

TRIBUNALE DI SIENA
- Sezione Previdenza e Lavoro -

ILL. MO SIG. GIUDICE DEL LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

Nell'interesse della docente Sig.ra **ALESSANDRINO MARIAROSARIA** nata a CASAGIOVE (Ce) il 23/06/1965 ed ivi residente alla via LIGURIA n. 14 (cf: LSSMRS64H63B860S) rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli avv.ti Giuseppe Tescione e Gianluca Corriere, ed el.te dom.ta presso il loro studio in Caserta alla via Roma 8 come da procura rilasciata ai sensi dell'art. 83 cpc,

Per comunicazioni

Tel e fax 0823/329751,

pec avv.gianluca.corriere@pec.it

Giuseppe.tescione@avvocatismcv.it

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA (C.F.: 80185250588), nella persona del Ministro pro-tempore in carica *domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale di Firenze con sede in Firenze Via degli Arazzieri, 4 - C.A.P. 50100 - Pec ads.fi@mailcert.avvocaturastato.it*

Nonché

U.S.R. Toscana - Ufficio XII - Ambito Provincia di Siena - P.zza Matteotti 30, 53100 - Siena in persona del legale rapp.te p.t. *domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale di Firenze con sede in Firenze Via degli Arazzieri, 4 - C.A.P. 50100 - Pec ads.fi@mailcert.avvocaturastato.it*

F A T T O

1. Nell'a. s. 2015/16 la ricorrente, ha partecipato alla cd. Fase C del Piano Assunzionale di cui alla L. 107/15 (cd. Buona Scuola) e, di conseguenza, è stata individuata, ai sensi dell'art 1 co 98 lett c) cit l., destinataria di una proposta di contratto a tempo indeterminato con assunzione in servizio immediata quale docente di scuola primaria.



2. Ai sensi dell'Art 1 co 108 l. cit., dell'OM dell'08.04.2016 n. 241 e 244 dell'art 6 CCNI del 8.4.16 mobilità scuola ([all.to 3](#)), (cd *Fase C*), la ricorrente ha dovuto presentare domanda di mobilità ([all. doc.1](#)) per posto comune

3. alla domanda la ricorrente allegava tra l'altro

- autocertificazione con la quale dichiarava di assistere la suocera, Scialla Giulia, portatrice di handicap ai sensi dell'art **3 co. 3 L. 104/92**
- verbale definitivo di accertamento dell'handicap
- dichiarazione dei figli (Gaetano, Giuseppina, Pasqualino), attestante l'impossibilità oggettiva per gli stessi di assistere la sig.ra Giordano ([all.doc.1](#))

4. Nella suddetta domanda di mobilità, l'odierna ricorrente, ha richiesto n. **57 Ambiti Territoriali** distribuiti su varie regioni, indicando, come ambito di preferenza quelli della provincia di Caserta e di Napoli e poi delle altre province della Campania secondo un criterio di viciniorietà alla residenza del proprio nucleo familiare e **34 Province**

- 1 CAMPANIA AMBITO 0007
- 2 CAMPANIA AMBITO 0010
- 3 CAMPANIA AMBITO 0009
- 4 CAMPANIA AMBITO 0008
- 5 CAMPANIA AMBITO 0011
- 6 CAMPANIA AMBITO 0005
- 7 CAMPANIA AMBITO 0004
- 8 CAMPANIA AMBITO 0012
- 9 CAMPANIA AMBITO 0013
- 10 CAMPANIA AMBITO 0014
- 11 CAMPANIA AMBITO 0016
- 12 CAMPANIA AMBITO 0019
- 13 CAMPANIA AMBITO 0021
- 14 CAMPANIA AMBITO 0022
- 15 CAMPANIA AMBITO 0001
- 16 CAMPANIA AMBITO 0002
- 17 CAMPANIA AMBITO 0025
- 18 CAMPANIA AMBITO 0023
- 19 CAMPANIA AMBITO 0024
- 20 CAMPANIA AMBITO 0026
- 21 LAZIO AMBITO 0020
- 22 LAZIO AMBITO 0019
- 23 LAZIO AMBITO 0018
- 24 LAZIO AMBITO 0017



25 LAZIO AMBITO 0022
26 LAZIO AMBITO 0021
27 LAZIO AMBITO 0024
28 LAZIO AMBITO 0023
29 LAZIO AMBITO 0001
30 LAZIO AMBITO 0002
31 LAZIO AMBITO 0003
32 LAZIO AMBITO 0004
33 LAZIO AMBITO 0005
34 LAZIO AMBITO 0006
35 LAZIO AMBITO 0007
36 LAZIO AMBITO 0008
37 LAZIO AMBITO 0009
38 LAZIO AMBITO 0015
39 LAZIO AMBITO 0014
40 LAZIO AMBITO 0028
41 MOLISE AMBITO 0001
42 MOLISE AMBITO 0004
43 ABRUZZO AMBITO 0003
44 ABRUZZO AMBITO 0002
45 ABRUZZO AMBITO 0001
46 TOSCANA AMBITO 0010
47 TOSCANA AMBITO 0009
48 TOSCANA AMBITO 0025
49 TOSCANA AMBITO 0004
50 TOSCANA AMBITO 0005
51 UMBRIA AMBITO 0005
52 UMBRIA AMBITO 0001
53 UMBRIA AMBITO 0002
54 EMILIA ROMAGNA AMBITO 0013
55 EMILIA ROMAGNA AMBITO 0012
56 EMILIA ROMAGNA AMBITO 0001
57 EMILIA ROMAGNA AMBITO 0005

5. All'atto della redazione della domanda, veniva, infatti, richiesto alla ricorrente di indicare, in ordine di preferenza, gli ambiti regionali di destinazione desiderati, al fine di acquisire la titolarità in uno di essi, in alternativa le sole province sempre in ordine di preferenza, per un massimo di 100 Ambiti e 100 Province:

Si legge nell'O.M. all'art 9 co 10:

Nella fase C e D le preferenze sono espresse solo per ambiti o per province: è possibile esprimere sino a 100 preferenze per gli ambiti territoriali e sino a 100 per le province. Il personale immesso in ruolo ai sensi del comma 98 dell'art 1 della legge 107/15 lettera b) dovrà indicare tutti gli ambiti nazionali, utilizzando sino a 100 preferenze



per gli ambiti territoriali e, per i restanti, i codici sintetici delle province, all'interno delle quali l'ordine degli ambiti seguirà la catena di prossimità definita dai competenti Uffici scolastici regionali.

Veniva, poi, specificato che, qualora il docente avesse indicato un numero inferiore a 100 di ambiti o province senza ottenere il trasferimento in uno di questi, sarebbe stato trasferito d'ufficio in altro ambito secondo il criterio della **c.d. "viciniorietà"** in base alle **catene di vicinanza** o prossimità ([all.to doc 2](#))

Si legge, espressamente, all'art 9 co 17 dell'O.M.

*Il personale del comma 96 dell' art 1 della legge 107/15 lettera b) immesso in ruolo ai sensi del comma 98 dell'art 1 della legge 107/15 lettere b) e c) dovrà indicare ai fini dell'assegnazione della titolarità definitiva tutti gli ambiti delle province italiane anche utilizzando i codici sintetici provinciali, **in caso di domanda incompleta il sistema completerà la medesima seguendo la catena di vicinanza tra gli ambiti provinciali decretata dall'Ufficio scolastico regionale di competenza e la catena di vicinanza tra le province italiane allegata che verrà pubblicata nel sito Miur nell'apposita sezione MOBILITA' 16/17 e redatta secondo le modalità di cui al modello allegato alla presente O.M.***

Sulla tabella di prossimità allegata all'O.M. 241/16, è infatti stabilito che **"le tabelle di prossimità tra le province italiane saranno utilizzate dal sistema informatico per il completamento ovvero la compilazione d'ufficio delle domande dei docenti assunti nelle ultime due fasi di mobilità su tutto il territorio nazionale in ragione del comma 108 L. 107/15. Le tabelle sono compilate sulla base della distanza tra i capoluoghi di provincia"**.

Infine, nel caso in cui il docente non avesse presentato affatto la domanda, sarebbe stato trasferito d'ufficio in un ambito sempre secondo il criterio di viciniorietà a partire dalla provincia in cui si è stati assegnati nell'anno di assunzione.

6. La domanda veniva validata con **punti 12 più 6** per il comune di ricongiungimento al coniuge ([all doc 1](#)).

7. in data 29 luglio 2016 l'Ufficio Scolastico Provinciale di Siena ha pubblicato il decreto con il bollettino trasferimenti ove compare il nominativo della ricorrente con la relativa assegnazione all'ambito **0025 Toscana (TOS25)**. A mezzo mail veniva altresì comunicata la scuola di destinazione ad oltre 700 km di distanza dal luogo di residenza della



propria famiglia

8. dal bollettino dei trasferimenti relativi alla scuola primaria pubblicato dall'Ufficio Scolastico di Caserta, di Salerno, di Napoli ecc, risulta *ictu oculi* che docenti, rientranti nella Fase C delle operazioni di mobilità, come appunto la ricorrente, con un punteggio di fatto inferiore alla stessa, hanno ottenuto l'assegnazione triennale in Campania, presso uno degli Ambiti indicati dalla ricorrente tra quelli di preferenza: Caserta ([all.to 4](#)); Napoli ([all.to 5](#)) Salerno ([all.to 6](#)); Roma ([all.to 7](#)). Tale circostanza è già stata positivamente rilevata in alcune pronunce dal Trib di Milano ([all.to 14](#))

9. In relazione alla **regione Campania**, dai Tabulati della mobilità fase C, prodotti in atti, appare che docenti assegnati su posto comune con minor punteggio rispetto a quello vantato dalla ricorrente (**punti 12 + 6**) sono stati assegnati all'ambito territoriale **009 – 008 Campania** espressi alle posizioni 3^a e 4^a delle preferenze da parte della ricorrente:

Cognome e nome	Nome	Punti	Denominazione Ambito	Data di Nascita
De Biase	Rosa	12	Campania 009	21/11/1961
Di Maio	Filomena	18	Campania 009	28/05/1966
Marchitelli	Ilaria	15	Campania 008	30/11/1978
Marchionne	Antonella	17	Campania 008	07/04/1965
Di Resta	Rosa	15	Campania 008	06/08/1974
Feola	Mariateresa	17	Campania 008	17/01/1973
Lumia	Alessia	12	Campania 0013	27/07/1981
Prebenda	Lucia	12	Campania 0013	24/08/1977
De Lorenzo	Anna	12	Campania 0013	31/01/1970
Felaco	Armando	12	Campania 0013	03/06/1979
Di donna	Mariarosaria		Campania 0014	27/07/1978
De Simone	Clementina	3	Campania 0014	11/09/1974
Ponticelli	Rosa	12	Campania 0014	14/08/1969
Cagnassi	Annalisa	8	Campania 0014	05/02/1985
Nunziata	Annalisa	12	Campania 0014	18/09/1981

precisando, altresì, e provando in atti, che rispetto a tali nominativi il **Tribunale di Roma**, in fattispecie analoga, con **Ordinanza del 30.05.2017**, ha precisato che :

“Nel caso in esame, invece, dai Tabulati della mobilità fase C,



prodotti in atti, appare che docenti con minor punteggio su posto comune scuola primaria aventi minor punti della ricorrente sono stati destinatari di assegnazione sull'ambito territoriale 008 Campania espresso al n.1 delle preferenze da parte della ricorrente. Esaminando il tabulato si vede per esempio che sono stati assegnati all'ambito Campania Di Resta Rosa con punti 17, Marchetti Ilaria con punti 15, Marchionne Antonella con punti 17...".

