



Avvocatura dello Stato

- CORTE D'APPELLO DI CATANIA -

Sezione Lavoro

RICORSO

Per MINISTERO DELL'ISTRUZIONE (già Ministero Dell'istruzione Dell'università E Della Ricerca) - Ufficio Scolastico Regionale Per La Sicilia - Ambito Territoriale Di Siracusa & Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia - Ambito territoriale per la provincia di Bergamo (C.F. 80185250588), in persona del Ministro pro tempore, organicamente patrocinato dall'**Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania** (cod. fisc. 80014130878; fax: 095/722.1336; PEC: ads.ct@mailcert.avvocaturastato.it) nei cui uffici, siti in Catania, Via Vecchia Ognina, 149, è domiciliato;

- appellante -

contro

LOPRESTI NIMES, nata a Noto (SR), il 1.6.1973, ivi residente alla via A. Vespucci n. 49, (C.F. LPRNMS73H41 F943Y), rappresentata e difesa in primo grado dagli **Avvocati Marco Lo Giudice** (C.F. LGDMRC84D30G273U) e **Luigi Serino** (C.F. SRNLGU84A04A783E), PEC: marcologuidice@avvpec.it, luigiserino@puntopec.it ;

- appellato -

Per l'appello

della sentenza n. 863/2020 emessa dal Tribunale di Siracusa - Sez. Lavoro, in persona del dott. Pittera, pubblicata, nel procedimento Rg.n. 3121/19, in data 13/10/2020, IRRITUALMENTE notificata in data 22 gennaio 2021 (all.1) all'Ambito Territoriale di Siracusa

PREMESSA

Controparte, con ricorso ex art. 414 c.p.c. (All.2), ha chiesto al Tribunale di Siracusa di accertare e dichiarare l'illegittimità degli artt. 13 e 14 del CCNI, disciplinante le operazioni di mobilità per gli aa.ss. 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022, nella parte in cui non prevedono la precedenza assoluta a prescindere dal comune di provenienza o, in subordine, nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza al familiare con handicap in stato di gravità e, per l'effetto, di



condannare l'Amministrazione al trasferimento della docente presso uno dei comuni indicati nella domanda di mobilità secondo l'ordine di preferenza dal numero 1 al numero 3.

L'Amministrazione, con memoria difensiva (All.3) a firma del funzionario Maurizio Bertolone, che si trasmette con gli allegati depositati in Cancelleria, si è costituita in giudizio contestando tutto quanto ex adverso dedotto, eccepito e chiesto, giacché destituito di fondamento sia in fatto che in diritto, chiedendo il rigetto delle domande, ivi compresa quella relativa al risarcimento del danno.

Tanto precisato in punto di fatto, il Tribunale adito, dopo aver dichiarato la contumacia dell'USR Lombardia e ritenuta la propria competenza territoriale in relazione alla incontestata sede di assegnazione provvisoria, così statuiva: *"Accoglie il ricorso e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità dell'assegnazione della ricorrente, all'esito delle operazioni di mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/2017, presso l'Ambito Territoriale di Bergamo.*

Ordina alle Amministrazioni resistenti, ciascuna per il proprio ambito di competenza e previa emanazione di tutti gli atti necessari e conseguenti, di assegnazione la ricorrente presso l'Ambito 025 o 026 della provincia di Siracusa ovvero in altro ambito territoriale, secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda, nel rispetto del diritto di precedenza di cui all'art.33, co.5 e 7, L. n.104/92 e del punteggio indicato, a decorrere dall'a.s. 2016/2017.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio".

La sentenza veniva notificata irritualmente all'indirizzo PEC dell'Ambito territoriale di Siracusa, con la relata che si acclude (all.4), in data 22/01/2021, ma ciò non può ritenersi preclusivo della proposizione dell'odierno gravame.

