanissetta), dunque dando implicitamente atto dell'indisponibilità di sedi nella provincia di Agrigento.

In particolare, sul punto, il Giudice di primo grado ha così erroneamente statuito (pag. 7 e 8):



“La norma contrattuale prevede quindi che la precedenza possa essere fatta valere nei trasferimenti interprovinciali solo all’interno e per la provincia in cui è ubicato il comune di residenza del disabile da assistere.

La previsione del CCNI si pone in contrasto con la norma imperativa contenuta nell’articolo 33, comma 5, della legge 104/1992; detta ultima norma non prevede alcuna restrizione o limitazione territoriale al diritto di scelta del lavoratore disabile, ma al contrario menziona la sede “più vicina” al domicilio della persona da assistere: “Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro piu' vicina al domicilio della persona da assistere e non puo' essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Parimenti esclusa dall’art. 601 del TU della Scuola (rubricato Tutela dei soggetti portatori di handicap) qualsivoglia limitazione territoriale della precedenza alla provincia di residenza: “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 mobilità”.

La natura di norma imperativa inderogabile dell’art. 33 della legge n. 104/1992 è evincibile dalla ratio legis, dalla sua finalità di tutela di diritti costituzionalmente sanciti, dalla sua collocazione all’interno di una legge contenente “i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata” (art. 2 L. 104/1992); l’inderogabilità della legge 104/92 ad opera della CCNI mobilità è stata, del resto, più volte affermata dalla prevalente giurisprudenza di merito, anche di questo Tribunale, proprio per la natura dei diritti tutelati.

Come dedotto in ricorso, le sedi indicate in domanda dalla ricorrente alla posizione 2 e 3 delle preferenze espresse (ossia Gela e Vittoria), ricomprese rispettivamente nelle province di Caltanissetta e Ragusa, distano dal comune di residenza del disabile (Licata) rispettivamente 31 e 66 chilometri.

La clausola pattizia, limitando il diritto di scelta prioritaria del lavoratore (che partecipi alla mobilità interprovinciale e che, come è pacifico e documentale nel caso della



ricorrente, assista il coniuge disabile) alla sola provincia di residenza, è da disapplicarsi in quanto nulla ex art. 1418 c.c., per

contrasto con la norma imperativa, con automatica sostituita dalla previsione di cui alla legge 104/1992.

Ne deriva che il diritto di precedenza della ricorrente deve essere riconosciuto ed esteso a tutte le sedi vicine al comune di residenza indicate in domanda, soprattutto laddove esistano posti vacanti e disponibili attribuiti a docenti privi di qualsiasi precedenza”.

Con ciò, dunque intervenendo a modificare, in generale, l’organizzazione scolastica e in particolare l’assetto fondante della mobilità scolastica, com’è noto, ripartito progressivamente nelle fasi comunali, provinciali ed interprovinciali, richiamando per l’applicazione della precedenza di che trattasi, l’art.601 del D.Lgs.297/94.

Tale norma, che prevede la generica applicazione delle precedenze di che trattasi sia in fase di assunzione che di mobilità, è regolarmente applicata in tali procedure ed in particolare, per quanto ci occupa, nella contrattazione integrativa regolante la procedura della mobilità territoriale dei docenti.

La **Corte di Cassazione**, peraltro, con riferimento ai rapporti di lavoro pubblico, ha già da tempo stabilito che il rifiuto di accedere a una richiesta di precedenza è giustificabile qualora “*potrebbe determinarsi un danno per la collettività*” (v. *ex multis*, Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 794).

La norma in commento attribuisce, quindi, al lavoratore una **posizione giuridica condizionata alle esigenze organizzative dell’Amministrazione**: diversamente opinando, infatti, la locuzione “*ove possibile*” rimarrebbe priva di significato e non avrebbe alcun valore ermeneutico.

La Suprema Corte, inoltre, dando rilievo all’inciso “*ove possibile*”, contenuto nell’art. 33, comma 5, ha recentemente affermato che “*tale norma, non può essere ritenuta inderogabile o imperativa, e dunque tale da determinare la nullità, anche solo parziale, ai sensi degli artt. 1418 e 1419 C.C., dell’art. 13 del CCNI*” (Cassazione sez. lavoro, ordinanza 22.02.2021, n.4677).



Con l'Ordinanza citata, infatti, la S.C. ha definitivamente chiarito che il diritto di precedenza dei familiari del disabile, a differenza della precedenza riconosciuta alla persona portatrice di handicap *ex art. 21* della Legge n. 104/92 (in sostanza, la disabilità personale), deve tener conto di un **bilanciamento di interessi tutti costituzionalmente protetti**, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione.

In particolare la Corte ha statuito che *“la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali 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”* (ibidem, Cassazione n. 4677/2021).