Così pure il **Tribunale di Milano nella sentenza 1161/18**

“Quanto al caso di specie, dall'elenco dei trasferimenti e passaggi di ruolo relativi all'ambito della Campania si evince chiaramente che hanno ottenuto il trasferimento in tale ambito docenti con punteggi inferiori a quello vantato dalla ricorrente (si pensi alle docenti indicate nel ricorso con riferimento all'ambito Campania come Cepparulo Rita con punti 19; Feola Maria Teresa con punti 17; Di Resta Rosa con punti 15). Inoltre la difesa della ricorrente ha allegato e documentato di essere stata scavalcata da docenti appartenenti alla fase D, come la collega Rubino Carmela, la quale ha ottenuto la assegnazione in Campania Ambito 004 in violazione al principio della successione tra le fasi sancito dalla contrattazione collettiva, in virtù del quale i docenti di fase D “potranno, in deroga al vincolo triennale, proporre istanza di mobilità nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti” Pertanto appare fondata la prima domanda spiegata nel ricorso”

In relazione alla **regione Lazio** (prov di Roma) - pure richiesto dalla ricorrente e comunque inserito nella catena di prossimità in posizione peggiore rispetto all'ambito Piemonte - si indicano a titolo esemplificativo i docenti con minore punteggio della ricorrente:

Nome e cognome	Data di Nascita	Punti	Ambito di destinazione
FRANZONI ELVIRA	07/12/1965	12	LAZ0000001
VARQUEZ PATRIZIA	22/12/1987	0	LAZ0000001



TRANCHIDA ANTONINA	30/05/1973	0	LAZ0000001
GORGA MARIA CARMELA	19/01/1972	3	LAZ0000001
COTRONEO DANILA	16/06/1982	0	LAZ0000005
LETTIERI LUCREZIA TERESA	15/04/1968	13	LAZ0000005
MORETTI EMANUELA	21/04/1976	12	LAZ0000005
VALENTE GIUSEPPINA DANIELA	05/09/1983	9	<u>LAZ0000007</u>
LORINI ARIANNA	07/07/1980	9	LAZ0000015
ANDRIOLA ELISABETTA	26/08/1971	12	LAZ0000015
MAROCCO ELISABETTA	03/04/1975	12	LAZ0000015
CARUSO SIMONA	08/12/1974	0	LAZ0000016

10. Inoltre dal bollettino trasferimenti pubblicato dall'USP Benevento (**all.to doc n 8**) si evince inoltre che ad un ambito territoriale scelto dalla ricorrente nella sua domanda di mobilità (ambito Campania 004 - Benevento) è stata trasferita una docente che ha partecipato ad una fase successiva e residuale della mobilità straordinaria ossia la fase "D" mentre la ricorrente è stata interessata dalla fase "C" degli spostamenti. In base alla L 107/15 art 1 co 108 e al CCNI 08.04.16 intanto poteva procedersi ai trasferimenti in fase D in quanto fossero esauriti tutti gli spostamenti delle fasi precedenti. Nel dettaglio, l'insegnante **RUBINO CARMELA**, trasferita nella c.d. **FASE D** (successiva e residuale, si ripete, rispetto a quella della odierna ricorrente, Fase C) ha ottenuto il trasferimento nell'Ambito Campania 004 (Benevento) ambito che la ricorrente aveva richiesto alla preferenza n. 7, in violazione dell'art 6 comma 1, del CCNI mobilità che disciplina le “fasi dei trasferimenti e dei passaggi” ed individua, a sua volta, “quattro distinte fasi” tra loro successive delle “operazioni di mobilità territoriale e professionale” e prevede in particolare: la fase C (per i docenti che, come la ricorrente sono stati assunti nell'anno scolastico 2015/2016 da fasi B e C del piano assunzionale “provenienti da GAE”, e quindi **“dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti”**), la fase D, (alla quale partecipano gli assunti da fasi Zero ed A, nonché da fasi B e C del piano assunzionale 2015/2016 “provenienti da concorso”). Tale posto sarebbe stato assegnato alla ricorrente se si considera che la soglia di accesso all'ambito è pari a punti



15 (tale è il punteggio della docente ivi assegnata senza precedenza VOLPE SEFORA)

11. Con ordinanza del 12.04.17 ([all.to 11](#)) il Ministero ha avviato una nuova procedura di mobilità per l'a.s. 2017/18 articolata, come la precedente, in movimenti provinciali e interprovinciali cui la ricorrente ha partecipato ([all.doc 12](#)). In particolare il CCNI mobilità per il 2017 ([all.to 10](#)) così statuisce all'**art 6 co 2**

*2. La mobilità all'interno della provincia **precede** quella interprovinciale, secondo quanto disciplinato nell'allegato 1 – ordine delle operazioni nei trasferimenti e nei passaggi del personale docente ed educativo; le preferenze espresse nella domanda sono esaminate nell'ordine riportato in quest'ultima. Secondo la successione delle operazioni di cui all'allegato 1 i trasferimenti e i passaggi possibili vengono disposti secondo l'ordine determinato per ciascuna preferenza sulla base delle precedenza e, a parità di precedenza o in assenza della medesima, dal più alto punteggio. A parità di precedenza e punteggio si procede dando priorità alla maggiore anzianità anagrafica. ([all.to 10 CCNI 2017](#))*

12 la ricorrente ha partecipato anche alla suddetta procedura con punti **18 più 6** per il Comune di ricongiungimento ([all.to doc n 12](#))

13. l'esito illegittimo della procedura di mobilità per l'a.s. 2016/17, si è riverberato altresì sull'esito della mobilità successiva, quella per l'a.s. 2017/18. La ricorrente, infatti, essendo rimasta titolare dell'ambito 0004 Piemonte anche dopo la procedura di mobilità per l'a.s. 2016/17, nella successiva mobilità ha potuto partecipare solo ai movimenti inter – provinciali e, quindi, concorrere, ai sensi dell'art 6 co 2 CCNI mobilità, solo per il 30 per cento dei posti residuati dagli spostamenti provinciali. L'**all.to 1 al CCNI** mobilità 2017 cui rinvia l'art 6, richiamato anche dalla Ord Min 241/10, espressamente stabilisce ([pag 73](#)) infatti: **Le operazioni di mobilità interprovinciali territoriali sono effettuati nel limite del 30% delle disponibilità al termine dei movimenti territoriali nella stessa provincia** (operazione numero 15); se la domanda di mobilità per l'a.s. 2016/17 fosse stata esaminata coerentemente al criterio del punteggio e della successione delle fasi (con precedenza della fase C rispetto alla fase D), la docente sarebbe stata assegnata addirittura nella stessa regione di residenza ove sono stati assegnati docenti con meno



punti ed ivi avrebbe potuto partecipare, nella successiva mobilità (a.s. 2017/18), ai movimenti provinciali all'interno della provincia di Caserta, Napoli (o al più di Benevento o Salerno) che, ai sensi dell'art 6 CCNI e dell'all.1 citati, sono effettuati prima degli spostamenti interprovinciali con conseguente possibilità di avvicinarsi ulteriormente alla propria residenza precedendo, negli spostamenti provinciali, i docenti provenienti da altre province. Ciò avrebbe consentito alla ricorrente di poter conciliare il diritto al godimento dei rapporti parentali ed il lavoro nonchè farsi assistere nella vita quotidiana.

14. All'esito della mobilità per l'a.s. 2017/18 la ricorrente è rimasta titolare dell'ambito **Toscana 25**.

15. Dopo i trasferimenti per l'a.s. 2017/18, sulla base dei dati ministeriali risultano liberi e disponibili, nella scuola primaria, 226 posti comuni solo in Campania (115 solo nella provincia di Napoli) e con decreti del 02.05.17 e del 27/03/18 l'Ufficio Scolastico Provinciale di Caserta ha pubblicato gli Elenchi provvisori dei posti disponibili dal 01/09/2018- Personale docente così come l'USP Napoli con decreto del 06.06.17 (**all.to 15**)

16. il giorno 03.04.18 il MIUR ha avviato una terza procedura di mobilità alla quale la ricorrente ha partecipato con punti 24 più 6 per il comune di ricongiungimento. (**all.to 16**)

17. la ricorrente ha allegato alla domanda, tra gli altri, anche i seguenti documenti

- Verbale non revisionabile della commissione medica ex legge 104/92 attestante la sopraggiunta situazione di inabilità grave ai sensi dell'art 3 co 3 L. 104/92 a carico del padre Alessandrino Luigi con pedissequa dichiarazioni del coniuge del soggetto inabile, Tescione Caterina anch'essa affetta da patologie gravi (cardiopatía ipertensiva, dislipidemia mista, ipoacusia bilaterale neurosensoriale, nevrosi d'ansia, e del figlio, Alessandrino Francesco, esplicative delle ragioni oggettive di impossibilità di provvedere all'assistenza del sig Luigi Alessandrini.

- Verbale della commissione medica ex legge 104/92 comprovante la situazione di inabilità grave della suocera, Scialla Giulia, portatrice di handicap ai sensi dell'art 3 co. 3 L. 104/92 con allegate le dichiarazioni



dei figli (Gaetano, Giuseppina, Pasqualino), attestanti l'impossibilità oggettiva per gli stessi di assistere la sig.ra Scialla **(all.to 17)**

18. Tuttavia come per la precedente procedura il sistema di invio telematico (unico canale di accesso alla procedura) non consente di dichiarare il titolo di precedenza negli spostamenti interprovinciali quando la patologia inabilitante, non personale del docente, riguardi il genitore o un parente diverso dal figlio, sicchè la ricorrente ha comunque diligentemente allegato il verbale della commissione medica.

19. Anche all'esito della recente mobilità del 2018 sono stati pubblicati gli elenchi dei posti liberi disponibili residui che per quanto attiene alle province di Napoli e Caserta si versano in produzione ed ivi sono stati assegnati docenti senza alcuna precedenza sicchè laddove fosse stato riconosciuto il proprio diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 L. n. 104 del 1992 cit., la stessa, tenuto conto della disponibilità dei posti, avrebbe ottenuto il posto auspicato. **(all.to doc 19 e 20)**

20. Con Ordinanza Ministeriale 203 del 08.03.2019 il MIUR ha avviato una nuova procedura di mobilità regolata anche dal CCNI mobilità per gli anni scolastici relativi al triennio 2019/20, 2020/21, 2021/22

21. Anche il sopra citato CCNI mobilità all'art 13 capo IV in materia di precedenze riproduce pedissequamente i precedenti CCNI, in *parte qua* dichiarati illegittimi e segnatamente ove si legge: «In **caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico**, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove **il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile.** Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (8). 3. essere anche l'unico figlio che ha



*chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (9) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001. In assenza anche di una sola delle suddette condizioni 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 assegnazione provvisoria. Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti.[...] **Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori**, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela»*

22. La ricorrente ha partecipato anche a questa recente procedura di mobilità allegando la certificazione medica attestante la situazione di handicap grave del padre e la sua qualità di referente unico

23. La condizione del padre della ricorrente si è inoltre aggravata a causa del GLAUCOMA da cui è affetto e che gli ha cagionato una cecità ad entrambi gli occhi (con residuo visus inferiore a 1/20) cui si è aggiunta un DEMENZA GRAVE a genesi mista (degenerativa – vascolare) con marcato deficit delle funzioni mnestiche, prassiche, gnosiche e incontinenza sfinterica. Mediocri condizioni generali di nutrizione e sanguificazione, atteggiamento francamente camptocormico con deambulazione a base allargata e a piccoli passi ipertensione ed ipercolesterolemia in trattamento terapeutico.

24. Proprio per assistere con continuità il genitore, attesa l'impossibilità degli altri familiari, la ricorrente si è trasferita presso la loro abitazione risultando l'unica figlia con loro convivente come da certificazione che si allega.

25 All'esito dell'ultima procedura di mobilità la ricorrente è rimasta titolare presso lo stesso istituto scolastico (N. CARLONI-CETONA) senza



vedersi riconosciuto alcun diritto di precedenza.

26. In definitiva in relazione alle procedure di mobilità per gli aa.ss. 2016/17 e 2017/18 la ricorrente lamenta la violazione del criterio meritocratico del punteggio in ragione della dedotta assegnazione di docenti con minor punteggio ad ambiti territoriali da lei indicati tra le preferenze espresse nella domanda; in relazione alle procedure di mobilità successive (a.s. 2018/19 e a.s. 2019/20) la ricorrente si duole altresì del mancato riconoscimento di un titolo di precedenza per assistenza al padre (*medio tempore* divenuto invalido con handicap grave ai sensi dell'art 3 co 3 L. 104/92), per effetto dell'applicazione di una norma del CCN – mobilità (art 13) che contestualmente si impugna perché, in conformità a plurime decisioni delle Corti di merito, ne sia dichiarata la nullità.

M O T I V I

Va preliminarmente esclusa ogni decadenza, non ritenendosi applicabile il disposto dell'art. 32 L. n. 183 del 2010 ad un caso quale quello di specie, in cui trattasi di prima assegnazione della sede di lavoro e non di una ipotesi di esercizio dello *jus variandi* in capo al datore, nel caso di specie, infatti si verte in ipotesi non già di trasferimento potestativo di un lavoratore già in servizio, bensì di prima assegnazione di un docente appena assunto e proveniente dalle G.A.E (Tribunale Ravenna, sez. lav., 11/04/2017, ud. 11/04/2017, dep.11/04/2017, n. 150), inoltre l'assegnazione definitiva d'ufficio interviene a seguito dell'istanza volontaria di mobilità dello stesso docente, ed essendo peraltro contestata nel presente giudizio non la legittimità del trasferimento ma la legittima formazione delle graduatorie per la mobilità territoriale. (Cfr. ex art. 118 disp. att. c.p.c. analoga motivazione in sentenza dell'11/4/17 - r.g. 13600/2016 d.ssa Florio e Tribunale Milano sez. lav. 06 luglio 2017 n. 1311).

Non appare superfluo, in punto di diritto, un breve excursus del quadro normativo che regola i movimenti dei docenti per l'a.s. 2016/2017.

La mobilità territoriale del personale docente per l'a.s. 2016/2017 è disciplinata dall'O.M. n. 241 dell' 08.04.2016 e dal C.C.N.I. **(All.ti doc 15 e 16)** sulla mobilità siglato l'08.04.2016, e trova le sue norme base nella Legge n. 107/2015 art. 1 comma 108 (cd. "Buona Scuola").



