

TRIBUNALE DI PATTI

SEZIONE LAVORO

**RICORSO EX ART. 414 CPC con contestuale RICORSO EX art.700 cpc
con istanza adozione provvedimento inaudita altera parte ed
istanza autorizzazione alla notifica ex art 151 C.P.C.**

Per Prof.ssa SIRNA Endria

-Ricorrente

Contro

MIUR - Ministero della Istruzione Università e Ricerca

Oggi M.I. – Ministero dell'Istruzione

in persona del legale rappresentante Cod. Fisc. 80185250588

Viale Trastevere n.76/A - 00153 ROMA (RM)

- Resistente

§ § §

La Prof.ssa **Endria SIRNA**, nata a Messina il 08.04.1987, c. f. SRNNDR87D48F158P, e residente in Contrada San Martino n.80 di Capo d'Orlando (Me), elettivamente domiciliata in Via Sardegna, n. 1 Complesso Agorà di Sant'Agata di Militello (ME) nello studio dell'**Avv. Massimiliano FABIO** del Foro di Patti, c. f. FBA MSM 70D28 F158V, fax 0941 701160, con domicilio digitale presso la pec *massimilianofabio@pec.giuffre.it*, dal quale è rappresentata e difesa in virtù di delega allegata in calce al presente atto,

PREMESSO IN FATTO

Sulle condizioni personali, professionali e familiari della ricorrente

- 1)** Che, la deducente è titolare nel posto normale della classe di concorso A049 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO, presso l'Istituto Comprensivo "Luigi Capuana" di Casteldaccia (PA) e, fino alla data del 31.08.2021, è in servizio in assegnazione provvisoria presso l'I. C. di TUSA, come da attestato di servizio del 23.06.2021 in atti (allegato n.4);
- 2)** Che, in data 6 marzo 2019 è stato sottoscritto il CCNI relativo alla mobilità del personale scolastico per gli aa. ss. 2019/2020, 2020/2021, 2021/2022 (allegato n.9), valevole per le operazioni di mobilità impugnate dell'a. s. 2021/22, che si svolgono anche in base a quanto stabilito dall'O.M. n. 106/2021 (allegato n.10);
- 3)** Che, la ricorrente, ha concorso alle operazioni di mobilità del corpo docente per l'a. s. 2021/22 ed ha presentato:
 - **domanda di trasferimento interprovinciale nella scuola secondaria di I grado** (allegato n. 5), MIUR.AOODGCASIS.REGISTRO POLIS.3188273.02-04-



2021, per il posto normale della **classe di concorso Ao49 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO**, convalidata dall'A.T. di Palermo con l'attribuzione di **66 punti** (allegato n. 6), nella quale ha indicato le seguenti sedi di trasferimento nella **provincia di Messina**:

1	Scuola	MEMM830011	ME	PIANA - CAPO D'ORLANDO
2	Scuola	MEMM834018	ME	E. MANCARI
3	Scuola	MEMM877016	ME	PLUVIO TORRENOVA
4	Scuola	MEMM826019	ME	VERGA ACQUEDOLCI
5	Scuola	MEMM84401V	ME	SEC. I GRADO GIOIOSA M. CENTRO
6	Scuola	MEMM84701A	ME	QUASIMODO LONGI
7	Scuola	MEMM856015	ME	BUONARROTI
8	Scuola	MEMM83901B	ME	BROLO
9	Scuola	MEMM87901T	ME	CESAREO S. AGATA MILITELLO
10	Scuola	MEMM885015	ME	MARCONI S. AGATA MILITELLO
11	Scuola	MEMM849023	ME	BELLINI
12	Scuola	MEMM848016	ME	PIRANDELLO PATTI
13	Scuola	MEMM82401N	ME	D'ALCONTRES BARCELLONA
14	Distretto	038	ME	Distretto 038
15	Comune	F206	ME	MILAZZO

- **domanda di passaggio di ruolo interprovinciale per la scuola secondaria di II grado** (allegato n. 7) nel posto normale della **classe di concorso Ao48 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI II GRADO**, convalidata dall'A.T. di Palermo con l'attribuzione di **48 punti** (allegato n. 7), nella quale ha indicato le seguenti sedi di trasferimento nella **provincia di Messina**:

1	Scuola	MEPS22000L	ME	LICEO LUCIO PICCOLO
2	Scuola	MEIS02400R	ME	ITC CAPO D'ORLANDO MERENDINO
3	Scuola	METF040006	ME	ITI S.AGATA M.LLO TORRICELLI
4	Scuola	MEIS023001	ME	IIS BORGHESE - FARANDA - PATTI
5	Scuola	MEIS03400B	ME	BARCELLONA MEDI
6	Scuola	MEIS001004	ME	I.S.MISTRETTA MANZONI
7	Scuola	MEPS010008	ME	ARCHIMEDE MESSINA
8	Scuola	MEIS02900X	ME	MAUROLICO MESSINA
9	Scuola	MEIS00900P	ME	I.S.MINUTOLI MESSINA
10	Scuola	MEIS03100X	ME	LA FARINA - BASILE
11	Scuola	MEIS027008	ME	VERONA TRENTO - MESSINA
12	Scuola	METF020001	ME	IST. TECNICO TECNOLOGICO E. MAJORANA
13	Distretto	032	ME	Distretto 032
14	Distretto	033	ME	Distretto 033
15	istretto	038	ME	Distretto 038