Il contemperamento degli interessi tra i partecipanti alla mobilità e di quelli della collettività è correttamente disciplinato, in conclusione, dalla fonte contrattuale e dalle fonti primarie, con riferimento alle esigenze e ad eventuali titoli di precedenza di ciascun docente.

Dunque, non è contestabile che il diritto di precedenza della resistente sia regolarmente riconosciuto, secondo l'ordine di priorità previsto dalla normativa vigente (nello specifico, • Art. 21- personale; • Art. 33 - per assistenza a figli; • Art. 33 - per assistenza a coniuge).

La disciplina delle operazioni di mobilità risulta legittimamente integralmente **rimandata alle pattuizioni di cui alla contrattazione integrativa** che ha il compito di definire nel dettaglio le modalità di svolgimento delle procedure di mobilità, ivi compreso l'ordine di priorità da riconoscere alle precedenze previste dalla legge.

Ma anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sul rapporto fra diritti e sulla necessità di tutela *“sistemica”*.

Infatti, come statuito dal concorde insegnamento della Corte Costituzionale, *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta*



sugli altri», giacché «la tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (Corte Cost., sentenza 9.5.2013, n. 85).

Ragionando *a contrario* e ferma restando la legittimità dell'articolazione della mobilità territoriale dei docenti, applicando nei trasferimenti di sede l'art. 33 legge 104/92 e dando la possibilità di sopravvivere sempre e comunque i colleghi parimenti aspiranti a prestare servizio nella stessa provincia di residenza in forza di altre norme, si giungerebbe alla conseguenza paradossale che anche i soggetti provvisti di altri titoli di precedenza, come – rimanendo nell'alveo della legge 104/92 - ad esempio quelli previsti dall'art. 21 della medesima legge 104/92, non conseguirebbero mai il bene della vita preteso fin quando non conseguano la medesima utilità in via prioritaria e preferenziale gli aspiranti invocando, per il trasferimento, l'art. 33 legge 104/92.

Non pare possa dubitarsi che un siffatto esito concreterebbe una cd. discriminazione *alla rovescia* ai danni di tali soggetti come di quelli muniti di altri titoli che consentano l'avvicinamento familiare, ponendosi in contrasto non solo con i principi generali enucleati dalla CEDU (Corte EDU, decisione 27 maggio 2003, Wintersberger c. Austria n.57448/00), ma anche con il diritto eurounitario, il quale ha stigmatizzato l'ammissibilità della supremazia incontrastata delle azioni positive, in quanto oltre ad annichilire i meriti individuali non potrebbero comunque attribuire incondizionatamente e automaticamente il risultato voluto *ad libitum* (in tal senso si segnalano le decisioni Kalanke (C-450/93), Marschall (C-409/95) e Abrahamsson (C-407/98).

Né, in senso contrario a quanto fin qui esposto, osta il rinvio contenuto nell'art. 601 del D.Lgs. n. 297/1994 alla L. n. 104/92.

Laddove, infatti, si prevede che gli artt. 21 e 33 della legge 104/92 “*si applicano al personale di cui al presente testo unico*” (primo comma) e che tali norme “*comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di*



mobilità” (secondo comma), non può attribuirsi, alla disposizione in questione, carattere di norma imperativa dal contenuto precettivo incondizionato. Al riguardo deve, invero, osservarsi che nel rinviare al contenuto degli anzidetti articoli, essa, lungi dall’escluderla, recepisce (anche) la clausola di riserva contenuta nell’art. 33 per la quale i diritti ivi sanciti vengono assicurati non in modo assoluto ed incondizionato, bensì **“ove possibile”**, **rendendosi, dunque, necessaria, di volta in volta, un’operazione di rinnovato e costante bilanciamento con gli altri valori di rilievo costituzionale con essi eventualmente confliggenti** (v. ancora *ibidem*, **Corte di Appello di Palermo, doc. 2**).

Bilanciamento che, per come operato nella vicenda in esame, da un lato, è **compatibile con la legge n.104/92**, dall’altro, lungi dal rappresentare una *scelta* arbitraria e/o unilaterale dell’Amministrazione è il **frutto di una procedura negoziale (operante su un piano paritario) tra la parte datoriale pubblica e le rappresentanze sindacali dei lavoratori che trova la sua fonte di legittimazione nella normativa vigente nel settore del pubblico impiego**.

Ribadito, pertanto, che **la tutela della disabilità va contemperata con quella degli altri interessi di rilievo costituzionale**, va detto che 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.

Nelle organizzazioni complesse, pertanto, l’amministrazione, a fronte del potenziale conflitto fra più aspiranti al medesimo bene, è tenuta 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, che rappresenta la sede di elezione per il componimento del conflitto fra esigenze contrapposte, in ragione del ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali che rappresentano l’intera categoria dei dipendenti interessati alle operazioni di mobilità**.