Tale impianto normativo riguarda sia i docenti di ruolo assunti antecedentemente al piano straordinario del 2015, sia quelli assunti con detto piano, al fine di ottenere l'ambito territoriale di titolarità.

La L. 107/15 cd. Buona Scuola ha disciplinato, in particolare, le assunzioni del personale docente, prevedendo una serie di fasi per l'assunzione del personale ancora precario di cui al Piano Straordinario di assunzione del 17.07.2015.

In base al suddetto Piano ed al CCNI sulla mobilità, secondo la fase di appartenenza, è stata disposta una modalità di assegnazione della sede di titolarità secondo un ordine cronologico delle operazioni che privilegia i docenti assunti prima dell'a.s. 2014/2015 su quelli assunti in ruolo nell'a.s. 2015/2016. Il legislatore infatti ha stabilito che al succitato piano avrebbero preso parte, innanzitutto, i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'a.s. 2014/2015 e, successivamente, quelli assunti con il piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98 lettere b) e c) e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016.

Nel dettaglio, l'O.M. n. 241 del 08.04.2016 e il CCNI sulla mobilità siglato il 08.04.2016 hanno suddiviso il piano della mobilità in 4 fasi che si susseguono in ordine cronologico: fase A, fase B, fase C e fase D.

La **fase A** è relativa ai movimenti provinciali dei docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015 e, successivamente, di quelli assunti nel 2015/2016 nell'ambito delle fasi Zero ed A del piano straordinario previsto dalla Legge n. 107/2015.

La **fase B** è relativa alla mobilità interprovinciale degli assunti entro il 2014/2015 e, successivamente, alla mobilità su ambiti degli assunti nel 2015/2016 da fase B e C da graduatoria di merito (GM) del concorso 2012.

La **fase C** è relativa alla mobilità su ambiti degli assunti nel 2015/2016 da graduatoria ad esaurimento (GAE) nell'ambito delle fasi B e C del piano straordinario previsto dalla Legge n. 107/2015.

La **fase D** è relativa alla mobilità interprovinciale degli assunti nel 2015/2016 nelle fasi Zero ed A e nelle fasi B o C dalla graduatoria del concorso del 2012.

La fase che interessa il caso di specie è la **fase C**: la ricorrente è stata



infatti assunta in ruolo nel 2015/2016 attingendo alle GAE della Scuola primaria della Provincia di Benevento.

Nell'ambito della fase C, e di ogni fase in generale, il MIUR avrebbe dovuto incrociare le preferenze degli insegnanti circa gli ambiti e il loro punteggio, e assegnare a ciascun ambito il docente con maggiore punteggio utilizzando un algoritmo mai reso noto almeno prima dell'espletamento movimenti ed il cui funzionamento ha sortito esiti applicativi ancora oggetto di accese dispute e proteste per le evidenti incongruenze cui ha dato adito e a cui la cronaca nazionale non ha mancato di dare risalto.

DIRITTO

Va preliminarmente esclusa ogni decadenza, non ritenendosi applicabile il disposto dell'art. 32 L. n. 183 del 2010 ad un caso quale quello di specie, in cui trattasi di prima assegnazione della sede di lavoro e non di una ipotesi di esercizio dello jus variandi in capo al datore, nel caso di specie, infatti si verte in ipotesi non già di trasferimento potestativo di un lavoratore già in servizio, bensì di prima assegnazione di un docente appena assunto e proveniente dalle G.A.E (Tribunale Ravenna, sez. lav., 11/04/2017, ud. 11/04/2017, dep.11/04/2017, n. 150), inoltre l'assegnazione definitiva d'ufficio interviene a seguito dell'istanza volontaria di mobilità dello stesso docente, ed essendo peraltro contestata nel presente giudizio non la legittimità del trasferimento ma la legittima formazione delle graduatorie per la mobilità territoriale. (Cfr. ex art. 118 disp. att. c.p.c. analoga motivazione in sentenza dell'11/4/17 - r.g. 13600/2016 d.ssa Florio e Tribunale Milano sez. lav. 06 luglio 2017 n. 1311).

Non appare superfluo, in punto di diritto, un breve excursus del quadro normativo che regola i movimenti dei docenti per l'a.s. 2016/2017.

La mobilità territoriale del personale docente per l'a.s. 2016/2017 è disciplinata dall'O.M. n. 241 dell'08.04.2016 e dal C.C.N.I. sulla mobilità siglato l'08.04.2016, e trova le sue norme base nella Legge n. 107/2015 art. 1 comma 108 (cd. "Buona Scuola").

Tale impianto normativo riguarda sia i docenti di ruolo assunti antecedentemente al piano straordinario del 2015, sia quelli assunti con



detto piano, al fine di ottenere l'ambito territoriale di titolarità.

La L. 107/15 cd. Buona Scuola ha disciplinato, in particolare, le assunzioni del personale docente, prevedendo una serie di fasi per l'assunzione del personale ancora precario di cui al Piano Straordinario di assunzione del 17.07.2015.

In base al suddetto Piano ed al CCNI sulla mobilità, secondo la fase di appartenenza, è stata disposta una modalità di assegnazione della sede di titolarità secondo un ordine cronologico delle operazioni che privilegia i docenti assunti prima dell'a.s. 2014/2015 su quelli assunti in ruolo nell'a.s. 2015/2016. Il legislatore infatti ha stabilito che al succitato piano avrebbero preso parte, innanzitutto, i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'a.s. 2014/2015 e, successivamente, quelli assunti con il piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98 lettere b) e c) e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016.

Nel dettaglio, l'O.M. n. 241 del 08.04.2016 e il CCNI sulla mobilità siglato il 08.04.2016 hanno suddiviso il piano della mobilità in 4 fasi che si susseguono in ordine cronologico: fase A, fase B, fase C e fase D.

La **fase A** è relativa ai movimenti provinciali dei docenti assunti entro l'a.s. 2014/2015 e, successivamente, di quelli assunti nel 2015/2016 nell'ambito delle fasi Zero ed A del piano straordinario previsto dalla Legge n. 107/2015.

La **fase B** è relativa alla mobilità interprovinciale degli assunti entro il 2014/2015 e, successivamente, alla mobilità su ambiti degli assunti nel 2015/2016 da fase B e C da graduatoria di merito (GM) del concorso 2012.

La **fase C** è relativa alla mobilità su ambiti degli assunti nel 2015/2016 da graduatoria ad esaurimento (GAE) nell'ambito delle fasi B e C del piano straordinario previsto dalla Legge n. 107/2015.

La **fase D** è relativa alla mobilità interprovinciale degli assunti nel 2015/2016 nelle fasi Zero ed A e nelle fasi B o C dalla graduatoria del concorso del 2012.

La fase che interessa il caso di specie è la **fase C**: la ricorrente è stata infatti assunta in ruolo nel 2015/2016 attingendo alle GAE della Scuola primaria della Provincia di Benevento.



Nell'ambito della fase C, e di ogni fase in generale, il MIUR avrebbe dovuto incrociare le preferenze degli insegnanti circa gli ambiti e il loro punteggio, e assegnare a ciascun ambito il docente con maggiore punteggio utilizzando un algoritmo mai reso noto almeno prima dell'espletamento movimenti ed il cui funzionamento ha sortito esiti applicativi ancora oggetto di accese dispute e proteste per le evidenti incongruenze cui ha dato adito e a cui la cronaca nazionale non ha mancato di dare risalto.

1. Insussistenza di *litis consorzio* necessario: non necessità di integrare il contraddittorio

Sempre in via preliminare non appare superfluo per la esponente difesa insistere per la **non necessità dell'ulteriore integrazione del contraddittorio** nei confronti dei potenziali controinteressati oltre quelli già indicati e che si sono evocati a scopo puramente prudenziale e preventivo in considerazione del diverso orientamento seguito da questo Ecc.mo Tribunale nel precedente giudizio cautelare.

Si insiste in ogni caso per la non necessità dell'integrazione del contraddittorio nei confronti dei potenziali controinteressati

Come evidenziato dal Tribunale di Vercelli nell'ordinanza cautelare del 03.01.2017 e dal Tribunale di Foggia con la ordinanza n°8933/2016 del 21 dicembre, nella sentenza del Trib di Brescia 747/17 (solo per citarne alcune tra le moltissime) non è necessario procedere alla notifica a potenziali controinteressati, perché:

a) il docente non rivendica una determinata sede di servizio, ma un *ambito territoriale*, e per questo motivo **può essere assegnato anche in soprannumero** e quindi senza riflessi diretti nei confronti dei partecipanti alla procedura di mobilità. Si aggiunga che gli ambiti di Caserta, Salerno Napoli e Roma hanno pubblicato sui rispettivi siti una lista di posti disponibili quindi non si inciderebbe neppure in modo indiretto le posizioni di terzi

b) non ricorre nel caso in disamina alcuna ipotesi di *litis consorzio* necessario e gli effetti diretti della decisione sono destinati ad incidere solo sul rapporto di impiego tra la ricorrente e il Miur e non sulla posizione di terzi.



Si rientra nella fattispecie di azioni individuali che non risentono del risultato delle azioni eventualmente proposte da altri docenti e ciò in quanto ciascun rapporto di lavoro rimane autonomo dall'altro (Trib Ravenna 150/17)

Come rileva anche il Trib di Brescia sent 747/17: *nel processo civile l'integrazione del contraddittorio è obbligatoria soltanto nei casi di litisconsorzio necessario, e cioè quando "la decisione non può pronunciarsi che in confronti di più parti", mentre nel caso di specie si richiede una pronuncia che incide sul rapporto di lavoro tra la ricorrente ed il Miur, rapporto di lavoro nel quale non sono ovviamente coinvolti altri soggetti nei cui confronti s'imponga la pronuncia della decisione."*

Va, infatti, osservato che le ipotesi di litisconsorzio necessario per le quali è applicabile la speciale disciplina dell'art. 102 c.p.c. possono essere distinte in due gruppi.

Da un lato, vi sono tutti quei casi derivanti da una scelta del legislatore di carattere eccezionale, che a loro volta si possono suddividere nei due sottoinsiemi di **litisconsorzio, c.d. propter opportunitatem**, in cui il legislatore tende ad evitare il rischio di giudicati contraddittori, prescrivendo la partecipazione necessaria di tutti i soggetti direttamente coinvolti dagli accertamenti che si devono compiere, pur in assenza di una unicità della situazione giuridica oggetto dell'accertamento (cfr. ad es. art. 1000 c.c.; art. 18 l. 24/12/69 n. 990); e di **litisconsorzio derivante da una legittimazione straordinaria** accordata dal legislatore a soggetti che non sono parti del rapporto giuridico controverso, e per la quale la stessa legge prevede l'obbligo di chiamare in causa il titolare (es. art. 2900 c.c.). In entrambi i casi, l'esigenza del litisconsorzio non deriva da una necessità insita nella stessa situazione giuridica sostanziale, che per la sua inscindibilità imporrebbe sempre e comunque la strada del litisconsorzio, bensì da una scelta discrezionale del legislatore, dettata dall'esigenza di evitare giudicati contraddittori.

Diverso è il caso del **litisconsorzio c.d. propter tenorem rationis**, in cui, anche a prescindere da una espressa previsione normativa, la necessità del litisconsorzio deriva direttamente dall'inscindibilità della situazione giuridica (plurisoggettiva) fatta valere in giudizio, tale per cui



una pronuncia in assenza di talune delle parti titolari del rapporto giuridico, sarebbe inutiliter data.

In alcuni casi è la stessa legge a chiarire espressamente che sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario, come ad esempio, nell'ipotesi prevista dall'art. 784 c.p.c. Ma anche laddove il legislatore nulla preveda, l'applicabilità dell'art. 102 c.p.c. può farsi risalire direttamente dalla natura del rapporto giuridico, come nell'ipotesi di una azione diretta alla costituzione di una servitù coattiva, ai sensi dell'art. 1032 c.c., su di un fondo in comproprietà indivisa, per la cui idoneità a sfociare in una pronuncia di merito è necessario convenire in giudizio tutti i comproprietari.

Orbene, per quanto concerne i concorrenti, pubblici dipendenti, inseriti in graduatoria nell'ambito di una procedura interna di mobilità, nell'ipotesi in cui uno di essi impugni la suddetta graduatoria in sede giurisdizionale ordinaria (trattandosi di rapporti di impiego già costituiti), chiedendo una pronuncia di accertamento del diritto derivante da una diversa posizione in graduatoria ovvero di condanna dell'amministrazione non può ravvisarsi né l'esistenza di un litisconsorzio necessario, né la necessità di notificare a tutti i concorrenti o anche solo a taluni di essi, l'atto introduttivo del relativo procedimento giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, la "trasmigrazione" del rapporto di pubblico impiego nell'orbita della giurisdizione ordinaria, si inserisce nell'ambito del processo di privatizzazione, in virtù del quale gli atti del datore di lavoro perdono la loro valenza pubblicistica per divenire meri atti di gestione del singolo rapporto. In quest'ottica, l'impugnativa della graduatoria, da parte del dipendente pubblico, per fare valere posizioni di diritto soggettivo connesse alla propria posizione, attiene esclusivamente alla posizione giuridica ed alla gestione del singolo rapporto. E la posizione dei concorrenti che potrebbero veder pregiudicata la loro posizione in conseguenza di un'eventuale pronuncia favorevole, è assimilabile a quella di qualsiasi altro "avente causa" (nella specie, dall'amministrazione), nei cui confronti la sentenza passata in giudicato può spiegare la sua efficacia riflessa ai sensi dell'art. 2909 c.c., non diversamente da quanto avviene ad esempio per la posizione del subconduttore rispetto alla causa di



sfratto intentata dal proprietario contro il conduttore-sublocatore.