4) Che nelle predette domande di mobilità la ricorrente ha richiesto il trasferimento ed il passaggio di ruolo anche in cattedre orario esterno tra comuni diversi;

5) Che, in maniera errata, illegittima e per le motivazioni rappresentate nel presente atto, la ricorrente non ha ottenuto nessuno dei movimenti richiesti nell'a. s. 2021/22, come da comunicazione del M.I. del 7.06.2021 (allegato n.26)



- 6) Che, la Prof.ssa Endria SIRNA è madre di Gemma PIAZZA, nata a Patti (Me) il 16.03.2020 dell'età di 16 mesi (allegato n. 27), figlia della ricorrente e del marito, Sig. Giuseppe PIAZZA, con il quale ha contratto matrimonio, ancora in corso, il 28.04.2012 (allegato n.28);
- 7) Che, il nucleo familiare della docente è composto dalla medesima, dal marito e dai tre figli (Gemma Piazza di 16 mesi, Gregorio Piazza di 4 anni e Giordano Piazza di 6 anni) ed è residente in Contrada San Martino n.80 di Capo d'Orlando (allegato n. 27);
- 8) Che, la ricorrente ha diritto alla fruizione dei benefici previsti dall'articolo 42 bis del decreto legislativo 151/2001 e per l'effetto ad ottenere l'**assegnazione temporanea** in provincia di Messina per la durata complessiva non superiore a tre anni, come previsto dalla legge per i genitori di figli di età inferiore ai 3 anni, non essendo ipotizzabile un allontanamento della madre dalla bambina di 16 mesi;
- 9) che la ricorrente, con raccomandate a. r. del 25.06.2021, indirizzate al M.I. (*datore di lavoro*), all'A.T. Messina (*amministrazione di destinazione*) e all'A.T. di Palermo (*amministrazione di provenienza*) ha presentato la domanda di assegnazione temporanea (allegato n. 25);
- 10) che l'A.T. di Messina, con nota prot. n.16988 del 30.06.2021 indirizzata esclusivamente alla ricorrente, in maniera errata e non conforme al dettato normativo in questione, ha rappresentato che la ricorrente avrebbe dovuto avanzare l'istanza di assegnazione temporanea dopo la conclusione delle operazioni di mobilità, anche ai fini della valutazione (allegato n. 30);
- 11) che l'A.T. di Palermo e il M.I. non hanno dato alcun riscontro all'istanza presentata dalla docente ai sensi dall'articolo 42 bis del decreto legislativo 151/2001;
- 12) **Che è decorso il termine di 30 giorni previsto dalla normativa di riferimento in ordine alla valutazione dell'istanza di assegnazione temporanea presentata dalla ricorrente rimasta, ad oggi, priva di valutazione ed effettivo riscontro;**
- 13) che la Prof. ssa SIRNA ha partecipato anche alle **procedure di assegnazione provvisoria del M.I. per l'a. s. 2021/22**, i cui esiti saranno pubblicati nel prossimo mese di agosto;
- 14) Che l'ottenimento dell'assegnazione temporanea in provincia di Messina per un triennio è un diritto della deducente in quanto si tratta di un istituto giuridico autonomo e differente rispetto all'assegnazione provvisoria del corpo docente attuata dal M.I. annualmente e senza alcun obbligo di assegnazione in favore dei genitori con figli di età inferiore ai tre anni;
- 15) Che, la domanda di mobilità territoriale e professionale, nonché in quella di assegnazione provvisoria, non prevedono la possibilità di richiedere in maniera



specifica la fruizione dei benefici previsti dall'articolo 42 bis del decreto legislativo 151/2001, al fine di potere godere dell'**assegnazione temporanea** della durata complessiva non superiore a tre anni, prevista dalla legge per i genitori di figli di età inferiore ai 3 anni;

16) Che le operazioni di mobilità territoriale e professionale per l'a. s. 2021/22 alle quali ha concorso la deducente e la procedura amministrativa relativa alla valutazione dell'istanza di assegnazione temporanea avanzata della docente sono illegittime, viziose, nonché gravemente irregolari e devono essere annullate / dichiarate nulle e revocate – rettificare con la conseguenza che la ricorrente ha diritto ad ottenere il trasferimento nel posto normale della c.d.c. A049 della scuola secondaria di I grado o in subordine il passaggio di ruolo nel posto normale della c.d.c. A048 della scuola secondaria di II grado ed ha altresì diritto l'assegnazione temporanea triennale richiesta in provincia di Messina, avendone i requisiti di legge, come meglio chiarito nei seguenti motivi di diritto.

Sul “*fumus boni iuris*”

Sussiste, ai fini dell'accoglimento del presente ricorso, il c.d. “*fumus boni iuris*” sotto diversi e molteplici profili.