La L. n. 104 del 1992, art. 33, nel riconoscere il diritto di precedenza “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 l'apprezzamento degli altri interessi dei quali il datore di lavoro si deve fare interprete (v. ancora *ibidem*, **Tribunale di Massa, doc. 3**).

Sul punto, **Cassazione civile sez. lav., 29/11/2022 n. 35105** ha statuito il seguente principio di diritto:

“Il D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 601, nel richiamare la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, che riconosce il diritto di precedenza "ove possibile", non attribuisce al docente che assiste persona con handicap in situazione di gravità un diritto incondizionato ad essere trasferito nella sede più vicina a quella dove risiede il soggetto assistito.

*Nelle operazioni di trasferimento del personale che coinvolgano una pluralità di dipendenti fra i quali anche soggetti titolari del diritto di precedenza di cui al cit. art. 33, comma 5, l'amministrazione, nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e trasparenza nonché dei canoni generali di correttezza e buona fede, è tenuta ad adottare criteri predeterminati e trasparenti al fine di bilanciare gli interessi, tutti egualmente meritevoli di tutela, degli aspiranti alla mobilità, **criteri che ben possono essere oggetto di contrattazione collettiva**”.*

Si veda infine anche **Corte di Cassazione sentenza n. 22885/2021** che ha ribadito come il diritto di scelta della sede più vicina al domicilio della persona invalida da assistere **non sia un diritto soggettivo assoluto ed illimitato**, essendo assoggettato al potere organizzativo dell'Amministrazione che, in base alle proprie esigenze organizzative, può rendere il posto "*disponibile*" tramite un provvedimento di copertura del posto "vacante". È così che va interpretato l'inciso "*ove possibile*" presente nell'articolo 3 comma 5 della Legge 104, quale necessario bilanciamento degli interessi in conflitto (interesse al trasferimento del dipendente ed interesse economico-organizzativo del datore di lavoro). **Questo vale ancor di più nell'ambito del lavoro pubblico, dove questo bilanciamento riguarda l'interesse della collettività** (Cass. 25 gennaio 2006, n. 1396; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7945; Cass. 18 febbraio 2009, n. 3896; Cass. 30 marzo 2018, n. 7981; Cass. 22 febbraio 2021, n. 4677).



Circa l'interesse dell'Amministrazione sotteso alla previsione dell'art. 13 CCNI mobilità 2022 si aggiunga infine quanto segue.

La determinazione degli organici (di diritto e di fatto) delle istituzioni scolastiche e l'organizzazione della mobilità per fasi territoriali, che controparte sembra contestare, in realtà costituiscono gli assi portanti dell'organizzazione scolastica sul territorio e della gestione del personale.

Le *fasi* in cui si articola la mobilità territoriale dei docenti (art.6 CCNI mobilità), già previste dall'art. 465 del D.lgs. n.297/94, si riferiscono al profilo “*territoriale*”, cioè comunale, provinciale ed interprovinciale, con ordine di effettuazione graduale partendo dall'ambito comunale, poi provinciale e quindi interprovinciale, fermo restando il punteggio e le eventuali precedenze contrattualmente previste dall'art. 13 del CCNI all'interno di ciascuna fase ad eccezione dei docenti in emodialisi e privi della vista che, per chiara previsione di legge, godono di precedenza assoluta che prescinde dalle “*fasi*”.

Forse è anche il caso di evidenziare che l'Organico di Diritto dei docenti (rideterminato ogni anno scolastico) è riferito alla dimensione provinciale della titolarità degli stessi e quindi la rilevazione della dotazione organica fa riferimento ai parametri provinciali di rapporto alunni/classe e, ovviamente, al numero degli alunni iscritti.

Da ciò discende che l'eventuale soprannumero (all'interno dell'istituto), determinato da diminuzione dell'organico, ovvero l'esubero (riferito all'organico complessivo provinciale) viene rilevato con riferimento alla provincia di titolarità dei docenti.

Parimenti, le cessazioni dal servizio fanno riferimento alla provincia di titolarità e le nuove immissioni in ruolo, quando autorizzate, vengono ripartite dal Ministero in contingenti provinciali ed altrettanto alla dotazione organica provinciale fanno riferimento le aliquote obbligatorie di assunzione di legge per le cd. categorie protette *ex* legge 68/1999.

L'ordine delle operazioni nei trasferimenti è stato effettuato secondo una rigorosa sequenza operativa, applicativa dell'art.6 del CCNI di che trattasi, che costituisce, quale allegato, parte integrante di tutti i CCNI mobilità.