Ferma restando, pertanto, la facoltà per tali soggetti di intervenire *ad adiuvandum* spiegando un intervento c.d. adesivo dipendente, ai sensi dell'art. 105 comma 2 c.p.c., non può ravvisarsi, nella condizione dell'avente causa, alcuna situazione di litisconsorzio necessario rilevante pertanto ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

Né a diverse conclusioni può giungersi alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. lav. sentenza n. 15912 del 07/07/2009 e n. 14914 del 05/06/2008), che individua sì una situazione di litisconsorzio necessario, ma facendo leva sul carattere costitutivo della sentenza ai sensi dell'art. 63 comma 2 d.lgs. 30/03/01 n. 165, laddove, per contro, nella specie, la tutela richiesta non comprende l'effetto della costituzione diretta del rapporto di lavoro.

c) non esiste nell'ordinamento processuale civile una previsione analoga a quella contenuta nell'Allegato 1/27 d.lgs. 02/07/10 n. 104 con riferimento al processo amministrativo.

Ove tuttavia l'Ill.mo Giudice ritenga di dover procedere alla integrazione del contraddittorio si chiede sin d'ora assegnarsi un termine per la notificazione ai sensi dell'art. 151 cpc del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza quanto ai soli "controinteressati" indicati nel ricorso mediante inserimento nel sito ufficiale del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca

*

2. Del diritto alla precedenza: Violazione art. 21, della legge n. 104/92, richiamato dall'art. 601 e ss del D.L.vo n. 297/94,

Alla ricorrente è stato negato - nella procedura di mobilità per l'a.s. 2016/17 nonchè in quelle successive e segnatamente nella **mobilità 2018/19 e 2019/20** - il diritto alla precedenza in ragione dell'assistenza continuativa alla suocera ed al padre, portatori entrambi di handicap grave ai sensi dell'art 3 co. 3 L. 104/92, essendo referente unica di entrambi come comprovato dalla documentazione allegata alle domande di mobilità annualmente inoltrate.

All'esito della recente mobilità del 2018 sono stati pubblicati gli elenchi dei posti liberi disponibili residui che per quanto attiene alle province di



Napoli e Caserta si versano in produzione ed ivi sono stati assegnati docenti senza alcuna precedenza sicchè laddove fosse stato riconosciuto il proprio diritto di precedenza ai sensi dell'art. 33 L. n. 104 del 1992 cit., la stessa, tenuto conto della disponibilità dei posti, avrebbe ottenuto il posto auspicato (all.ti 19-20)

Tale illegittimo disconoscimento costituisce invero coerente applicazione di una norma regolamentare e di una norma collettiva illegittime (art 8 co 5 Ord Min 2018 - da ultimo dichiarata illegittima dal Tar Lazio Roma ord 3634/18 - e art 13 CCNI mobilità dichiarato nullo da plurime corti di merito tra cui Trib La Spezia sent 15/18; Trib Catania sent 20.11.18; Trib Patti 941/18 e altre: *“a fronte della natura imperativa di tali disposizioni di tutela, che riguardano indistintamente tutti i congiunti di portatori di handicap grave, che siano referenti unici per l’assistenza, non vi sono motivi per differenziare la fruibilità del diritto di precedenza a seconda della natura della parentela. Sono dunque illegittime e vanno disapplicate le disposizioni contrattuali nella parte in cui limitano ai soli trasferimenti nell’ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l’assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave.”*)

L’**art 13 IV del CCNI** mobilità (sia del 2016 che i ss) - richiamato anche nella Ordinanza Ministeriale 203 del 08.03.2019 - ha previsto un’applicazione limitata del diritto di prescelta di cui all'art. 33 l. nr. 104 del 1992 e all’art 601 Dlgs e cioè solo all'interno della fase di mobilità (A, B, C e D) in cui le docenti sono state suddivise e non in modo assoluto e prioritario negando la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale al figlio/a che assiste il parente o affine

In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere



documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (8). 3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (9) ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001. In assenza anche di una sola delle suddette condizioni 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 assegnazione provvisoria. Il personale scolastico appartenente ad una delle predette categorie beneficia della precedenza limitatamente ai trasferimenti all'interno e per la provincia o diocesi, per gli insegnanti di religione cattolica, che comprende il comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile ed a condizione che abbia espresso come prima preferenza il predetto comune o distretto sub comunale in caso di comuni con più distretti.[...] **Nei trasferimenti interprovinciali è riconosciuta la precedenza ai soli genitori**, anche adottivi, o a chi, individuato dall'autorità giudiziaria competente, esercita legale tutela

In diritto, si rileva, in primo luogo, che l'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992, stabilisce che «Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede».

Non v'è dubbio che i principi di cui all'art. 33, L. n. 104, siano applicabili anche nel Comparto Scuola; infatti, l'**art. 601, d.lgs. n. 297 del 1994**, sancisce che «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. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità».

Tale disposizione stabilisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/92 'si applicano al personale di cui al presente testo unico' e che tali norme 'comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e **in sede di mobilità**'. Quest'ultima disposizione (art. 601) **non prevede limiti al proprio contenuto precettivo a differenza della disciplina generale**, sicché ha la struttura della **norma imperativa**



incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale. Orbene, tenuto conto che l'art. 21 prevede che *'La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai 2/3 o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10.8.1950 nr. 648 assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda'*, è possibile apprezzare l'ampia tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell'articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009.

Se è vero che l'art. 601 rinvia all'art. 21 e quindi anche alla locuzione *'ove possibile'*, locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell'Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, **è altresì vero che l'art. 601 nel secondo comma specifica che 'le predette norme (cioè gli articoli 21 e 33: ndr) comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità'**. Insomma l'art. 601 **non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza nella scelta, circostanza del tutto neutra per la PA.**

L'art. 601 cit., quindi, si limita a rinforzare la tutela di cui alla legge nr. 104 del 1992, dando concreta attuazione, a principi espressi dall'art. 38 Costituzione e da fonti sovranazionali.

Il che vuole dire, in altri termini, che **la 'precedenza' nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost.**

Ancor più specificamente il CCNL ha operato una surrettizia deroga ai principi, al dettato ed alla ratio della L. nr. 104 del 1992, laddove ha escluso l'operatività della precedenza in parola ai trasferimenti interprovinciali e l'ha limitata solo nell'ambito di ciascuna fase. Insomma il CCNI 8.4.2016 (in parte qua riprodotto da tutti i successivi Contratti



Collettivi) ha effettuato una grave limitazione dei benefici previsti dalla l. nr. 104 perchè ha previsto che i soggetti titolari della precedenza ex lege nr. 104 del 1992 ne possano fruire solo nell'ambito della fase di mobilità in cui viene esaminata la loro domanda. Ed infatti la precedenza prevista, com'è nel caso di specie, da una *lex specialis* che detta principi in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza della persona handicappata (art. 2 l. 104 del 1992) non può essere derogata da un DM, né da un CCNL contenente norme generali in materia di trasferimento. Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni da ultimo citate, deve rilevarsi la nullità dell'art. 13 del CCNL, nella parte in cui nega la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale all'insegnante che assiste un parente in situazione di handicap grave.

Condividendosi sul punto l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Taranto ord. in data 3.8.2017 est. dott.ssa Palma; Trib. Palermo ord. 31.08.2017 est. dott.ssa Marino; Trib. Cagliari ord. 7.09.2017 est. dott.ssa Muscas), «la denunciata esclusione non è compatibile con il generale disposto di cui all'art. 3 comma 5 della L. n. 104 del 1992, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) "ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede". Va infatti considerato che l'art. 601 D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297 - testo unico in materia di istruzione - stabilisce 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" (co. 1) e che "le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità" (co. 2)

Va quindi sottolineata come la natura cogente di tale disposizione, seppur priva di esplicita comminatoria di nullità di disposizioni con la stessa contrastanti, risulti 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" (art. 21 L. n. 104 del 1992) ed 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. n. 104 del 1992).»

A riguardo le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. n. 7945 del 27.3.2008) hanno affermato: "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 Cost. n. 325 del 1996). In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto anche modo di ricordare come esaminando alcuni profili della L. 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)".

Deve quindi considerarsi che il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della L. 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, comma primo, c.p.c..

A riguardo non può che richiamarsi il disposto di cui al secondo comma dell'art. **2 del D.Lgs. n. 165 del 2001**, che quanto ai rapporti tra contratto collettivo e legge prevede che "eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducono discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga ulteriormente in



senso contrario".

Pertanto, il contratto collettivo può derogare a norme pubblicistiche ma non ove vengano in rilievo disposizioni dirette a tutelare fondamentali diritti costituzionali di solidarietà sociale quale quello in esame.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi come la clausola impugnata del CCNI mobilità 2017/2018 (e ss), nel limitare la preferenza accordata al docente figlio referente unico che assista genitore affetto da handicap in situazione di gravità alla sola mobilità provinciale, accordandola invece in sede di mobilità al di fuori dell'ambito provinciale solo ai genitori di figli disabili, appaia non coerente e discriminante, negando paradossalmente la maggior tutela proprio a quei docenti che siano stati assegnati a sedi lontane dalla loro residenza, risultando quindi manifestamente violativa della norma imperativa del citato art. 33 L. n. 104 del 1992 e succ. mod., come interpretato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Appare viepiù incomprensibile il riconoscimento del suddetto diritto ex art. 3 comma 3 L. n. 104 del 1992 ai fini dell'assegnazione provvisoria annuale, di cui la ricorrente ha infatti beneficiato nell'a.s. 2016/2017 in cui è stata assegnata all'I.C. L. S. di Misterbianco, ove ha fruito pure dei permessi mensili riconosciuti al familiare che assiste il disabile ex art. 3 comma 3, e non nell'ambito della mobilità interprovinciale.

Nel caso in esame è documentata in atti e comunque incontestata detta condizione di soggetto handicappato in capo al genitore (oltreché in capo alla suocera) della ricorrente. Ne consegue, per gli stessi motivi, che il precitato art. 13, capo IV, C.C.N.I., in forza del quale l'Amministrazione non ha riconosciuto la precedenza per l'assistenza al padre portatore di handicap grave, va ritenuto nullo, disapplicato e sostituito dalla previsione di fonte legale, ope legis inderogabile (v. artt. 1339,1418,1° comma, 1419, 2° comma, c.c.; art. 40, comma 3 quinquies, t.u. sul pubblico impiego).

Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni da ultimo citate deve dichiararsi il diritto di parte ricorrente alla precedenza nella procedura di mobilità per cui è causa ex art. 33 l. 104 del 1992 e 601 del d. lgs.vo nr. 297 del 1994

Alla luce di ciò, deve essere dichiarato il diritto della ricorrente al



trasferimento, a far tempo dall'a.s. 2016/2017 o al più a far tempo dall'a.s. 2018/19 in uno degli Ambiti della Provincia di Caserta. 0008, 0007, 0010, ecc., secondo l'ordine decrescente di cui alla sua domanda di mobilità [doc. n. 1), cit.], con condanna del MINISTERO convenuto a provvedere in tal senso, se del caso anche in sovrannumero.

Non si perviene invero a conclusioni dissimili neppure accedendo ad altra e diversa opzione ermeneutica che, nel tentativo di bilanciare le contrapposte esigenze, quelle tecnico - organizzative dell'amministrazione e quelle assistenziali della persona portatrice di handicap, perviene alla conclusione che la scelta della sede non è un diritto assoluto del lavoratore, ma un diritto che va *contemperato* - con altre esigenze, egualmente rilevanti e considerate dalla legge e che è onere di quest'ultima provare in quanto fatto impeditivo (2697 cc) nonchè in base al principio della vicinanza della prova (per quanto interessa, v. Cass. 18 feb. 2009, n. 3896, Id. 20 set. 2012, n. 15873). **Tribunale Siena, 14/02/2018, n. 33**

In concreto tale contemperamento infatti ***non è stato effettuato e comunque non se ne dà prova*** nè tampoco le richiamate norme collettive a ben vedere lo consentono. Il censurato art. 13, capo IV, C.C.N.I. 2016 e 2019 cit., per il docente che assiste il familiare disabile in qualità di «referente unico», **immotivatamente limita la precedenza alla sola fase A della mobilità, con esclusione delle altre (tra le quali la C, cui ha preso parte la ricorrente)**. Potrebbe anche osservarsi che tale limitazione non è immotivata, ma risponde ad esigenze relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'istituzione scolastica, sennonché, a così opinare, si finisce per sbilanciare il contemperamento degli interessi dando una inammissibile ed eccessiva preponderanza a quelli organizzativi del datore di lavoro rispetto a quelli, attinenti alla sfera della persona (e discendenti dalle stesse disposizioni costituzionali: v. artt. 2, 29, 32, ecc.), propri del lavoratore che assiste il familiare disabile in condizioni di gravità.