Come noto, è insegnamento consolidato quello per cui *"Allorché l'amministrazione statale sia costituita in giudizio avvalendosi di un proprio dipendente, secondo la previsione di cui all'art. 417 bis cod. proc. civ., la notifica della sentenza di primo grado ai fini del decorso del termine di impugnazione va effettuata allo stesso dipendente; la citata norma, infatti, va interpretata nel senso che essa attribuisce al dipendente di cui l'amministrazione si sia avvalsa tutte le capacità*



connesse alla qualità di difensore in tale giudizio, ivi compresa quella di ricevere la notificazione della sentenza, ancorché tale atto si collochi necessariamente in un momento successivo alla conclusione del giudizio stesso" (Cass. Sez. L, **Sentenza** n. [4690](#) del 22/02/2008, Sez. L, Sentenza n. 2528 del 30/01/2009; Cass. Sez. L, Sentenza n. 12730 del 23/05/2013; Cass. Sez. L., Ordinanza n. 25483 del 26/10/2017).

Fugato, quindi, qualsiasi dubbio sulla tempestività ed ammissibilità del rimedio ora incoato, a parere dell'amministrazione la sentenza deve essere riformata per la seguente

MOTIVAZIONE

a) PARTI DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO

La sentenza viene impugnata, in punto di fatto, nella parte in cui ha implicitamente ritenuto dimostrato, come da ricorso introduttivo, che la ricorrente avesse "presentato, presso l'Ufficio Scolastico Provinciale competente, domanda di trasferimento interprovinciale per la scuola primaria, nei tempi e nei modi previsti dal CCNI sulla mobilità relativa al triennio 2019/2020, 2020/21 e 2021/22, indicando, oltre ai titoli validi per l'attribuzione del punteggio previsto dal contratto collettivo, il proprio ordine di preferenza sia sul tipo di posto da considerare ai fini di trasferimento (posto comune e/o lingua) nonché l'ordine di gradimento presso l'ambito territoriale della provincia di Siracusa" e che avesse precisato "di essere referente unica della madre, Cutrera Carmela, nata a Noto il 4.1.1946, versante in condizioni di handicap grave, accertata ai sensi dell'art. 3 comma 3, della Legge 104/92 dal Tribunale di Siracusa con decreto ex art. 445 bis comma 5 c.p.c. e di risiedere nel medesimo stabile della madre disabile".

Sempre in fatto, si impugna la pronuncia ove ha rilevato che: "si costituivano in giudizio il Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia e l'Ambito Territoriale di Siracusa deducendo la correttezza dell'operato dell'Amministrazione resistente nelle operazioni di mobilità territoriale a.s. 2016/17, stante



l'insussistenza del diritto di precedenza, affermato dalla ricorrente, nelle operazioni di mobilità interprovinciale".

Infine, in diritto, la pronuncia è impugnata nella parte in cui ha implicitamente riconosciuto come completo il contraddittorio e ove afferma: *"la richiesta avanzata dalla ricorrente, con istanza di mobilità interprovinciale, presso uno degli ambiti territoriali in provincia di Siracusa, fase B1, per l'a.s. 2016/2017, con diritto di precedenza ex art. 33, L. 104/92, appare fondata, risultando documentato essere figlia referente unica di genitore disabile, portatore di handicap in condizioni di gravità, ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. 104/92 (cfr. doc. 7 fascicolo di parte ricorrente). Né può assumere rilievo, alla negazione del diritto vantato l'esistenza di una norma pattizia ostativa, art. 7, punto V, CCNI sulla mobilità per l'a.s. 2015/16, secondo cui, in assenza anche di una sola delle condizioni previste dal precedente comma 3, "per il figlio referente unico che assiste un genitore in presenza di coniuge o di altri figli, la precedenza nella mobilità provinciale prevista dalla L. 104/92 potrà essere fruita esclusivamente nelle operazioni di mobilità annuale", ripresa poi nell'Ordinanza Ministeriale del 12/4/2017 n. 221.*

La questione del contendere riguarda, quindi, la nullità o meno di detta norma contrattuale ai sensi dell'art. 1418 C.C., stante la natura imperativa della normativa di cui alla L. n. 104/92. Pur non essendo prevista, infatti, un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, comma 5, L. n. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "I principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza alla persona handicappata" (cfr. art. 21 L. 104/1992), avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà ed autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la



prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 L. 104/92).

Come evidenziato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (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 ratio 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 Costo 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, dei diritti che l'art. 33, comma 5, della Legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta la nullità di queste ultime, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c..