Ai fini del trasferimento di sede, dunque **il trattamento provinciale non costituisce “accantonamento” o violazione di un presunto ordine di graduatoria o precedenza, per**



l'intuitiva ragione, già sopra evidenziata, che attraverso le predette operazioni in ambito provinciale prima si sistema il personale soprannumerario o in esubero o, ancora, se ne consente il rientro nell'istituto di ex titolarità, e dunque viene realizzato il pubblico interesse al corretto impiego o reimpiego delle risorse.

Il **Tribunale di Ragusa**, con Sentenza n.609/21 del 9/6/2021 - RG 975/2020 – G.L. dott.ssa C. Consoli, ha avuto modo di rilevare che:

“Come detto, dunque, la regolamentazione relativa alla mobilità scolastica risulta riservata dal C.C.N.L. del Comparto Scuola 2016-2018 (art. 22) alla contrattazione collettiva integrativa, che ha legittimamente disciplinato l'ordine di priorità tra le varie operazioni di mobilità ed i criteri e le modalità di formazione delle relative graduatorie, con preferenza per i trasferimenti all'interno della provincia (in conformità a quanto stabilito dall'art. 465 d.lgs. n. 297/1994) e mediante riserva di posti da destinare alle immissioni in ruolo, al fine di ridurre le dimensioni del precariato scolastico, nell'ottica di un bilanciamento degli interessi coinvolti, con la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale (cfr. art. l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).”.

Il **Tribunale di Sciacca**, sulle fasi territoriali della mobilità dei docenti ha dedotto:

*“Peraltro, per quanto di maggiore interesse in questa sede, è lo stesso Decreto Legislativo citato che **all'art. 465**, rubricato appunto “Trasferimenti provinciali e interprovinciali”, prevede espressamente che **“Sino all'attuazione di quanto previsto dall'art. 470, comma 1 (ossia sino alla regolamentazione da parte della contrattazione collettiva n.d.r.), i trasferimenti nell'ambito della provincia sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da altra provincia” (comma 1).***

*Dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla *****, appare del tutto coerente rispetto alla normativa primaria in esame la disciplina collettiva regolante i movimenti del personale scolastico approvata per gli aa.ss. 2017/2018 e 2018/2019, con cui è stato appunto previsto, in piena continuità con i principi generali delineati dalla fonte superiore, che **“La mobilità all'interno della provincia precede quella interprovinciale”** (così art. 6, comma 2, del C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2017/2018 del 11.4.2017, operante anche per l'anno scolastico successivo).*



*Né è dato comprendere in che modo una simile previsione organizzativa sia idonea a violare tutti i principi fondamentali indicati dalla ricorrente, **apparendo invero del tutto ragionevole e corrispondente al buona andamento della Pubblica Amministrazione che la stessa, al fine di movimentare il personale alle proprie dipendenze, operi per cerchi concentrici, partendo dal livello territoriale più limitato (id est quello comunale e provinciale) sino a giungere a quello più esteso (relativo a tutto il territorio nazionale e valutando, quindi, le richieste di movimenti interprovinciali)**” (Tribunale di Sciacca, Sentenza n.192/22 - RG 1072/19, **doc. 6**).*

*** **

Tutto ciò premesso, il Ministero dell’Istruzione e del Merito, rappresentato e difeso *ut supra*, richiamato ogni altro argomento, tesi, eccezione ed istanza dedotta a verbale e/o negli scritti difensivi relativi al primo grado di giudizio da intendersi qui integralmente riportati e trascritti, chiede a codesta Ecc.ma corte di voler fissare udienza di discussione e all’esito, accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia codesta Ecc.ma Corte, disattesa ogni contraria istanza, domanda o eccezione, riformare integralmente la sentenza n. 816/2024, e in ogni caso respingere ogni e qualsivoglia domanda proposta da parte ricorrente in quanto infondata in fatto e diritto.

In ogni caso, con il favore delle spese, dei diritti e degli onorari del doppio grado di giudizio.

Si produce:

- Copia degli atti e documenti del fascicolo di primo grado.
- 1) Sentenza n. 816/2024;
- 2) Sentenza Corte di Appello Palermo;
- 3) Ord. Trib. Massa;



- 4) Sent. Corte di Appello Catania;
- 5) Grad. PREFERENZE trasf AS 23-24 Licata;
- 6) Sent. Trib. Sciacca.

Ai fini della prenotazione a debito del contributo unificato si dichiara che l'appello verte in materia di lavoro – pubblico impiego – ed è di valore indeterminabile ed il contributo unificato deve prenotarsi a debito, vista la natura di Amministrazione dello Stato della parte appellante.

Genova, 26 agosto 2024.

Eugenio Costa

Procuratore dello Stato