In tali termini si pone anche il successivo art. 14, ribadendo che il docente può far valere la precedenza soltanto all'interno della fase di mobilità cui partecipa.

Così impostata la questione, appare condivisibile quella parte della



giurisprudenza di merito che ha ritenuto la nullità di siffatte parti del C.C.N.I., poiché sacrificano oltre misura quegli interessi attinenti alla persona che sono protetti dall'art. 33, commi 5, 6 e 7, L. n. 104 del 1992 e che debbono essere bilanciati con quelli propri del datore di lavoro nei limiti tracciati dalla stessa norma di legge e non oltre.

Appare comprovata la sussistenza dei prerequisiti per il riconoscimento del **diritto** - ai sensi dell'art 33 co 5 L. 104/92 - **a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio** essendo allegata e provata l'esistenza di posti liberi nell'ambito della provincia di Caserta e di Napoli nonché la condizione di inabilità grave del familiare (del figlio e del fratello).

Risulta *ex actis* sia l'esistenza di posti liberi di docente di scuola primaria su posto comune all'esito dei movimenti o delle immissioni in quiescenza per effetto dei pensionamenti nonché le ragioni di tutela di cui alla Legge N°104/92, circostanza quest'ultima incontrovertibile.

“Sulla base di tali premesse il bilanciamento di interessi, alla cui tutela sono predisposte le norme di cui all'art. 35 comma 5° bis Dlgs N°165/2001, ed all'art. 33 della Legge N°104/1992, effettuato alla luce dei valori costituzionali sottesi alle norme in questione, non può che risolversi con l'affermazione della preminenza degli interessi inerenti la tutela delle situazioni di disabilità ed handicap, che costituiscono la ratio della Legge N°104/1992.” (TRIBUNALE DI BOLOGNA SEZIONE LAVORO 19/01/2015).

L'eventuale diniego sarebbe in evidente contrasto con le esigenze che l'art 33 L. 104/92 intende preservare ovvero la possibilità per il lavoratore con un parente disabile di ottenere l'assegnazione di una sede di lavoro vicina. Al riguardo non può esservi dubbio alcuno circa il fatto che la giurisprudenza di legittimità e di merito da sempre pongano a carico della parte datoriale l'onere di provare l'esistenza dei motivi impeditivi al diritto alla scelta di una sede più vicina, onere a tutta evidenza non solo non assolto dall'amministrazione (*La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta delle sedi fa carico poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare*



sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 21103 c.c., u.c., **Cassazione civile, sez. un., 27/03/2008** per l'affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro cfr. ex plurimis: Cass. 22 marzo 2005 n. 6117, Cass. 15 maggio 2004 n. 9290).

La sussistenza di una situazione di assistenza continuativa è intuibile avuto riguardo allo stretto rapporto di parentela intercorrente tra la lavoratrice e la persona portatrice di handicap, il padre convivente, (e comunque compresa nel terzo grado) nonché considerando la indisponibilità degli altri fratelli perchè residenti altrove, e che per la loro indisponibilità neppure hanno richiesto i benefici previsti dalla L. 104/92 sicchè in mancanza della ricorrente, il disabile si troverebbe sprovvisto di assistenza. Si aggiunga che ai sensi dell'**art. 7 punto V del CCNI mobilità in caso di convivenza è esclusa la necessità delle autodichiarazioni degli altri familiari.**

Quanto alle esigenze organizzative della P.A., va nuovamente rimarcato che incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale, in omaggio al principio della vicinanza della prova e del generale criterio di riparto dell'onere probatorio ex art 2697 cc, quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina. D'altra parte, deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto "più vicino" al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole.

Pertanto, nella fattispecie, è l'Ente datore di lavoro il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e produttive e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lui più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la l. 104/1992 ha introdotto.

Nella giurisprudenza di legittimità, ad es. Cass. S2, 2012/n. 6008, e



ancora Cass. SL 2016/n. 12201 e n. 16651, in materia di individuazione della parte onerata della prova, con l'utilizzo del principio di riferibilità o di vicinanza ad essa. Né occorre a nostro avviso compiere il pur decisivo riferimento al principio appena sopra ricordato in tema di ripartizione soggettiva dell'onere della prova, poiché è la stessa struttura della fattispecie a guidare nella scelta interpretativa: la docente ricorrente afferma e prova (allegazione non contestata) il fatto costitutivo della miglior posizione in graduatoria, ovvero di una precedenza, che secondo la regola le attribuisce il diritto

È altresì manifesto il danno irreparabile e grave per la ricorrente consistente nel pregiudizio irreparabile ai diritti della persona connessi alla posizioni sociale e familiare: "Il diritto ad una assistenza a favore della persona con disabilità e il diritto ad essere trasferito alla filiale più vicina al domicilio, ex l. n. 104/92, sono riconosciuti come attinenti al novero dei diritti umani, poiché funzionali a diritti e valori costituzionalmente rilevanti, che si inseriscono nel quadro internazionale ed europeo" Tribunale , Bari , sez. lav. , 29/05/2018.

Va quindi sottolineata come la natura cogente di tale disposizione, seppur priva di esplicita comminatoria di nullità di disposizioni con la stessa contrastanti, risulti 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" (art. 21 L. n. 104 del 1992) ed 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. n. 104 del 1992).

Nel caso in disamina sussistono gli anzidetti presupposti in considerazione della notevole distanza della sede di titolarità assegnata alla ricorrente sita ad oltre 700 km dal luogo di residenza del padre - che assiste quale referente unico ed unica figlia convivente - affetto da inabilità grave ai sensi dell'art 3 co 3 L.104/92 come da certificato della commissione medica per l'accertamento determinata da OTTICOPATIA GLAUCOMATOSA che gli ha cagionato una cecità ad entrambi gli occhi (con residuo visus inferiore a 1/20) cui si è aggiunta un DEMENZA GRAVE a genesi mista (degenerativa – vascolare) con marcato deficit delle funzioni mnesiche, prassiche, gnosiche e incontinenza sfinterica. Mediocri condizioni generali di nutrizione e sanguificazione, atteggiamento francamente camptocormico con deambulazione a base allargata e a piccoli passi ipertensione ed ipercolesterolemia in trattamento terapeutico.

Le condizioni che individuano il referente unico sono elencate nell'art.7 punto V del CCNI sulla mobilità del personale docente e sono 3 :

- 1) documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;
- 2) impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, documentate con autodichiarazione, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. L'autodichiarazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445, così come modificato ed integrato dall'art. 15, della legge 16 gennaio 2003, n. 3 e dall'art. 15 comma 1 della L. 183/2011.
- 3) essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire per l'intero anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di



permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001.

Se sono soddisfatte e dichiarate queste tre condizioni il figlio che si prende cura del genitore è individuato come figlio/a “referente unico”.

In buona sostanza la condizione di referente unico, deriva dalla circostanza, documentata con autodichiarazione, che il coniuge o eventuali altri figli conviventi non siano in grado di effettuare l'assistenza al genitore con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive. Nel caso che l'assistito/a sia vedovo/a ed abbia un unico figlio convivente che si prende cura del suo stato di salute, che deve essere certificato come stato di gravità ai sensi dell'art.3 comma 3 della stessa legge 104/92, ed inoltre questo figlio sia anche l'unico ad avere chiesto la fruizione per l'intero anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del D.L.vo 151/2001, allora non c'è dubbio che sia il referente unico

Alla assistenza al padre inoltre la ricorrente si aggiunge quella già da tempo più risalente assicurata alla suocera, alettata, affetta da patologia inabilitante come da verbale della commissione presso l'INPS (artrite reumatoide, diabete melito, cerebropatia vascolare con demenza senile)

Si aggiunga la naturale condizione di temporaneità del dato di fatto costituito dall'esistenza di posti liberi e non assegnati né assegnabili nell'immediato futuro.

La lontananza dalla residenza incide pregiudizialmente anche sul godimento dei rapporti parentali che la Costituzione agli artt 29 e ss e in particolare sull'espletamento dei suoi doveri di genitore previsti dal codice civile nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia.

La giurisprudenza di merito, propende per la necessaria verifica dell'esistenza concreta ed attuale, di uno specifico periculum in mora discostandosi da quelle decisioni giurisprudenziali che in passato ritenevano il requisito de quo presente nella maggioranza dei casi, tenuto conto del disagio insito naturalmente in certe vicende del rapporto di lavoro (quali licenziamenti, trasferimenti, procedimenti disciplinari) che, inevitabilmente, erano fonte di disagio più o meno grave, in particolare per



quello che è considerato il contraente debole. Nel caso che ci occupa si profilano due significative emergenze che rendono improcrastinabile approntare una tutela immediata.

Nel caso di specie, la ricorrente, ha due figli (Ferrante Antonio nato il 05.10.87 e Ferrante Giulia nata il 27.05.95) che non potrebbe più adeguatamente seguire ed assistere ad una tale distanza.

Rebus sic stantibus è evidente la sussistenza degli elementi di fatto già diretti alla produzione del pregiudizio e l'irreparabilità del danno, posto che nel tempo occorrente per far valere il proprio diritto in un ordinario giudizio di merito la ricorrente rischia una pronuncia di merito che si rivelerebbe inutiliter data anche in ragione della prossima apertura delle scuole con l'inizio del nuovo anno scolastico ed il consolidarsi delle assegnazioni alle scuole dei docenti interessati dalla mobilità e dalle nuove assunzioni.

Si tratta, a tutta evidenza, di aspettative legittime di natura non patrimoniale e primaria che verrebbero irrimediabilmente frustrati dalla durata di un giudizio ordinario.

Tale circostanza costituisce un rischio concreto di danno grave e irreparabile al diritto della ricorrente ad ottenere una sede di servizio più vicina alla residenza paterna.

Si aggiunga che la disponibilità di posti vacanti è destinata ad erodersi ancor di più anche per effetto delle assunzioni nei ruoli della scuola all'esito dell'imminente concorso in spregio al principio di precedenza della mobilità territoriale o professionale sulle nuove assunzioni prevista - oltre che dalla legge speciale - anche, sul piano generale, dal D. Lgs. 165/2001 (c.d. "Testo Unico del Pubblico Impiego").

I prescritti caratteri di imminenza e irreparabilità del pregiudizio sono inoltre integrati anche dalla inevitabile tardività di una decisione di merito che giungerebbe, laddove si consideri la prevedibile durata del giudizio ordinario, soltanto dopo l'esaurimento dei posti vacanti e disponibili per effetto della mobilità e della procedura concorsuale.

I tempi necessariamente lunghi del giudizio ordinario non solo determinerebbero il permanere di una situazione antigiusuridica, ma rischierebbero di pregiudicare il diritto della ricorrente a ricongiungersi



anche per gli anni successivi al proprio nucleo familiare, residente in provincia di Caserta, diritto che concernendo la sfera professionale ed essendo espressione di valori costituzionali, si appalesa insuscettibile di risarcimento per equivalente.

I fratelli e i cognati della ricorrente, come dalle dichiarazioni rese, non possono provvedere all'assistenza quotidiana del padre.

Non v'è dubbio che il mancato trasferimento della ricorrente in un ambito prossimo a quello di residenza del padre oltre che del suo nucleo familiare, in uno alla progressiva assegnazione delle sedi messe a disposizione - e per effetto della prossima mobilità e per effetto delle prossime procedure concorsuali - espone la ricorrente ad un radicale cambiamento di vita, che prevedibilmente non potrà migliorare per i prossimi anni.

Risulta ex actis sia l'esistenza di posti liberi dopo le operazioni di mobilità e per i quali non sono già state avviate procedure di assegnazione di incarico, nonché con riferimento alla sussistenza delle ragioni di tutela di cui alla Legge N°104/92, circostanza quest'ultima, incontrovertita.

Tali conseguenze pregiudizievoli, lesive di prerogative e diritti costituzionalmente tutelati, non reintegrabili successivamente in forma specifica o attraverso meccanismi risarcitori, sono adeguatamente evitabili solo con un provvedimento di natura cautelare, idoneo a preservare il diritto invocato, verosimilmente sussistente, durante il tempo necessario a farlo valere in via ordinaria

E' appena il caso di evidenziare al riguardo che dagli Uffici Scolastici di Napoli e Caserta sono stati pubblicati gli elenchi dei posti liberi o che si libereranno all'inizio del prossimo anno scolastico per effetto dei pensionamenti.

In ragione delle osservazioni sopra svolte ne segue il diritto della ricorrente al riconoscimento del titolo di precedenza per assistenza al genitore residente in Casagiove (prov Caserta) con handicap grave ai fini della mobilità per l'a.s. 2018/19 e per l'a.s. 2019/2020.