In definitiva, la previsione del CCNI, nel limitare il diritto di scelta prioritaria del dipendente, che assista con continuità il genitore in stato di handicap grave, alla sola mobilità comunale e provinciale, escludendolo invece nella mobilità interprovinciale, deve ritenersi nulla, a norma dell'art. 1418 c.c., per contrasto con la norma imperativa di



cui all'art. 33, co. 5, L. n. 104/1992, e, conseguentemente, deve essere disapplicata - dovendo accordarsi la precedenza ai dipendenti tutelati da detta norma rispetto agli altri dipendenti in ciascuna fase delle procedure di trasferimento - con il solo limite, derivante dall'inciso "ove possibile" contenuto nella citata norma, della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato.

Non si giustifica, dunque, l'ulteriore disparità di trattamento tra docenti che partecipano alla mobilità provinciale e quelli che, come l'odierna ricorrente, partecipano alla mobilità interprovinciale, essendo tale distinguo estraneo alla disciplina normativa nazionale e comunitaria.

Le richiamate disposizioni contrattuali per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2016/2017, appaiono illegittime e vanno, pertanto, disapplicate, con conseguente annullamento del trasferimento della ricorrente presso l'Ambito territoriale di Bergamo e riconoscimento del suo diritto ad essere assegnata presso la sede che le sarebbe spettata tenuto conto della relativa precedenza e del punteggio spettante.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso risulta fondato e va, pertanto, accolto".

Viene quindi impugnata la conseguente regolamentazione delle spese e il dispositivo conclusivo per le statuizioni corrispondenti ai capi motivazionali della sentenza impugnati.

B) MODIFICHE RICHIESTE ALLA RICOSTRUZIONE DEL FATTO

La pronuncia incorre in errore nel rilievo dei fatti costitutive delle domande avversarie, ritenendoli, quindi, implicitamente provati per come esposti in ricorso, nonostante le prove in senso opposto offerte dall'Amministrazione costituitasi in giudizio.

Infatti, nessun diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità interprovinciale per l'a.s. 2019/2020, cui si riferisce il ricorso, spetta alla Ricorrente, avendo l'Amministrazione,



già nel primo grado del giudizio, rilevato, anzitutto, che **dal SIDI (sistema informatico del Ministero dell'Istruzione)**, ove i docenti accedono per la presentazione on line della domanda di trasferimento, **non risulta che per l'a.s. 2019/2020 la docente abbia richiesto il riconoscimento della precedenza per l'assistenza alla madre, né, del resto, che abbia presentato la documentazione a corredo, come evincibile dall'unica documentazione che risulta essere stata presentata al SIDI per la mobilità a.s. 2019/2020:** domanda di mobilità (All.2 al fascicolo di primo grado), Pluridichiarazione mobilità 19 20 (All.3 al fascicolo di primo grado), Allegato D alla mobilità 10-20 (All.4 al fascicolo di primo grado) e Allegato F alla mobilità 19 20 (All.5 al fascicolo di primo grado).

Tenuto conto che le domande avversarie muovono dalla richiesta di disapplicazione dei provvedimenti che segnano gli esiti delle procedure di mobilità per l'anno 2019/2020 alla luce dell'accertamento che la richiesta di trasferimento avrebbe dovuto essere accolta, visti i suoi titoli e le norme primarie invocate in contrasto con il CCNL applicato, assuntamente illegittimamente, dall'Amministrazione, il ricorso, fin dal primo grado, avrebbe dovuto essere rigettato proprio sul presupposto che la docente non aveva allegato e dimostrato in domanda l'esistenza di quei titoli di precedenza che ora invoca. In altri termini, in disparte la questione giuridica sottesa alle domande avversarie, su cui ci si soffermerà dopo, rimane fermo che **spettava a controparte di provare di aver chiesto trasferimento in conseguenza della necessità di assistere, come unica referente, la madre non autosufficiente; in assenza di questa prova, il provvedimento conclusivo che non ha riconosciuto la mobilità non può ritenersi viziato e, quindi, non può essere disapplicato perché non avrebbe potuto riconoscere un beneficio non richiesto, in disparte che, ovviamente, non lo potrebbe essere per gli effetti che ha già esplicato con riguardo agli anni trascorsi.**

Conseguentemente, la sentenza impugnata va riformata nella



parte in cui ha riconosciuto come provato che controparte avesse richiesto in via amministrativa trasferimento esponendo la precedenza datale asseritamente dall'assistenza alla madre non autosufficiente e, in difetto di tale prova, il ricorso avversario va ora rigettato integralmente.