§ § §

A) Sulle operazioni di mobilità dell'a. s. 2021/22. Sulla violazione dello scorrimento della graduatoria in base al punteggio, sulla violazione dell'imparzialità e del buon andamento della P.A. e sul principio di vicinanza della prova. Sulla disparità di trattamento, eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità manifesta. Sulla violazione dell'art. 3 E 97 cost. Sulla violazione dell'art. 3 della L.241/90.

Come riferito in narrativa, che si richiama per brevità, la ricorrente è docente titolare nel posto normale della c. d. A049 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO presso l'Istituto Comprensivo “Luigi Capuana” di Casteldaccia (PA), in assegnazione provvisoria fino al 31.08.2021 presso l'I. C. di TUSA.

Secondo il CCNI che regola le operazioni di mobilità nel triennio 2019/22, la docente ha concorso alle **procedure di trasferimento nel posto normale della c.d.c. A049 della scuola secondaria di I grado e di passaggio di ruolo alla c.d.c. A048 - scienze motorie e sportive negli istituti di istruzione secondaria di II grado** nella III fase – interprovinciale prevista dalla contrattazione vigente.

La deducente ha partecipato alle operazioni di **mobilità territoriale con 66 punti** e di **mobilità professionale con 48 punti** ed ha richiesto di ottenere il movimento



in sedi della provincia di Messina, indicate in maniera specifica in premessa, anche in C.O.E. – cattedre orario esterne situate in comuni diversi.

Il M.I. con unica email del 7.06.2021, in maniera generica, ha comunicato alla ricorrente di non avere ottenuto il movimento richiesto (allegato n. 26), senza dare alcuna spiegazione del proprio operato, in violazione **dell'art. 3 della L. n.241 / 90**, alla cui stregua, ogni provvedimento amministrativo deve essere congruamente motivato, indicando i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che ne hanno determinato l'adozione da parte della P.A.

Come da tempo chiarito in giurisprudenza, invero, *“ai sensi dell'art. 3 comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'atto amministrativo deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione quando non è possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall'Autorità emanante e sono indecifrabili le ragioni sottese alla determinazione assunta.”* (Cfr. per tutte T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 21.06.11, n. 5479).

Tale precetto normativo mira, infatti, a consentire al privato la possibilità di vagliare la legittimità dell'azione amministrativa attraverso una valutazione *ex post* dell'iter logico – valutativo seguito dall'amministrazione, con particolare riferimento ai presupposti di fatto e di diritto in base ai quali un determinato atto è stato posto in essere.

Nel caso in questione la ricorrente ha dovuto mettere a confronto una molteplicità di documenti, pubblicati anche in periodi diversi, che rappresentano solo una parte di numerosi altri atti posti alla base delle procedure che non vengono resi noti da controparte, al fine di potere fare valere le proprie ragioni e dimostrare l'illegittimità delle procedure di mobilità in contestazione.

§ § §

Sulla violazione del principio del merito e del criterio del punteggio nelle procedure di trasferimento nella c.d.c. A049 per l'a. s. 2021/22

In maniera del tutto errata, infondata e contraria ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi, il M.I., per ognuna delle tre fasi di mobilità, crea una miriade di graduatorie tra i docenti interessati che non vengono pubblicate. I partecipanti alle operazioni non conoscono il proprio posizionamento nelle varie graduatorie, una per ogni sede espressa in domanda, né con chi hanno concorso effettivamente alle procedure, ovvero chi sono gli altri docenti che hanno indicato le sedi richieste nello stesso ordine ed il punteggio loro attribuito.

Controparte, infatti, al termine dell'elaborazione dei dati, **rende noto solo un elenco costituito dai risultati finali** di ogni procedura, che scaturisce dal raffronto tra la sede espressa, la posizione della sede nella domanda ed il punteggio di



ogni docente in ognuna delle tre fasi (comunale – provinciale – interprovinciale), i cui risultati non vengono resi noti, con la conseguente mancanza di trasparenza delle procedure in contestazione.

Su tali censure si richiama e produce, **l'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c. del 18.02.2019, resa dal Tribunale di Patti nel procedimento n.2643-1/18 RG**, su istanza della scrivente difesa, nella quale viene affermato il diritto di una docente, concorrente alle procedure di mobilità interprovinciali per l'a. s. 2018/19, a avere valutato da parte del Ministero l'istanza di trasferimento **esclusivamente in ragione del punteggio posseduto**. (allegato n.24)

In tale ordinanza, il Giudice del Lavoro ha censurato il criterio misto del raffronto “*numerico posizionale*” delle varie sedi nelle domande e del punteggio dei docenti concorrenti alla mobilità, per ogni sede indicata nella stessa posizione rispetto agli altri.