*

3. Della Violazione del criterio del punteggio e dell'ordine di successione delle fasi per cui la fase "C" precede la fase "D" art 1 co



108 lett. c) L 107/15; art 6 e all.to 1 DEL CCNI SULLA MOBILITA' - O.M. 08.04.2016 N. 241 E 242 e della catena di prossimità

Con salvezza delle ragioni spiegate a voler seguire il criterio meritocratico ordinario del punteggio nell' assegnazione degli ambiti **la ricorrente avrebbe dovuto essere assegnata, comunque all'ambito Campania 009 o 009 (prov Caserta) o ancora, in subordine, all'ambito Lazio 001 in cui risultano essere stati assegnati docenti con punteggio inferiore.**

Non si spiega il perchè il posto comune sull'ambito Ambito 009/008 Campania o in subordine l'Ambito 001 Lazio, nella scuola primaria, non sia stato individuato quale sede di trasferimento per la odierna ricorrente che lo aveva espressamente richiesto. Il rispetto del criterio del punteggio e di viciniorietà imponeva l'individuazione di una sede meno disagiata rispetto a quella illegittimamente individuata. Di contro, siffatta sede è stata assegnata ingiustamente a docenti con minore punteggio e all'ambito Campania 004 indicata tra le preferenze dalla ricorrente alla posizione 7 (come si dirà appresso) è stata assegnata nella fase successiva (la Fase D) alla docente Rubino che però opera, ai termini del CCNI sulla mobilità, solo in via residuale, e cioè rispetto ai posti rimasti disponibili a seguito della conclusione della precedente fase.

Non può revocarsi in dubbio che il criterio meritocratico sia quello del più alto punteggio e non dell'ordine delle preferenze espresse. Infatti come stabilito dalla giurisprudenza maggioritaria (**Tribunale Siena sent. 19/06/2017, n. 115; Tribunale di Torino sent 1258/17; Trib Torino sent 863/18; Trib Brescia sent 747/17 e Trib Pesaro sent 206/17**) è vero che l'All.to 1 al CCNI mobilità stabilisce - con disposizione comune a tutte le quattro fasi contemplate - che “ *Per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alle tabelle di valutazione dei titoli allegati al presente contratto*” ma esso aggiunge anche che “**L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio**”. A parità di punteggio e precedenza, la posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica. Il criterio di assegnazione come confermato dalla costante giurisprudenza è dato dal punteggio e non dall'ordine delle preferenze.



Ne segue che le domande di altri docenti che hanno partecipato alla mobilità nella medesima fase (C) della ricorrente, ma con un punteggio inferiore non potevano essere affatto esaminate prima di concludere l'esame della domanda della istante e di aver verificato la disponibilità o meno di posti negli ambiti, tutti, indicati dalla stessa nella sua domanda di mobilità

La questione è stata affrontata da plurime pronunce in primis da quella del tribunale di Monza, Venezia, Vercelli Taranto, Brescia cui si sono uniformate tutte le successive

La riconosciuta prevalenza all'ordine di preferenza a discapito del punteggio, per il Giudice veneziano *"non trova alcun aggancio normativo"* nelle specifiche regole dettate a riguardo.

Nell'anzidetto allegato 1 del CCNI:

1. A ciascun docente era richiesto di inserire nella domanda, in ordine di preferenza, tutti gli ambiti territoriali;
2. A ciascun docente era assegnato un punteggio determinato secondo la tabella di valutazione contenuta nel predetto CCNI, costituito da:
 - a) una **parte fissa**, ovvero il *"punteggio base"* (indicato nella notifica della domanda di mobilità validata dal MIUR) e
 - b) una **parte variabile** (*"punteggio variabile"*), ovvero 6 punti riconosciuti a fronte di particolari esigenze (ad esempio per ricongiungimento al coniuge, genitori o figli), attribuiti solo in relazione all'ambito territoriale riferito ad uno specifico Comune.
 - c) Il CCNI Mobilità impone all'amministrazione di considerare per ciascun docente l'ordine di preferenza e di stabilire l'ordine di graduatoria e **di trattazione delle domande** secondo il punteggio assegnato.

Il criterio della preferenza *"non appare conforme al dettato dei menzionati decreti e del CCNI, dalla lettura dei quali non si evince che il criterio della preferenza debba prevalere su quello, generale, del punteggio. L'interpretazione del dettato della norma nei termini indicati dal MIUR infatti non discende dal dato letterale, ove si legge, senza limitazioni di ambito, che "L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più*



alto punteggio" e non appare neppure conforme ai principi di buona e imparziale amministrazione, in considerazione dell'assoluta irrazionalità ed aleatorietà degli esiti cui porta -come nel caso in esame ove la ricorrente con 45 punti si è vista superare, negli ambiti prescelti, da aspiranti con punteggio pacificamente inferiore solo in ragione dell'ordine di preferenza attribuito agli ambiti richiesti da ciascun concorrente all'insaputa delle scelte degli altri. Il criterio adottato dal MIUR dunque, deve ritenersi illegittimo (si richiamano in senso conforme - pur nella consapevolezza dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale di segno contrario - precedenti pronunce di giudici di merito che hanno esaminato situazioni del tutto sovrapponibili a quella per cui si procede quali Tribunale Taranto, ord. del 20.9.2016; Tribunale Trani, ord. del 14.9.2016; Tribunale Foggia, ord. del 5.10.2016; Tribunale di Brindisi, ord. del 11.10.16; Tribunale Nocera Inferiore Ord. del 13.10.16; Trib. Monza Ord. 15 gennaio 2017 d. ssa S.; Trib. Ravenna, 16.11.16, Dr. B.; Trib. Vercelli sez. lav., sent. 3.1.2017 dr. B.; Trib. Como 19.12.16 ed altre conformi). **Tribunale Milano, sez. lav., 06/07/2017, (ud. 09/05/2017, dep. 06/07/2017), n. 1311**

L'art. 1 co. 108 della legge n. 107 del 2015 così dispone:

"Per l'anno scolastico 2016/2017 è avviato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia, rivolto ai docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015. Tale personale partecipa, a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia, di cui all'articolo 399, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c). Successivamente, i docenti di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016, partecipano per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale."

La procedura di mobilità in questione è stata poi disciplinata più nel dettaglio **dall'art. 6 del CCNL dell'8 aprile 2016**, che ha previsto una sua articolazione in quattro fasi e, con riferimento alla fase C qui d'interesse, quella relativa agli assunti nell'anno scolastico 2015/2016 dalle Gae, ha stabilito:



"Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti da GAE, parteciperanno a mobilità territoriale. La mobilità avverrà su istanza di parte ovvero, in assenza di istanza, d'ufficio, nel limite dei posti vacanti e disponibili in tutti gli ambiti inclusi quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE, dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo un ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali. L'ordine di preferenza è indicato nell'istanza ovvero determinato o completato d'ufficio. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza. (...) Le operazioni di cui alle fasi del comma 1 sia per la mobilità professionale che per la mobilità territoriale avvengono secondo l'ordine definito dall'allegato l. A sua volta, **l'allegato 1 del CCNL** prevede, per la fase C), che "l'ordine delle operazioni dei movimenti, sarà il seguente: a. trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenzae nell'ordine di cui al punto III) -1)- 2) e 3) dell'art. 13 del presente contratto; bl. trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari della precedenza di cui al punto V) dell'art. 13 del presente contratto: genitori di disabile; b2. trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari della precedenza di cui al punto V) dell'art. 13 del presente contratto: assistenza familiari; c. trasferimenti, a domanda, dei docenti beneficiari delle precedenzae di cui al punto VI) dell'art. 13 del presente contratto; d. trasferimenti a domanda dei docenti beneficiari della precedenza di cui al punto VII) dell'art. 13 del presente contratto; e. trasferimenti dei docenti che non usufruiscono di alcuna precedenza. Per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli allegata al presente contratto. **L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio.** A parità di punteggio e precedenza, la posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica."

Il punteggio determinato secondo la tabella di valutazione (Allegato D al CCNL) è costituito da un "punteggio base" fisso determinato dall'anzianità di servizio, dalle esigenze familiari e dal possesso di titoli generali - cui può aggiungersi un punteggio "variabile".

In particolare, sono riconosciuti 6 punti per il ricongiungimento al coniuge, ai genitori o ai figli oppure per la cura di prossimi congiunti con disabilità. Questa parte variabile spetta al docente solo in relazione all'ambito territoriale riferito ad uno specifico Comune.



Secondo le previsioni contrattuali già citate, l'amministrazione doveva considerare per ciascun docente l'ordine di preferenza e, per stabilire l'ordine di graduatoria, il punteggio assegnato, punteggio che poteva variare nei vari ambiti richiesti tra le preferenze.

È in questa prospettiva che va intesa la previsione di cui all'allegato 1 per cui "per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla Tabella di valutazione dei titoli allegata al *presente contratto*". Infatti, proprio per la variabilità del punteggio a seconda dell'ambito di assegnazione, non era possibile per l'Amministrazione redigere un'univoca graduatoria tra tutti i docenti interessati, ma occorreva l'individuazione del loro punteggio in relazione a "ciascuna preferenza", da intendersi come "ciascun ambito territoriale indicato tra le preferenze".

Poiché il punteggio poteva variare a seconda dei vari ambiti richiesti tra le preferenze (secondo che nell'ambito richiesto fosse o meno riconoscibile "il punteggio variabile"), il CCNI, all'allegato 1, ha previsto che "*per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli allegata*", il punteggio di ciascun docente era variabile a seconda dell'ambito assegnato, sicché non era possibile per l'Amministrazione redigere una graduatoria univoca, bensì occorreva individuare il punteggio in relazione "*a ciascuna preferenza*", ovvero in relazione a "*ciascun ambito territoriale indicato tra le preferenze*".

Tanto precisato, non è condivisibile la diversa tesi sostenuta dal Miur, secondo la quale la previsione dell'Allegato 1 imponeva il confronto tra prime preferenze di ciascuno dei docenti, laddove in caso di prima preferenza coincidente tra più di essi la scelta sarebbe stata condotta in relazione al diverso punteggio, operante dunque come criterio successivo ed eventuale. Tale interpretazione si pone in contrasto con la previsione secondo cui non solo "*per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla Tabella di valutazione dei titoli allegata al presente contratto*", ma anche "**L'ordine in cui vengono esaminate le richieste dato dal più alto punteggio. A parità di punteggio e precedenza, la**



posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica."

Inoltre, tale interpretazione si pone in contrasto anche con l'art. 97 Cost. per come declinato dall'art. 28 D.P.R. n. 487 del 1994, a norma del quale nei procedimenti concorsuali della P.A. va prioritariamente soddisfatto chi ha un punteggio maggiore.

Tenuto conto della particolare natura del rapporto di pubblico impiego, pur nell'ambito dell'applicabilità di regole gestionali privatistiche, l'esercizio dello *jus variandi* datoriale deve avvenire in forme proceduralizzate che assicurino l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa ex art 97 Cost. Ciò giustifica il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica benchè la PA nell'esercizio dello *jus variandi* operi in ambiente certamente privatistico: le amministrazioni interessate a dare luogo alla mobilità devono necessariamente predisporre un avviso pubblico o comunque un bando di concorso che contengano le regole per ottenere il passaggio in mobilità, da pubblicarsi secondo i principi generali in materia, con modalità che ne consentano la piena visibilità e conoscibilità a tutti i possibili aspiranti. Si è, pertanto, in materia di rapporti di diritto privato e gli oneri imposti alla pubblica amministrazione dalle nuove disposizioni introdotte dall'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 Cost., e, precisamente, i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione» (C. Cost., 3-12 novembre 2010, n. 324). L'imparzialità è assicurata giustappunto del criterio oggettivo del punteggio che assicura la equidistanza del soggetto pubblico rispetto alle varie posizioni e candidature.

Ne consegue che la preferenza accordata a docenti con meno punti risulta contraria alla disciplina applicabile come sopra ricostruita ed è illegittima perchè viola il **principio meritocratico** secondo il criterio del punteggio e dello scorrimento della graduatoria di cui all' **art 2 co 3 e art 6 CCNI mobilità e in particolare all'Allegato 1 al CCNI** posto a garanzia del principio di imparzialità ex art 97 cost in relazione all'art. 28 D.P.R. n. 487 del 1994, (secondo cui la P.A., nelle procedure concorsuali o anche solo comparative e non assunzionali, deve accontentare prioritariamente



chi ha un punteggio maggiore e riportarsi alle sentenze depositate telematicamente).

Si aggiunga che se fosse fondata la prospettazione difensiva sostenuta dal MIUR in plurimi giudizi (e sempre puntualmente disattesa dai vari Tribunali) secondo cui non esiste un'unica graduatoria nazionale, ma tante graduatorie quante sono le preferenze, allora, in omaggio ai principi costituzionali e inderogabili di trasparenza e imparzialità, il MIUR avrebbe dovuto pubblicare tante graduatorie quanti sono gli ambiti e le province esprimibili come preferenze dai docenti che hanno presentato la domanda di mobilità ed avrebbe altresì dovuto indicare, per ogni docente assegnato ad un ambito, la posizione occupata da quello specifico ambito nell'ordine delle preferenze espresse dal docente nella sua domanda di mobilità. Si tratta di una scelta che sfugge a qualsivoglia spiegazione, non evincendosi dalla disciplina esaminata un criterio di assegnazione alternativo (e prevalente) rispetto a quello del punteggio (che nel suo ammontare non viene contestato né dalla ricorrente né dal MIUR).