La pronuncia deve altresì essere riformata ove ha ritenuto che le puntuali difese avanzate dall'Amministrazione in primo grado si riferissero alle operazioni di mobilità 2016/2017 e non a quelle 2019/20 e anni seguenti, cui si appuntavano le critiche e le domande avversarie.

c) CIRCOSTANZE DA CUI DERIVA LA VIOLAZIONE DI LEGGE

Nullità della sentenza per violazione del principio del contraddittorio – rimessione al primo giudice

Il Tribunale di primo grado si è pronunciato sulle domande avversarie senza curarsi delle possibili conseguenze sul complesso delle operazioni di mobilità per la provincia di Siracusa e per quella di Bergamo.

Infatti, il riconoscimento, come auspicato della ricorrente, del titolo di preferenza gli darebbe diritto di scavalcare in graduatoria diversi colleghi che ne avrebbero, perciò, un evidente detrimento, magari anche se questi avessero anzianità di carriera anteriore e, quindi, punteggio maggiore.

Doveva, in primo grado, disporsi l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i docenti che, per la stessa classe di concorso, avevano presentato domande di trasferimento per le scuole, i comuni e le province indicati con l'ordine di preferenza da 1 a 3 nella istanza di mobilità della controparte.

A mente dell'art. 354 c.p.c, va allora dichiarata la nullità della sentenza con rimessione al primo giudice.

Nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c.

La pronuncia va dichiarata nulla per violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, rilevato



che, mentre le domande avversarie si rivolgono alle operazioni di mobilità per il triennio 2019/20, 2020/21 e 2021/22 della scuola primaria, ove insegna la docente ricorrente, la sentenza dichiara l'illegittimità delle "operazioni di mobilità del personale docente per l'a.s. 2016/2017, presso l'Ambito Territoriale di Bergamo" e "Ordina alle Amministrazioni resistenti, ciascuna per il proprio ambito di competenza e previa emanazione di tutti gli atti necessari e conseguenti, di assegnare la ricorrente presso l'Ambito 025 o 026 della provincia di Siracusa ovvero in altro ambito territoriale, secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda, nel rispetto del diritto di precedenza di cui all'art. 33 co. 5 e 7, L. n. 104/92 e del punteggio indicato, a decorrere dall'a.s. 2016/2017".

Violazione dell'art. 63, D.lgs. 165/2001 e 5, L. 2248/1865, All. E.

Come già segnalato in relazione alle modifiche richieste al fatto, la sentenza ha ingiustamente disapplicato gli atti conclusivi delle procedure di mobilità interprovinciale per gli aa.ss. 2019/2020 e seguenti - da considerarsi quali atti di microorganizzazione - sul presupposto che in violazione dell'art. 33, L. 104/1992 alla ricorrente sarebbe spettata la precedenza nell'assegnazione delle sedi gradite indicate in domande per il titolo preferenziale esposto, ovvero quello della necessità di assistenza alla madre non autosufficiente. In realtà, il provvedimento collettivo contestato *ex adverso* è legittimo e non poteva avere contenuto diverso, prima ancora che in conseguenza delle norme contrattuali applicate - sulla cui legittimità subito dopo - in ragione del fatto che parte avversa non aveva esposto e documentato, come richiesto dalla *lex specialis* della procedura di trasferimento, la precedenza che ora rivendica.

La sentenza gravata, quindi, deve comunque essere riformata dichiarando incoglibili le domande avanzate in primo grado in ragione del fatto che controparte non ha aveva



richiesto e provato in sede amministrativo il titolo preferenziale esposto.

Falsa applicazione dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 33, c. 5, L. 104/1992

Il C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A per l'a.s. 2018/2019 all'art.13 indica le precedenze riconosciute dal sistema scolastico, raggruppate sistematicamente e per categoria (All.2 al fascicolo di primo grado).