Secondo il Tribunale di Patti: ***“Il principio del merito informa in generale qualsiasi procedura concorsuale (anche applicata alla mobilità) e, quindi, il criterio del punteggio resta comunque prioritario rispetto a quello dell'ordine delle preferenze, per cui (in assenza di titoli di precedenza) per ciascuna preferenza indicata prevale l'aspirante con il punteggio più elevato, mentre l'ordine delle preferenze diventa decisivo solo a parità di punteggio.***

Una diversa interpretazione della norma collettiva violerebbe anche il principio generale di scorrimento delle graduatorie fondato sul merito. La procedura di mobilità, infatti, costituisce una procedura concorsuale di impiego, basata sulla redazione di graduatorie e, quindi, lo scorrimento della graduatoria vincola l'amministrazione (Cass. 15212/2013) e la violazione di tale principio dà luogo ad un'incertezza assoluta sulle modalità di assegnazione delle sedi, incertezza che contrasta con i cardini dell'imparzialità e del buon andamento della P.A. (Cons. di Stato, Sez. IV, sent.5611/2011).

D'altra parte, l'aver imposto ai docenti partecipanti alla mobilità di indicare le preferenze senza alcuna preventiva conoscenza delle sedi disponibili, fa sì che l'assegnazione delle sedi avverrebbe senza una sostanziale rispetto del principio del merito e del punteggio, ma in modo sostanzialmente casuale, dipendendo fondamentalmente dall'ordine più o meno incautamente indicato dal docente all'atto della domanda, a danno di chi ha richiesto tra le prime preferenze ambiti territoriali maggiormente appetibili, in cui era più probabile il superamento da parte di docenti con punteggi maggiori, con violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione fatto proprio dall'art. 28 DPR 487/94, in base al quale nei procedimenti concorsuali della PA va prioritariamente accontentato chi ha un punteggio maggiore”.



Nel caso in questione si evidenzia che la ricorrente ha partecipato alle procedure di **mobilità territoriale nella III fase tra province diverse con 66 punti e non ha ottenuto il trasferimento richiesto, mentre i seguenti docenti tutti con punteggio inferiore hanno ottenuto il trasferimento nella II fase delle operazioni in contestazione in sedi indicate dalla deducente nella domanda di mobilità per l'a. s. 2021/22.**

COGNOME	NOME	MOVIMENTO OTTENUTO	SCUOLA/PROVINCIA DI DESTINAZIONE	TIPO CATTEDRA	COMUNE DI DESTINAZIONE	DISTRETTO DI DESTINAZIONE	PRECEDENZA	PUNTEGGIO
DI STEFANO	ROSA DANIELA	TRASFERIMENTO PROVINCIALE	MEMM857011 - " GALILEI " TERME VIGLIATORE -	CATTEDRA INTERNA	M210 - TERME VIGLIATORE	038		39,00
DOTTORE	GAETANO NICOLÒ	TRASFERIMENTO PROVINCIALE	MEMM877016 - " PLUVIO " TORRENOVA	CATTEDRA ESTERNA TRA COMUNI DIVERSI	M286 - TORRENOVA	031		64,00
GUIDARA	VINCENZO	TRASFERIMENTO PROVINCIALE	MEMM84701A - " QUASIMODO " LONGI	CATTEDRA INTERNA	E674 - LONGI	032		37,00

E' evidente, quindi, la disparità di trattamento operata da controparte tra due situazioni sovrapponibili (la richiesta di trasferimento di dipendenti), nonché l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto e per illogicità manifesta, che ha determinato il trasferimento di docenti con punteggio inferiore rispetto alla ricorrente in una delle sedi indicate nella domanda di mobilità (scelta n.3 MEMM877016 - " PLUVIO " TORRENOVA, MEMM84701A - scelta n. 6 " QUASIMODO " LONGI e scelta n. 14 MEMM857011 - " GALILEI " TERME VIGLIATORE con l'indicazione del Distretto 038).

Su tali questioni si è pronunciato in maniera concorde anche il **Tribunale di Termini Imerese con la sentenza del 14.11.2018 n.741/2018, resa nel procedimento n.111/2017** (allegato n.42) relativa alle operazioni di mobilità dell'a. s. 2016/17, che ha accolto il ricorso presentato dalla scrivente difesa affermando che il principio del rispetto del punteggio non può essere disatteso o limitato.

Con **sentenza n. 860/2017, pubblicata il 22.05.2017, resa nel procedimento n. 2493/2016 R.G.**, relativa a pregresse operazioni di mobilità, **il Giudice del Lavoro del Tribunale di Patti** (allegato n.34) ha, inoltre, ritenuto che:

- *"... tra i motivi di illegittimità dedotti dalla ricorrente, appare dirimente quello relativo alla mancanza di trasparenza e di ragionevolezza del provvedimento datoriale che non indica neanche le ragioni dei trasferimenti senza il rispetto del criterio meritocratico dei punteggi. ..."*;

- *"... Appare ovvio che l'Amministrazione ha suddiviso i docenti in fasce e ha proceduto a trasferimenti totalmente avulsi dal criterio trasparente della meritocrazia e dei punteggi ed in violazione del principio dello*



scorrimento della graduatoria secondo l'ordine delle preferenze indicate dai candidati. ...;

- *“... La condotta dell'Amministrazione appare, pertanto, posta in essere in violazione dei principi di rango costituzionale di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), ..”*

Sull'illegittimità del criterio “misto” si segnala anche la decisione del Collegio del **Tribunale di Pordenone** (n. cronol. 1066/2017 del 30/06/2017 - RG n. 207/2017), depositata in atti (allegato n.35), che su reclamo dello scrivente difensore, ha espresso il seguente principio: *“... 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 dal MIUR)”*.