Né appare convincente la spiegazione fornita dal MIUR, ove si afferma che, asseritamente in applicazione dei criteri di cui ai decreti ministeriali menzionati, "Nell'assegnazione dei docenti agli ambiti desiderati ha assunto particolare rilievo la loro collocazione nella gerarchia delle preferenze espresse dall'interessato. In sostanza, con riferimento ad ogni ambito territoriale, sono stati graduati tutti i concorrenti che lo hanno espresso per primo tra le loro preferenze ed al termine di tale operazione, coloro che sono stati soddisfatti sull'ambito da loro espresso come prima preferenza, non sono stati più trattati; successivamente - con riguardo a ciascun ambito territoriale - sono stati graduati coloro che lo avessero espresso come secondo nella lista delle preferenze e che non fossero stati soddisfatti sulla prima preferenza espressa. Tale meccanismo è stato ripetuto per tutti gli ambiti esprimibili sino a che non sono terminati o i soggetti da trattare o i posti disponibili.

In questa logica, l'ordine delle preferenze espresse costituisce il primario criterio di graduazione degli aspiranti alla **mobilità** ed il punteggio da essi posseduto costituisce un criterio suppletivo che opera all'interno di ogni singolo ambito considerato nel corso della procedura. Ne consegue



pertanto che è ben possibile che un soggetto sia stato soddisfatto a discapito di un altro che pure vanta maggior punteggio, purché lo sia per un ambito che egli ha espresso prima nell'ordine delle sue preferenze

Altrimenti detto, avendo relegato il punteggio a criterio secondario operante in via sussidiaria rispetto all'ordine delle preferenze, il principio di trasparenza - strumentale allo scrutinio di regolarità e correttezza dell'azione amministrativa - imporrebbe la pubblicazione di tante graduatorie quante sono le preferenze esprimibili e di specificare, per ogni docente, la posizione cui, nell'ordine delle preferenze espresse nella propria domanda, è stato collocato l'ambito in oggetto. Ciò non è stato assolutamente previsto nè nel CCNI nè nell'Ordinanza Ministeriale, sicché non è possibile *ex post*, neppure stabilire che le assegnazioni siano avvenute rispettando il criterio delle preferenze come non condivisibilmente nè plausibilmente sostenuto dal MIUR.

Per effetto della contestata illegittimità, la ricorrente, risultando ancora titolare - benché illegittimamente - dell'ambito provinciale di Milano, ha dovuto partecipare, per l'a.s. 2017/18, alla mobilità interprovinciale indicando quale ambito di provenienza e di attuale titolarità ancora quello di Pesaro (sic!!!!) mentre docenti con meno punti ed assegnati all'ambito provinciale di Napoli o di Caserta hanno potuto partecipare alla mobilità provinciale - che in quanto tale precede la mobilità interprovinciale - vedendo ulteriormente avvicinata la loro sede di lavoro al comune di residenza.

Sono riportati i nominativi di docenti che con un punteggio inferiore rispetto a quello della ricorrente (che al tempo della mobilità 2016/17 ammontava a 12 + 6 punti) sono stati assegnati alla provincia di Roma o in Campania (in sede di prima assegnazione o per effetto di ordinanze cautelari ma in ogni caso privi di titoli di precedenza come risulta dai bollettini pubblicati dall'USP CASERTA) ed hanno potuto partecipare ai trasferimenti provinciali anziché ai movimenti interprovinciali vedendosi così non solo preferire in forza del citato art 6 co 2 CCNI nell'attribuzione delle sedi a chi come la ricorrente non era stata assegnata ad alcuna provincia della Campania pur avendo un punteggio maggiore, ma addirittura si è avvicinato ulteriormente alla propria residenza.



Nel tentativo di interpretare le scelte operate dal MIUR pur reso difficile e a tratti velleitario stante l' opacità delle condotte avverse censurate, l'algoritmo utilizzato dal MIUR sembrerebbe, a ben vedere, aver accordato prevalenza al criterio della preferenza su Ambito senza tener conto della preferenza espressa dal docente in ordine alla tipologia di posto (comune/inglese) né del punteggio vantato sicchè se il docente "A", con maggior punteggio, ha collocato, nell'ordine delle preferenze, un Ambito territoriale "X" in posizione non prioritaria (es al 3° posto) rispetto ad altro docente "B" con minor punteggio che tuttavia ha collocato, nel suo ordine di preferenze, il medesimo Ambito "X" in posizione prioritaria o comunque anteriore (es al 2° posto), ad essere trasferito nell'ambito suddetto sarà il docente "B" ossia il docente con minor punteggio e non il docente A che vanta un punteggio maggiore o notevolmente maggiore.

Si aggiunga che anche il vaglio di disponibilità della tipologia di posto (comune/inglese) è avvenuto in senso verticale verificando per ogni docente la disponibilità del tipo di posto scelto come prioritario (comune o inglese) nei diversi ambiti territoriali prescelti e non in modo orizzontale - come sarebbe dovuto avvenire - ossia verificando contemporaneamente, all'interno degli ambiti indicati dal docente, la disponibilità di entrambe le tipologie di posto (comune e inglese).

Sicchè se il docente "A" con maggior punteggio ha posto la propria preferenza su posto comune ed il docente B con punteggio anche notevolmente inferiore ha invece accordato preferenza su posto di lingua inglese, il docente B prevale sul docente A se nel medesimo ambito prescelto da entrambi risulta disponibile solo il posto di lingua inglese.

In altri termini, nell'assegnazione dei posti risulterebbe essere stato determinante non già il punteggio posseduto dal singolo docente e valutato secondo la tabella allegata al CCI (come invece avrebbe dovuto essere stando alla lettera dell'art 6 CCNI e dell'allegato 1 del CCNI) ma piuttosto l'ordine di preferenze espresse sia per ambito che per tipologia di posto.

Orbene, alla luce dell'impianto normativo suesposto è agevole rilevare il macroscopico errore in cui è incorso il sistema predisposto dal MIUR: se l'algoritmo avesse, infatti, rispettato le norme legislative, ministeriali e



contrattuali innanzi descritte la ricorrente, in disparte le esigenze cautelari prospettate, sarebbe stata assegnata all'Ambito Campania 004 (provincia di Benevento), e non già nella provincia di Perugia, vista peraltro la disponibilità di posti assegnati agli insegnanti di scuola primaria nella fase C nell'ambito prescelto con punteggio inferiore al suo e senza alcun diritto di precedenza (**allegati**).

Nel caso di specie le richiamate disposizioni non sono state osservate dal momento che l'Ambito Lazio 001, 005. 0015 e ecc. della provincia di Roma, collocato tra le posizioni prioritarie dalla ricorrente è stato assegnato a docenti con punteggio inferiore a quello della ricorrente mentre la medesima è stata assegnata ad un ambito regionale non richiesto in palese violazione, oltre che del principio di prossimità espresso sia nella citata O.M. anche dal CCNI, del **principio meritocratico e dello scorrimento della graduatoria** di converso espressamente richiamato dalla citata **1. 107/15 art 101** "*Per ciascuna iscrizione in graduatoria, e secondo l'ordine di cui al comma 100, la provincia e la tipologia di posto su cui ciascun soggetto è assunto sono determinate scorrendo, nell'ordine, le province secondo le preferenze indicate e, per ciascuna provincia, la tipologia di posto secondo la preferenza indicata.*"

Non v'è dubbio che nella specie l'Amministrazione, non rispettando l'ordine degli ambiti territoriali indicati nella domanda di trasferimento dalla docente, ha violato il **principio generale ed inderogabile dello scorrimento della graduatoria** fondato sul merito espresso dal punteggio attribuito nella fase trasferimenti e corrispondente a taluni requisiti espressamente richiesti nella domanda di trasferimento allegata alla cit O.M. quali: l'anzianità di servizio (all.to D della O.M. 241/16), la continuità del servizio (all.to E O.M. 241/16), titoli conseguiti (all.to A dell'O.M. 241/16) e l'inserimento pluriennale nella Gae provinciale.

Il principio dello scorrimento della graduatoria, è noto, vincola la P.A in quanto anche la procedura di mobilità è basata su di una *graduatoria alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio e le situazioni familiari dell'interessato cui corrispondono determinati punteggi* (ord Trib Trani 28744/16 del 16/09/16 rg 5890/16).



Tale condotta concreta una violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) come di seguito si dirà, oltre che dell'**art. 1, comma 108, L. n. 107/2015, dell'art. 6 CCNI mobilità scuola del 8.4.2016, e dell'O.M. n. 241/2016, nonché dell'art. 28, comma 1, d.P.R. n. 487/1994.**

Sul **piano logico** l'assunzione dell'ordine delle preferenze come criterio di individuazione dell'ambito territoriale di destinazione di ogni docente avrebbe dovuto imporre agli Uffici Scolastici Provinciali la pubblicazione, all'interno degli elenchi dei docenti trasferiti nei rispettivi ambiti territoriali, accanto al punteggio e prima dello stesso, della precisa *posizione* (1[^], 2[^], 3[^] ecc.) occupata da quello stesso ambito nell'ordine delle preferenze espresse dal docente nella propria domanda di mobilità.

Esemplificando, se il criterio da applicarsi fosse il criterio *di preferenza numerico – posizionale*, allora al fine di stabilire se la docente Ricorrente avesse titolo ad essere trasferita all'ambito territoriale di Salerno (o ad altro ambito indicato nella sua domanda) con preferenza rispetto ai docenti ivi effettivamente assegnati, l'Ufficio scolastico di Salerno avrebbe dovuto indicare - per ogni docente inserito nell'elenco finale - accanto al punteggio (ed ancor prima dello stesso!), altresì la precisa posizione ordinale (1[^], 2[^], 3[^] ...) in cui il docente trasferito aveva collocato l'ambito di Salerno (Campania 024) nell'elenco delle preferenze espresse nella propria domanda di mobilità.

In mancanza di tale pubblicazione, ignorandosi le posizioni delle preferenze espresse nelle rispettive domande di mobilità da tutti gli altri docenti assegnati ad uno degli ambiti prescelti anche dalla Ricorrente, stante la irrilevanza a tal fine del punteggio, ed esclusa la esistenza di un'unica graduatoria nazionale, non è possibile alcuna verifica comparativa *ex post* tra i candidati né ancor più escludere, per ciascuno degli ambiti indicati dalla Ricorrente nella propria domanda, che non siano stati ivi assegnati docenti i quali, a prescindere dal punteggio posseduto, abbiano indicato l'ambito di effettiva assegnazione in una posizione inferiore o comunque deteriore rispetto alla posizione in cui lo stesso ambito compare nell'ordine delle preferenze espresse dalla ricorrente



Né tale il riscontro comparativo tra le diverse posizioni può ritenersi limitata ai soli docenti indicati *esemplificativamente* nel ricorso introduttivo del primo grado di giudizio dalla Ricorrente e dei quali in prime cure l'amministrazione neppure ha prodotto le domande di mobilità che *solo per alcuni di loro* sono ora offerte in produzione.

Tenuto conto della particolare natura del rapporto di pubblico impiego, pur nell'ambito dell'applicabilità di regole gestionali privatistiche, **l'esercizio dello jus variandi deve avvenire in forme procedimentalizzate che assicurino l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa ex art 97 Cost.** Ciò giustifica il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica benché la PA nell'esercizio dello jus variandi operi in ambiente certamente privatistico: le amministrazioni interessate a dare luogo alla mobilità devono necessariamente predisporre un avviso pubblico o comunque un bando di concorso che contengano le regole per ottenere il passaggio in mobilità, da pubblicarsi secondo i principi generali in materia, con modalità che ne consentano la piena visibilità e conoscibilità a tutti i possibili aspiranti. Si è, pertanto, in materia di rapporti di diritto privato e gli oneri imposti alla pubblica amministrazione dalle nuove disposizioni introdotte dall'art. 49 del d.lgs. n. 150 del 2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 Cost., e, precisamente, i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione» (C. Cost., 3-12 novembre 2010, n. 324). L'imparzialità è assicurata giustappunto del criterio oggettivo del punteggio che assicura la equidistanza del soggetto pubblico rispetto alle varie posizioni e candidature.

Ne consegue che la preferenza accordata a docenti con meno punti risulta contraria alla disciplina applicabile come sopra ricostruita ed è illegittima perché viola il **principio meritocratico** secondo il criterio del punteggio e dello scorrimento della graduatoria di cui all' **art 2 co 3 e art 6 CCNI mobilità e in particolare all'Allegato 1 al CCNI** posto a garanzia del principio di imparzialità ex art 97 cost in relazione all'art. 28 D.P.R. n. 487 del 1994, (secondo cui la P.A., nelle procedure concorsuali o anche solo comparative e non assunzionali, deve accontentare prioritariamente chi ha un punteggio maggiore e riportarsi alle sentenze depositate



telematicamente).