La lettura complessiva dell'art.13 consente di accertare che sono gradate le varie precedenze (talune anche con priorità e senza limitazione territoriale), quali quelle relative:

a) alla disabilità del personale docente non vedente o emodializzato (Punto I);

b) al personale docente trasferito d'ufficio negli ultimi otto anni richiedente il rientro nella Scuola o Istituto di precedente titolarità (Punto II);

c) al personale docente con disabilità ex art. 21 L. 104/92, richiamato dall'art.601 del D.Lgs 297/1994, con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alla categorie di prima, seconda e terza della Tabella A annessa alla L. 648/1950; al personale docente che ha bisogno di cure continuative, a condizione che le preferenze espresse siano relative all'ambito corrispondente al comune in cui esista un centro specializzato; al personale docente appartenente alle categorie previste dal comma 6, dell'art.33 della L.104/92, richiamato dall'art. 601 del D.Lgs. 297/94 (Punto III).

d) all'assistenza al coniuge e al figlio con disabilità; all'assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale (Punto IV);

e) al personale trasferito d'ufficio negli ultimi otto anni richiedenti il rientro nel comune di precedente titolarità (Punto V);

f) al personale docente coniuge di militare o di categoria



equiparata, in base al disposto dell'art.17 della L. 266/1999 e dell'art.2 della L.86/2001 (Punto VI);

g) al personale docente che ricopre cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali a norma della L.265/1999 e del D.Lgs. 267/2000 (Punto VII)

h) al personale che riprende servizio al termine dell'aspettativa sindacale di cui al C.C.N.Q. sottoscritto il 4/12/2017 (Punto VIII)

Lo stesso l'art.13 del citato CCNI del 6.3.2019 ha previsto "che le precedenze riportate nel presente articolo sono raggruppate sistematicamente per categoria e sono funzionalmente inserite, secondo il seguente ordine di priorità, nelle sequenze operative delle quattro fasi della mobilità territoriale per le quali trovano applicazione, fatta eccezione per il solo punto I, che vale anche per la mobilità professionale. Per ogni tipo di precedenza sottoelencata viene evidenziata la fase o le fasi del movimento cui si applica. In caso di parità di precedenza e di punteggio, prevale chi ha maggiore anzianità anagrafica.

L'art.13, comma 1, punto IV, 9° capoverso, il dispone che *"Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione e di gravità, obbligati all'assistenza. Il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità ha diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità"*.

Sicché, nello stesso CCNI cit. è stato espressamente previsto, per coloro che non sono destinatari di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità, il riconoscimento delle medesime precedenze nell'ambito delle operazioni di assegnazione provvisoria.

E il CCNI, concernente le Utilizzazioni e Assegnazioni



provvisorie del personale docente, aa.ss. 2018/2019, proprio in funzione di quanto previsto dall'art. 14 del CCNI sulla mobilità, prevede espressamente all'art.8, punto IV, lettera I, il riconoscimento in capo al docente del diritto della precedenza per l'assistenza al genitore disabile, sempre che documenti di essere referente unico e che, in presenza di altri figli, questi ultimi, per circostanze obiettive, non siano in grado di effettuare alcuna assistenza.

Dunque, il C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente, riconosce la precedenza, nelle operazioni afferenti ai trasferimenti interprovinciali, al docente che assiste i figli, anche adottivi, o il coniuge che si trovino in situazione di gravità, mentre al docente che assiste il genitore in situazione in gravità, riconosce la precedenza nelle operazioni afferenti alle assegnazioni provvisorie.

Tale bilanciamento tra le varie precedenze appare pienamente coerente con l'art.33 della L.104/1992, il quale al comma 5° riconosce al lavoratore OVE POSSIBILE il diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere che si trovi nelle condizioni dettagliate al comma 3° dello stesso articolo.

L'inciso "ove possibile" è stato oggetto interpretazioni giurisprudenziali che ne hanno delineato la portata applicativa, nel senso che il diritto a scegliere la sede più vicina, attraverso la precedenza, non è un diritto ASSOLUTO e privo di condizioni, ma implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economi-che e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 585/2016, Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945)

Ben si comprende, quindi, che il diritto di precedenza lungi dell'essere un diritto assoluto, deve essere compatibile con le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro.



La Ricorrente, nel ricorso, richiama l'art. 601 del D.Lgs n.297/1994, il quale dispone che *"Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità"*, assumendo che si tratterebbe di una norma volta ad imporre nel comparto scuola un diritto assoluto idoneo a neutralizzare l'inciso "ove possibile" previsto dall'art.33, 5° comma, L.104/1992.

Invero, tale interpretazione non rispondente all'interpretazione letterale, teologica e sistematica dell'art. 601 del D.Lgs. 297/1994.