Il Ministero, infatti, genericamente nella contrattazione di mobilità afferma che la scelta tra i movimenti dei docenti avviene secondo il punteggio più alto, ma nei fatti ne limita l'attuazione in molteplici modi, come sopra chiarito, rendendo impossibile verificare, con immediatezza, dall'analisi degli elenchi pubblicati, il corretto svolgimento delle procedure.

L'ordinanza di accoglimento del 17/04/2018, cron. 754/2018, resa nel procedimento 931/2017 RG, il **Tribunale di Cuneo** ha, altresì, censurato il criterio “misto” affermando che l'unico criterio da seguire nei trasferimenti è quello del punteggio in quanto *“non emerge ragione espressa, eventualmente anche in deroga a criteri ordinari, per la quale il docente che abbia un punteggio superiore ad altro debba essere allo stesso pretermesso”* (allegato n.36).

Quanto sopra esposto rende evidente il mancato rispetto da parte del M.I. del principio del merito, che deve essere applicato in qualsiasi procedura concorsuale, anche in quella di mobilità, sottoposta, invece, ad illegittime fasi, ad aliquote limitative dei movimenti ed a criteri che determinano un'incertezza assoluta sulle modalità di scelta ed assegnazione delle sedi. Sul punto si contesta, inoltre, che il M.I. ha reso noto le sedi vacanti e disponibili al soddisfacimento delle istanze dei docenti il 7.06.2021, ovvero lo stesso giorno della pubblicazione dell'esito dei movimenti, con la conseguenza che **la scelta delle 15 preferenze espresse in domanda dalla ricorrente è stata effettuata “al buio”, ovvero senza alcuna informazione in ordine all'effettiva disponibilità di posti.**

Il M.I. attraverso la creazione di fasi e sotto - fasi, che privilegiano alcune categorie di docenti rispetto ad altri, non utilizza l'unico criterio certo e legittimo, ovvero quello del punteggio, che renderebbe chiare e trasparenti tutte le procedure di mobilità, e non fornisce, altresì, alcuna



motivazione del proprio operato, comunicando asetticamente ai docenti che non hanno ottenuto il trasferimento richiesto, senza la relativa pubblicazione degli elenchi dei docenti esclusi e non soddisfatti.

In mancanza della conoscenza di posti disponibili, delle scelte fatte dagli altri concorrenti, ogni docente, nell'individuazione delle sedi (senza l'attribuzione della priorità al punteggio posseduto) è rimesso ad una mobilità ed a procedure del tutto arbitrarie e causali che non rispondono ad alcun criterio logico e di equità (ordinanza Trib. di Pordenone in composizione collegiale, sez. Lavoro cron. 1066/17 del 30 giugno 2017 ed altre).

§ § §

Sulla violazione dei principi di correttezza e buona fede contrattuale (art.1175 e 1375 c.c.), di trasparenza e di buon andamento della P.A. di cui all'art.97 cost. e sull'onere della prova a carico del MIUR

Il Tribunale di Ferrara, sezione lavoro, con sentenza n.83 del 28.04.2017, resa nel procedimento n.614/2016 R.G. (allegato n.37) ha censurato l'operato del MIUR nelle procedure di mobilità dell'anno scolastico 2016/17, sovrapponibile al caso in esame, in ordine alla violazione dei principi di correttezza e buona fede contrattuale, di trasparenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione e ha evidenziato che, in base al *“principio di vicinanza della prova”*, spetta al Ministero, che ha a disposizione tutti i dati, dimostrare la correttezza del proprio operato.

In particolare il Tribunale di Ferrara nella predetta sentenza ha precisato che **il Ministero ha violato i generali principi di correttezza e buona fede contrattuale (art. 1175 e 1375 c.c.), che debbono informare la gestione del rapporto di lavoro con il personale dipendente, e ha violato altresì il generale principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost.** avendo comunicato con una email del tutto priva di indicazioni le scelte operate dall'amministrazione scolastica, con evidente mancanza di qualsiasi forma di trasparenza nella procedura di mobilità.

Il medesimo Tribunale ha, inoltre, stabilito aderito al cosiddetto *“principio di vicinanza della prova”* secondo il quale è onere dell'amministrazione che ha a disposizione tutti i dati dimostrare la correttezza del proprio operato.

Sul punto si richiamano i principi del **Tribunale di Vicenza** di cui all'ordinanza del 12.11.2016, che nel procedimento n. 1591/2016 RG (allegato n. 38) ha stabilito che per l'accoglimento del ricorso è sufficiente il requisito della *“probabile fondatezza del diritto azionato”* riferito all'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto incombe sul Ministero *“l'onere di fornire la prova della corretta applicazione dei criteri di assegnazione delle sedi”*.