Si aggiunga che se fosse fondata la prospettazione difensiva sostenuta dal MIUR in plurimi giudizi (e puntualmente disattesa dalla gran parte dei Tribunali) secondo cui *non esiste un'unica graduatoria nazionale, ma tante graduatorie quante sono le preferenze*, allora, in omaggio ai principi costituzionali e inderogabili di trasparenza e imparzialità, il MIUR avrebbe dovuto pubblicare tante graduatorie quanti sono gli ambiti e le province esprimibili come preferenze dai docenti nella domanda di mobilità ed avrebbe **altresì dovuto indicare, per ogni docente assegnato ad un determinato ambito, la posizione occupata da quello specifico ambito nell'ordine delle preferenze espresse da ogni singolo docente nella sua domanda di mobilità.** Altrimenti detto, avendo relegato il punteggio a criterio secondario operante in via sussidiaria rispetto all'ordine delle preferenze, il principio di trasparenza - strumentale allo scrutinio di regolarità e correttezza dell'azione amministrativa - imporrebbe la pubblicazione di tante graduatorie quante sono le preferenze esprimibili e di specificare, per ogni docente, la posizione cui, nell'ordine delle preferenze espresse nella propria domanda, è stato collocato dal singolo docente l'ambito in oggetto. Ciò **non è stato assolutamente previsto nè nel CCNI nè nell'Ordinanza Ministeriale, nè dagli elenchi pubblicati dagli uffici scolastici provinciali risulta in corrispondenza dei nominativi anche l'ordine di preferenza assegnato dal docente all'ambito in questione nella domanda di mobilità.** Ne segue che è di fatto **IMPOSSIBILE** *ex post*, **VERIFICARE** se le assegnazioni siano avvenute rispettando il *criterio di preferenza numerico - posizionale della domanda* come non condivisibilmente né plausibilmente sostenuto dal MIUR per la più ovvia delle ragioni ossia perché non è stata resa pubblica la posizione assegnata dal docente alla preferenza.

Né può ritenersi che una siffatta verifica di correttezza delle assegnazioni dei docenti agli ambiti richiesti operata dalla PA secondo l'asserito *criterio posizionale* delle preferenze debba essere rimessa al ricorrente. Un siffatto modo di argomentare trasformerebbe un *obbligo inderogabile* della P.A. posto a presidio del canone costituzionale della trasparenza, del buon andamento ed imparzialità del suo agire ex art 97 Cost in un *onere*



probatorio diabolico dell'amministrato e suscettibile solo di una verifica processuale, eventuale e postuma. Ma v'è di più!

Per altro verso, risulterebbe ingiustamente gravatoria della posizione attorea e sovversiva del principio della vicinanza della prova, porre a carico della ricorrente l'onere di provare per ciascuno dei docenti di cui agli allegati elenchi della Campania e del Lazio preferiti alla Ricorrente (dunque non solo i due, Citro e Izzillo, indicati a titolo esemplificativo nel ricorso per l'ambito 0024 della Campania, ma anche per tutti gli altri assegnatari di cattedre in ambiti diversi) quale ambito territoriale avessero indicato come primo tra le preferenze, e se effettivamente l'ordine sopra descritto — e previsto dalla contrattazione collettiva — fosse stato rispettato.

Ne consegue il diritto della ricorrente ad essere assegnata, in subordine alle ragioni di cui al precedente capo, all'ambito Campania 009 o 008 o 0013 o ancora 0014 ovvero in subordine all'ambito Lazio 001 .

*

4. Dell'ordine di successione delle fasi: violazione dell'art 6 commi 1 e 2, del CCNI per inosservanza dell'ordine di successione delle fasi C e D

L'art 6 CCI così dispone:

1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi Zero ed A del piano assunzionale 15/16 nonché da fasi Be C del piano assunzionale 15/16 provenienti dalle Graduatorie di concorso potranno, in deroga al vincolo triennale, proporre istanza di mobilità nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali indicato nell'istanza. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza.

2. Le operazioni di cui alle fasi del comma 1 sia per la mobilità professionale che per la mobilità territoriale avvengono secondo l'ordine definito dall'allegato 1

FASE D

1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi Zero ed A del piano assunzionale 15/16 nonché da fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti dalle Graduatorie di concorso potranno, in deroga al vincolo triennale,



proporre istanza di mobilità nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito **dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti**. La mobilità avverrà secondo l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali indicato nell'istanza. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza

Su numerosi ambiti (e non è possibile sapere se è accaduto ovunque perché molti uffici, come l'Ufficio di Caserta, non hanno indicato nei prospetti pubblicati la fase di appartenenza) risultano **trasferimenti di docenti di fasi successive pur essendoci docenti di fasi precedenti non soddisfatti**: avevano chiesto quegli ambiti e non hanno ottenuto il trasferimento o l'hanno ottenuto in ambiti successivi rispetto all'ordine indicato. Dal bollettino trasferimenti interprovinciali (**all.to n 6**) si evince che ad un ambito territoriale scelto dalla ricorrente nella sua domanda di mobilità (**ambito Campania 004** - Benevento) è stata trasferita una docente che ha partecipato ad una fase successiva e residuale della mobilità straordinaria ossia la fase "D" mentre la ricorrente è stata interessata dalla fase "C" degli spostamenti. In base alla L 107/15 art 1 co 108 e al CCNI 08.04.16 intanto poteva procedersi ai trasferimenti in fase D in quanto fossero esauriti tutti gli spostamenti delle fasi precedenti. Nel dettaglio, l'insegnante **RUBINO CARMELA**, trasferita nella c.d. **FASE D** (successiva e residuale, si ripete, rispetto a quella della odierna ricorrente, Fase C) ha ottenuto il trasferimento nell'Ambito Campania 004 (Benevento) ambito che la ricorrente aveva richiesto alla preferenza n. 21, in violazione dell'art 6 comma 1, del CCNI mobilità che disciplina le “fasi dei trasferimenti e dei passaggi” ed individua, a sua volta, “quattro distinte fasi” tra loro successive delle “operazioni di mobilità territoriale e professionale” e prevede in particolare: la fase C (per i docenti che, come la ricorrente sono stati assunti nell'anno scolastico 2015/2016 da fasi B e C del piano assunzionale “provenienti da GAE”, e quindi “**dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti**”), la fase D, (alla quale partecipano gli assunti da fasi Zero ed A, nonché da fasi B e C del piano assunzionale 2015/2016 “provenienti da concorso”).

In altri termini i docenti della fase D non possono scavalcare i docenti della fase C.



Con ogni evidenza nella fase D dovevano essere assegnati i posti che residuavano all'esito della precedente fase c , e pertanto, quantomeno il posto assegnato in fase d alla docente RUBINO che, dunque, deve ritenersi fosse ancora disponibile all'esito delle operazioni di fase C , essendo stato richiesto quale 21^a preferenza dalla ricorrente – la cui posizione è stata esaminata nell'ambito della fase c- poteva e doveva essere a lei assegnato (avendo, tra l'altro la ricorrente anche un punteggio più alto). La docente Rubino, quindi, pur partecipando alla fase D della mobilità – che, in base all'art 6 co 2 CCNI mobilità, avrebbe dovuto svolgersi solo dopo l'esaurimento della precedente fase C (trasferimento su tutti i posti disponibili degli ambiti nazionali) e quindi, assegnare solo gli ambiti territoriali nazionali rimasti disponibili, perché non scelti dagli insegnanti che avevano partecipato alle precedenti fasi – ha ottenuto l'ambito territoriale Campania 004, indicato anche dalla ricorrente al n. 21 delle sue preferenze territoriali, alla quale è stato invece assegnato, di ufficio, l'ambito territoriale Toscana n 0021, da lei non richiesto, in contrasto con il disposto degli artt 2 e 6 CCNI 8/4/2016, che impongono di tener conto delle preferenze espresse dai docenti che partecipano alla fase precedente, prima di passare all'esame di quelle richieste, dai docenti che partecipano alla fase successiva (Tribunale di Como – Ordinanza del 28 novembre 2016; Tribunale Milano sez. lav. 29/05/2017 n. 848) (**all.to 19**)

Ne consegue il diritto della ricorrente ad essere assegnata, in subordine alle ragioni di cui ai precedenti capi, all'ambito Campania 004 (Benevento)

ooOoo

Tanto premesso la ricorrente, *ut supra* rappresentata e difesa

CHIEDE

che l'On.le Tribunale adito in funzione di Giudice del Lavoro, *contrariis reiectis*, previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti e di discussione della causa:

1. assegnarsi un termine per la notificazione ai sensi dell'art. 151 cpc del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza quanto ai soli “controinteressati” indicati nel ricorso mediante inserimento nel sito



ufficiale del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca ove l'Ill.mo Giudice ritenga di dover procedere alla integrazione del contraddittorio si chiede sin d'ora

2. accertare e dichiarare il diritto della ricorrente alla precedenza negli spostamenti interprovinciali previa disapplicazione dell'art. 13 del Contratto Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente indetta con Ord Min. 207/18 per violazione dell'art. 33 comma 5 della legge nr. 104 del 1992 e dell'art 601 d.lgs n. 297/1994 e, per l'effetto, ordinare all'amministrazione convenuta di assegnarle la sede di lavoro più vicina alla residenza tenuto conto di tale precedenza per tutte le preferenze espresse, nell'ordine di cui alla domanda per le causali di cui al punto 2 dei Motivi; in subordine, per le causali di cui al punto 3 e 4 dei Motivi (Violazione del criterio del punteggio e dell'ordine di successione delle fasi art 1 co 108 lett. c) L 107/15; art 6 e all.to 1 CCNI sulla mobilità – o.m. 08.04.2016 n. 241 e 242 e della catena di prossimità) accertare e dichiarare l'illegittimità dell'assegnazione dell'istante all'ambito 0025 Toscana (prov Siena) e per l'effetto, ordinare all'Amministrazione resistente l'assegnazione, anche in sovrannumero, della ricorrente alla provincia di **Caserta** o di **Napoli** (già Campania ambito 009 o 008, 0013, 0014) ovvero ancora, alla provincia di **Benevento** (già Campania 004) ovvero in estremo subordine in provincia di Roma (già Lazio ambito 001) o in altro ambito secondo l'ordine di preferenze indicato nella domanda di mobilità, in considerazione del punteggio di titolarità e del criterio di viciniorietà di cui alle catene di prossimità o che risulterà di giustizia.
3. vittoria delle spese e del compenso professionale del giudizio, oltre al contributo unificato, rimborso forfettario del 15%, IVA e CPA, *con attribuzione* ai sottoscritti procuratori antistatari

ooOoo

In via istruttoria: Si chiede fin d'ora ordinarsi alla resistente amministrazione l'esibizione dei documenti o relazioni recanti la specifica indicazione del criterio applicativo o algoritmo in concreto adottato nella



definizione della domanda di mobilità presentata dalla ricorrente e di tutti i documenti eventualmente rilevanti ai fini della decisione della causa ai sensi dell'art 210 cpc, ed **in particolare delle domande di mobilità per l'a.s. 2016/17 ss di tutti i docenti controinteressati assegnati agli ambiti indicati nella domanda di mobilità della ricorrente con la relativa fase (A,B,C,D) di appartenenza**

*** *****

Si allegano in copia:

1. Domanda di mobilità a.s. 2016/17; 2. Tabelle di prossimità 3. CCNI mobilità a.s. 2016 - Ordinanza ministeriale mobilità 08.04.2016 4. Elenco docenti assegnati agli ambiti prov. Caserta 5. Elenco docenti assegnati agli ambiti prov. Napoli 6. Elenco docenti assegnati agli ambiti prov Salerno 7. Elenco docenti assegnati agli ambiti prov Roma 8. Elenco docenti assegnati agli ambiti prov Benevento 9. Domande di assegnazione 10. CCNI mobilità 2017 11. Ordinanza mobilità 12.04.2017 12. Domanda di mobilità 2017 13. Tabella di prossimità ambiti territoriali 14. Precedenti Trib Milano 15. Elenchi posti disponibili 16. Ordinanza mobilità 207/2018 17 Domanda di mobilità 2018 18. CCNI mobilità 2017-18 19. Elenco posti liberi Caserta – Napoli 20. Elenco docenti senza precedenza assegnati ad ambiti della Campania all'esito della mobilità 2018 21. Verbale di invalidità del genitore 22. Certificato stato di famiglia, Certificato di matrimonio 23. Spese 24. domanda di mobilità 2019

Ai fini del pagamento del Contributo Unificato si dichiara che il presente procedimento attiene a materia di pubblico impiego ed è di valore indeterminato.

Ai fini del pagamento del Contributo Unificato la ricorrente dichiara, ex art. 152 disp. att. c.p.c., che la presente causa, il cui valore è indeterminabile, verte in materia di lavoro e che, con riferimento all'anno precedente a quello di instaurazione del giudizio, ed il C.U. è di euro 259,00:

Avv. Gianluca Corriere

Avv. Giuseppe Tescione