Anzitutto, il precitato art. 601 venne inserito nel D.Lgs. 297/1994 in quanto testo unico che, con sistematicità, doveva disciplinare la materia dell'istruzione per le scuole di ogni ordine e grado, tant'è che lo stesso è contenuto nel Capo II rubricato Trattamento di quiescenza e previdenza.

Dal tenere letterale del primo comma (*..si applicano al personale di cui al presente testo unico*) è evidente che il Legislatore si sia limitato a richiamare (meramente) gli artt. 21 e 33, lasciandoli integri nella loro portata precettiva.

Lo stesso Legislatore, dopo aver operato *sic et simpliciter* il richiamo degli art.31 e 33, ha ritenuto opportuno precisare che gli stessi comportano la precedenza tanto al momento dell'assunzione del personale di ruolo e non di ruolo, quanto a quello della mobilità.

Si tratta di una specificazione delle fattispecie cui si applicano le precedenze IN CONFORMITA' a quanto dagli art. 21 e 33 della L.104/1992.

È chiaro che l'art.33, 5° comma, resta integro nella sua portata applicativa anche al comparto scuola con la limitazione dell'ove possibile.

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza



n.585/2016, ha ritenuto legittime le operazioni di trasferimento (nel caso erano quelle dei dipendenti dei conservatori pubblici), regolate da un contratto collettivo, graduate nelle precedenze, in alcuni casi solo per certe categorie di soggetti ("peraltro con forti limitazioni territoriali), con l'attribuzione in altri del mero punteggio supplementare.

Ebbene, la mobilità territoriale e professionale è organizzata in modo da bilanciare vari interessi compositi, quali quelli della successiva mobilità annuale, delle nuove immissioni in ruolo, della continuità didattica, e tutto ciò con la partecipazione di migliaia di docenti portatori di diritti.

Il sistema delle precedenze, come ampiamente argomentato, disciplinato dall'art.13 del C.C.N.I. concernente la mobilità territoriale e professionale del personale docente a.s. 2016/2017, ha riconosciuto e gradato tutte le precedenze: disabilità del personale docente non vedente od emodializzato; personale docente trasferito d'ufficio negli ultimi otto anni richiedente il rientro nella scuola o l'istituto di precedente titolarità; il personale docente con disabilità personale ex art. 21; personale docente per l'assistenza al coniuge, al figlio o al genitore in situazioni di gravi disabilità; personale docente coniuge di militare o di categoria equiparata; personale che ricopre cariche nelle pubbliche amministrazioni degli enti locali.

Le precedenze, variegate e molteplici, sono state graduate (bilanciate) tra loro e le stesse esigenze organizzative, tenuto anche conto non da ultimo del personale docente che non ha precedenze ma che ha parimenti diritto dopo tanti anni di rientrare nella propria città (che diversamente nonostante il punteggio alto non avrebbe alcuna possibilità).

Sul punto il Tribunale di Siracusa, con la sentenza n.397/2020 (All. fascicolo di primo grado) ha recentemente affermato che *"..Sul punto va preliminarmente ricordato che la*



Corte di Cassazione (sent.585/2016) con riferimento alla mobilità dei dipendenti dai conservatori pubblici - dopo aver richiamato l'orientamento interpretativo dell'art. 33 comma 5 legge 104/02 come norma attributiva di un diritto tutelato nel rispetto del principio del bilanciamento degli interessi e nei limiti in cui il suo esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) e nei limiti in cui l'handicap sia grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa (Cass. 27.05.03 n. 8436), per cui il diritto recede ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945) ha ritenuto legittimo che il contratto collettivo decentrato 31.05.02, con riferimento alle situazioni di handicap, preveda una graduazione nelle precedenze "nelle operazioni di trasferimento", assegnando le priorità a seconda delle categorie di menomazione.

La Corte ha ritenuto l'art. 8 del medesimo contratto collettivo in sintonia con l'interpretazione dell'art. 33 della legge n. 104 in quanto predispone una regolazione del diritto di precedenza, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento.