Nel caso in questione il Ministero, nella email del 7.06.2020, ha comunicato alla ricorrente il mancato ottenimento dei movimenti richiesti, ma non ha fornito alcuna valida spiegazione giuridica del proprio operato nelle differenti procedure di mobilità delle c.d.c. A049 e A048 per l'a. s. 2020/21, né ha fornito informazioni in ordine alle procedure di immissione in ruolo in provincia di Messina nella c.d.c. A049 e A048.

In sostanza ha accomunato in una unica comunicazione il mancato ottenimento di due tipi di movimenti richiesti (territoriale e professionale) che riguardano anche due ordini diversi d'istruzione, il I ed il II grado.

Al reclamo in autotutela (allegato n.23) inoltrato dalla ricorrente all'A.T. di Messina in data 17.06.2021, inoltre, non è stata data alcuna risposta.

§ § §

B) Sulla violazione dell'art. 470 del D.lgs. n. 297 / 1994 per l'illegittimo accantonamento di posti da destinare alle assunzioni in ruolo in presenza di istanza di trasferimento nella c.d.c. A049 (I grado) e di passaggio di ruolo nella c.d.c. A048 (II grado) avanzate dalla ricorrente, docente di ruolo.

L'art. 470 del D.lgs. n. 297 / 1994, prevede che *"Specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e di quella territoriale, nonché per la ripartizione tra posti riservati alle **immissioni in ruolo**, in modo che queste ultime **siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico**".*

Il precetto normativo è chiaro e determina il logico e prioritario soddisfacimento delle istanze dei docenti di ruolo, già aventi diritto in quanto precedentemente assunti, rispetto a coloro che invece non sono dipendenti del Ministero.

Sul punto si richiama l'**ordinanza del Consiglio di Stato** (allegato n.14) resa nel procedimento n.5199/2019 REG. RIC., **pubblicata in data 22.07.2019** che, rigettando l'appello cautelare proposto dal MIUR, **ha sancito l'illegittimità del CCNI nella parte in cui prevede che i posti riservati alle nuove assunzioni/immissioni in ruolo abbiano la precedenza rispetto ai trasferimenti interprovinciali di chi sia già in ruolo**, il tutto in violazione dell'art. 470 del D.lgs. n. 297 / 1994, Testo unico della scuola.



Secondo il Consiglio di Stato, infatti, “... ***la norma dell’art. 470 comma 1 è stata attuata, con gli accordi di cui qui si tratta, e pertanto in quella sede avrebbe dovuto essere applicato il principio che lo stesso comma esprime, ovvero la preferenza per il trasferimento di chi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine...***”.

La violazione di legge è, quindi, evidente, infatti le nuove immissioni in ruolo beneficiano di un accantonamento di posti pari al 50% dei posti residui dopo le operazioni di mobilità provinciale (I e II fase) ed assorbono, nei fatti, la maggior parte dei posti disponibili che, invece, dovrebbero essere prioritariamente destinati ai trasferimenti dei docenti già di ruolo ed aventi diritto.

Nel caso in esame il M.I. ha accantonato n. 4 posti normali della c.d.c. A049 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI I GRADO per le nuove assunzioni, ed **ha, altresì, accantonato n. 8 posti normali della c.d.c. A048** SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NELLA SCUOLA SECONDARIA DI II GRADO per le nuove assunzioni, come risulta dall’analisi dell’Avviso prot. n. 17397 del 13.07.2021 pubblicato dall’USR Sicilia (allegato n. 21 pag. 6 e pag. 10).

Se il Ministero avesse rispettato l’art. 470 del D.lgs. n. 297 / 1994 e non avesse accantonato i predetti 4 posti normali della c.d.c. A049 ed i predetti 8 posti normali della c.d.c. A048 per le nuove assunzioni, la richiesta di trasferimento avanzata dalla deducente e, in subordine, la richiesta di passaggio di ruolo, illegittimamente non soddisfatte, avrebbero trovato accoglimento.

Il Ministero, invece, ha riconosciuto il prioritario diritto al trasferimento su tutti i posti disponibili solo in favore dei docenti che concorrono alle operazioni all’interno della provincia (I e II fase), mentre ne ha limitato illegittimamente la fruizione nelle operazioni della III fase, alla quale ha partecipato la ricorrente, nella quale le istanze di trasferimento e di passaggio di ruolo sono soddisfatte rispettivamente solo sul 25% dei posti residui al termine delle operazioni nella provincia, determinando una vera e propria disparità di trattamento tra docenti assunti dal M.I. ed alle dipendenze dello stesso datore di lavoro.