Tale affermazione di principio appare estensibile all'art. 13 CCNI mobilità del personale scolastico, per il quale può affermarsi che, lungi dall'essere nullo per contrarietà a norma imperativa, disciplina, come è consentito alla contrattazione collettiva in materia di rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, il diritto alla mobilità operando una graduazione delle situazioni tutelabili al fine di rendere compatibile tale tutela con la corretta gestione annuale di migliaia di domande di trasferimento su tutto il territorio nazionale, secondo il principio del bilanciamento degli interessi che la legge



privilegia".

Il Tribunale di Siracusa, con la medesima citata sentenza, riconosce tale bilanciamento anche nella circostanza che "la precedenza per l'assistenza al genitore disabile nei trasferimenti provinciali, evidenzia che la situazione del docente che assiste un genitore disabile come referente unico pur non dando diritto a precedenza nella mobilità interprovinciale tuttavia è salvaguardata dalla disciplina negoziale delle operazioni di assegnazione provvisoria su base annuale, istituto disciplinato dal CCNI..."

Altri recentissimi provvedimenti giurisdizionali di vari Tribunali hanno confermano le argomentazioni dell'Amministrazione:

- il Tribunale di Marsala, con la sentenza n.200/2020 del 14.5.2020 (All. fascicolo primo grado) ha rigettato il ricorso, affermando, tra le altre, che "il personale che ha bisogno di assistere un congiunto affetto da handicap grave, diverso dal figlio e al di fuori della specifica situazione descritta dall'art.13 citato, è vero che non ha diritto di precedenza nelle operazioni di mobilità ordinaria, ma può pur sempre godere della precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità annuale. Alla luce della ricostruzione normativa sopra effettuata non sussiste il lamentato contrasto tra la disposizione contrattuale e la norma di legge, in quanto il diritto del lavoratore che deve assistere un congiunto invalido è pur sempre garantito, ma non nell'ambito delle operazioni generali di mobilità, ma esclusivamente nell'ambito dei trasferimenti annuali";

- il Tribunale di Ragusa, con la sentenza n.351/2020 del 25.6.2020 (All. fascicolo primo grado) ha rigettato il ricorso, affermando che "...giova sottolineare inoltre che nella mobilità interprovinciale gli interessi dei docenti referenti unici di parenti disabili risultino destinatari di specifica considerazione - e di annuale rivalutazione - attraverso il meccanismo della assegnazioni provvisorie, in maniera tale da



assicurare tutela alle esigenze di assistenza del familiare non autosufficiente”;

- il Tribunale di Monza, con ordinanza di rigetto del 13.02.2019 (All. fascicolo di primo grado), emessa nel procedimento cautelare iscritto al n.2000/2018 R.G., a proposito della mancata previsione del diritto di precedenza per l'assistenza alla suocera da parte dell'art.13 del CCNI a.s. 2017/2018, ha evidenziato che "La Corte di Cassazione ha statuito che un contratto collettivo integrativo ben può coniare regole di fonte negoziale che realizzino, nel settore del lavoro pubblico, una mediazione tra le esigenze organizzative datoriali e quelle di assistenza dei dipendenti e dei loro familiari, effettuando una ragionevole graduazione di queste ultime in maniera non dissimile da quanto accade nel CCNI oggetto di disamina: "In materia di diritto del lavoratore pubblico alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, il contratto collettivo decentrato 31 maggio 2002 per il personale dei Conservatori pubblici, con riferimento alle situazioni di handicap, prevede una graduazione nelle precedenze relative alle "operazioni di trasferimento", assegnando le priorità a seconda delle categorie di menomazione, e, in particolare, nel riconoscere le esigenze di famiglia del personale docente, stabilisce l'attribuzione di punteggi per la cura e l'assistenza di parenti conviventi diversi dai figli e dal coniuge e, quindi, nel caso debba prestarsi assistenza ad un genitore. Dette disposizioni risultano coerenti con l'art. 33 della l. n. 104 del 1992, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, sicché, nonostante la natura negoziale, tale disciplina 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 la l. n. 104 del 1992 privilegia." (Cass., sez. lavoro, 585/2016). Tale ragionamento



vale anche nel caso in esame in cui l'art. 13 del CCNI, frutto di regolari trattative sindacali, garantisce il diritto di precedenza nella scelta della sede per l'assistenza al familiare disabile grave in forma parziale, consentendolo nei soli trasferimenti all'interno della provincia e nei soli casi di assegnazioni provvisorie interprovinciali", chiarendo, altresì, quanto all'art. 601 del D.Lgs. 297/1994, che lo stesso "assolve al mero scopo enunciativo di richiamare l'art. 33, commi 3 e 5, cristallizzandone il contenuto precettivo ed i relativi limiti con un rinvio formale senza alcun intento derogatorio. Ne è prova il fatto che la disposizione trascritta richiama "le predette norme" e ne specifica il contenuto, applicandolo al settore scolastico, sottolineando che le suddette attribuiscono diritto di precedenza sia all'atto della nomina in ruolo che in sede di mobilità, con ciò volendo sottolineare probabilmente che il diritto di precedenza compete non solo in sede di prima assegnazione ma anche in caso di successive domande di trasferimento (vedi Cass. n. 28320/13".

- il Tribunale di Milano, con le sentenze n. 374/2019 (All. fascicolo di primo grado) e n. 219/2019 (All.10), con riferimento all'assistenza alla madre, ha affermato che l'articolata disciplina dell'art. 13 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, "concordata tra l'Amministrazione e le organizzazioni sindacali, risulta quindi ragionevolmente ispirata a quelle esigenze di "bilanciamento" riconosciute anche dai giudici di legittimità, con riconoscimento, comunque, di un diritto di precedenza (che non necessariamente deve essere "assoluto"), ex art. 33 L. 104/1992, 601 d. lgs 297/1994 sia al momento dell'assunzione che nel corso del rapporto di lavoro (cfr. Cass. 28320/2013), ovvero "in sede di mobilità" (dovendosi ricondurre a tale ampia nozione anche l'istituto della mobilità provinciale, l'assegnazione provvisoria)"

In ultima analisi il bilanciamento del sistema delle precedenze e comunque di tutte le prerogative di cui sono



titolari i docenti che partecipano ai trasferimenti (ivi compresi coloro che non hanno precedenze e che dopo tanti anni aspirano legittimamente ad ottenere il trasferimento nella propria città di origine) deve essere considerato non atomisticamente legato alla sola mobilità territoriale, ma in uno collegato con mobilità annuale delle Utilizzazioni e Assegnazioni provvisorie.

A riprova che il bilanciamento delle precedenze tra i trasferimenti e la mobilità annuale delle Utilizzazioni e Assegnazioni provvisorie funziona ed è legittimo e' comprovato dalla circostanza che la Ricorrente ha ottenuto sempre l'Assegnazione provvisoria col riconoscimento della precedenza per l'assistenza al genitore disabile.

Sicchè, l'articolo 13 del CCNI sulla mobilità del personale docente è legittimo anche laddove non prevede il riconoscimento di precedenza nei trasferimenti interprovinciali per l'assistenza al genitore disabile, riconoscendo, invece, quella precedenza in sede di assegnazione provvisoria, e, conseguentemente, in accoglimento del presente gravame, fermi i profili pregiudiziali prima indicati, si chiede la riforma della pronuncia gravata, disponendo il rigetto delle domande avversarie di primo grado e la conseguente condanna alle spese per parte avversa, ferma la declaratoria di cessazione della materia del contendere (rectius, sopravvenuta carenza di interesse).

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Amministrazione, come in epigrafe rappresentata e difesa, formula le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Adita Corte:

- Dichiarare la nullità della sentenza gravata per violazione degli artt. 102 e 354 c.p.c. conseguentemente rimettendo la causa al primo giudice;
- In subordine, dichiarare la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c.;



- Comunque rigettare le domande avversarie avanzate in primo grado, riformando la pronuncia gravata negli aspetti e per le ragioni indicate in parte motiva;
- Condannare alle spese del precedente e presente grado, che, in conformità ai parametri del D.M. 55/14, avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate, si richiede siano liquidate nei valori medi, per entrambi i gradi di giudizio, separatamente, considerando il disposto di cui all'art. 152bis disp.att.c.p.c..

ISTANZE ISTRUTTORIE

Si producono i documenti qui indicati e copia della documentazione già prodotta in primo grado dall'Amministrazione.

Si dichiara che il valore della causa è indeterminabile e che il relativo contributo unificato, pari a € 388,50, va prenotato a debito ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 11 e 158 D.P.R. 115/2002.

Catania, 11 aprile 2021

Angelo Nicotra

AVVOCATO DELLO STATO