Il Ministero, infatti, ha consentito solo ai docenti concorrenti alla I e II fase di ottenere il trasferimento richiesto sull’intero ammontare dei posti disponibili della c.d.c. A049 ed A048, destinando ulteriori posti alle immissioni in ruolo, pur in presenza di specifica e puntuale richiesta di trasferimento ed di passaggio di ruolo avanzata dalla ricorrente, **in violazione dell’art.470 del D.lgs. n. 297 / 1994.**

Il Giudice del Lavoro del **Tribunale di Lanciano**, nella sentenza del 24.07.2017, resa nel procedimento n. 573/2015 RG, ha precisato che la predetta disposizione



contenuta nell'art. 470 del D.lgs. n. 297/1994, fissa dei limiti invalicabili, quali appunto **“quello relativo al rapporto tra immissioni in ruolo e mobilità anche professionale stabilendo che alle immissioni in ruolo siano riservati sempre e comunque i posti di risulta, dando priorità nella scelta ai docenti già in ruolo che vogliano spostarsi”** (allegato n.15).

Anche per tale ragione il mancato trasferimento nella c.d.c. AO49 (I grado), così come il mancato passaggio di ruolo della ricorrente nella c.d.c. AO48 (II grado), in esito alle operazioni di mobilità per l'a. s. 2021/22, è illegittimo.

§ § §

C) Sulla fondatezza della richiesta di ASSEGNAZIONE TEMPORANEA ai sensi dell'art. 42 BIS del D.LGS. 151/2001 e s. m. i., sull'obbligo di specifica ed adeguata motivazione del diniego e sulla esistenza di posti disponibili nei quali accogliere l'istanza della ricorrente.

L'art. 42 bis D. lgs 151/01, ***Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità***, aggiunto con Legge n.350/2003 e recentemente modificato dall'art. 14 co.7 della L. 7 agosto 2015 n. 124, prevede che: *“Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda e limitato a casi o esigenze eccezionali”*.

Tale istituto è stato introdotto con lo scopo di tutelare i diritti dei genitori, nonché la salute fisico-psichica del genitore lavoratore, e di garantire, al contempo, il diritto del figlio, anche adottivo, all'assistenza affettiva e materiale da parte dei genitori durante i primi anni di vita, ovvero in una fase che è fondamentale per l'armonico sviluppo psicofisico del bambino.

L'art. 42 bis trova applicazione anche nell'ambito del comparto scuola, in quanto riguarda genitori *“con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto*



legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”, che nell’elencare le amministrazioni pubbliche include anche le scuole.

In ambito scolastico, considerata la peculiarità ed i titoli previsti per l’espletamento del servizio scolastico prestato dagli insegnanti, l’istituto dell’assegnazione temporanea è da ritenersi applicabile, senza dubbio, per l’espletamento dell’attività di docenza alle dipendenze del M.I.

In attuazione del predetto disposto normativo, i docenti - dipendenti di una pubblica amministrazione possono richiedere l’assegnazione temporanea, disciplinata dall’art. 42 bis del D.lgs. 151/01, al proprio datore di lavoro in presenza dei seguenti presupposti:

1. essere dipendente a tempo indeterminato di una P.A.;
2. essere genitore di un bambino di età inferiore a tre anni e avanzare l’istanza prima del compimento del terzo anno di vita del figlio;
3. essere in possesso della professionalità corrispondente al posto da ricoprire.

Il M.I. non prevede un’espressa applicazione di tale istituto nelle procedure che riguardano i movimenti (di vario genere) del corpo docente e non regola in alcun modo l’inoltro della richiesta da parte dei dipendenti che intendano fruire di tale beneficio di legge.

La ricorrente, non essendo disponibili appositi moduli predisposti dal M.I., ha inoltrato l’istanza di assegnazione temporanea, che ha redatto ai sensi dell’art. 42 bis D.lgs. 151/01, nella quale ha documentato di essere in **possesso di tutti i requisiti di legge per l’ottenimento del movimento triennale temporaneo richiesto**.

Come riferito in premessa, infatti, la Prof.ssa SIRNA ha allegato all’istanza (allegato n.25) la documentazione (allegati n. 3, 27, 28 e 29) comprovante che:

- è docente assunta con contratto a tempo indeterminato del M.I. come docente di ruolo nel posto normale della c.d.c. AO49 nella scuola secondaria di I grado;
- è madre di Gemma PIAZZA, nata a Patti (Me) il 16.03.2020 di 16 mesi ed età inferiore ai 3 anni, figlia della docente e del marito Giuseppe PIAZZA;
- ha contratto matrimonio, ancora in corso, con il Sig. Giuseppe PIAZZA il 28.04.2012;
- il nucleo familiare della deducente è composto dai coniugi SIRNA – PIAZZA e dai loro tre figli (Gemma Piazza di 16 mesi, Gregorio Piazza di 4 anni e Giordano Piazza di 6 anni) ed è residente in contrada San Martino n. 80 di Capo d’Orlando (Me);
- il Sig. Giuseppe PIAZZA è dipendente con contratto a tempo pieno ed indeterminato della ditta SIRMAP srl di Naso (Me) per 40 ore settimanali e con orario lavorativo diurno e notturno.

L’istanza (allegato n.25) è stata inoltrata con raccomandate a. r. del 25.06.2021, che



sono state ricevute dal M.I. (*datore di lavoro*) in data 02.07.2021, dall'A.T. di Palermo (*amministrazione di provenienza*) in data 29.06.2021 e dall'A.T. di Messina in data 28.06.2021 (*amministrazione di destinazione*).

L'A.T. di Palermo e il M.I. non hanno dato, ad oggi, alcun riscontro all'istanza presentata dalla docente ai sensi dall'articolo 42 bis del decreto legislativo 151/2001.

La risposta dell'A.T. di Messina, richiamata in premessa, prot. n.16988 del 30.06.2021, indirizzata esclusivamente alla ricorrente, in maniera non conforme al dettato normativo vigente, **non ha valutato l'istanza di assegnazione temporanea** avanzata dalla deducente nelle modalità di legge ed ha contestato, in maniera errata ed in assenza di una previsione normativa in tal senso, che l'istanza in questione avrebbe dovuto essere inviata dalla Prof.ssa SIRNA dopo la conclusione delle operazioni di mobilità annuale (allegato n. 30).

È di tutta evidenza, quindi, che il **termine di 30 giorni previsto dalla normativa di riferimento in ordine alla valutazione dell'istanza di assegnazione temporanea presentata dalla ricorrente è decorso senza l'ottenimento della dovuta valutazione e dell'effettivo riscontro dell'amministrazione.**

La domanda, infatti, è rimasta priva di riscontro ed il Ministero non ha neanche comunicato le obbligatorie ragioni del dissenso, né **ha avviato il procedimento amministrativo volto alla valutazione dell'istanza di assegnazione temporanea**, correttamente presentata dalla ricorrente al datore di lavoro e da questo ricevuta da oltre un mese.

Il M.I., inoltre, non ha interpellato gli uffici periferici di provenienza e di destinazione, ai quali l'istanza è stata altresì inoltrata, per le dovute verifiche volte all'accoglimento della richiesta.

Le amministrazioni provinciali, infatti, non concedono in maniera autonoma l'assegnazione temporanea, in quanto essa non è regolamentata dal Ministero, che, **non avendo fornito alcuna risposta** alla legittima domanda della ricorrente, non consente, di fatto, l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001, con il quale il Legislatore ha recepito le direttive comunitarie volte a tutelare l'istituto della famiglia e la cura dei figli minori in tenerissima età.

La disposizione in questione, quindi, rientra tra le norme dettate a tutela dei valori inerenti la famiglia, ed in particolare la cura dei figli minori in tenerissima età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa, garantiti dagli art. 29, 30, 31 e 37 della Costituzione, i quali nel postulare i diritti/doveri dei genitori di assolvere gli obblighi loro incombenti nei confronti della prole, promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti a rendere effettivo l'esercizio di tale attività.

Tale Istituto, a differenza delle procedure previste e regolamentate dal M.I., ha la finalità di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai



figli, ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, garantendo, in tal modo, la massima unità familiare.

L'unico limite posto è quello delle esigenze organizzative e funzionali della P.A., nella parte in cui tale previsione pone quale condizione di applicabilità del beneficio la “... **sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva**”, senza alcuna specifica statuizione rispetto alla **tipologia di posto disponibile che può essere sia dell'organico di diritto, che di quello di fatto.**

Controparte, quindi, illegittimamente non applica lo specifico dettato normativo in ordine alla prioritaria tutela della genitorialità, che viene autorizzato solo in presenza di uno specifico provvedimento dell'Autorità giudiziaria.

A ciò si aggiunga che la norma è stata oggetto di importantissima modifica che limita i casi di dissenso o rigetto che la P.A. può opporre rispetto all'assegnazione temporanea.

L'art. 14, comma 7, della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in vigore dal 28.8.2015, ha infatti modificato il primo comma dell'art. 42 bis inserendo, in coda all'inciso “**L'eventuale dissenso deve essere motivato**” già contenuto nella vecchia formulazione della norma, il seguente: “**e limitato a casi ed esigenze eccezionali**”.

L'art. 42 bis del d. lgs. 151 del 2001, dispone inoltre che “**L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda**”.

Anche per tale ragione la docente ha adito l'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti di madre – lavoratrice del M.I., essendo trascorsi i 30 giorni previsti dalla normativa senza alcuna risposta da parte dell'amministrazione.

Pertanto non si può ritenere che il silenzio della P.A. o una posticipazione della valutazione dell'istanza equivalga a diniego.

Il Tribunale di Pavia nell'ordinanza del 10.3.2017, resa nel giudizio 92/2017-1 (allegato n.17), ha precisato che “*La legge in oggetto, facendo espresso riferimento a un “**dissenso ... motivato**”, richiede evidentemente, anche in base a una interpretazione costituzionalmente orientata, che il datore di lavoro motivi l'eventuale rigetto in maniera sufficientemente intellegibile, anche in riferimento alla incompatibilità del provvedimento richiesto dal lavoratore con una sua assegnazione temporanea a un ufficio vicino al proprio domicilio familiare, all'analisi delle situazioni occupazionali e organizzative della sede di provenienza e di quella di eventuale assegnazione e alla mancanza, presso quest'ultima struttura, di posti “disponibili. L'operato della amministrazione non può che ritenersi illegittimo*”.



La modifica, che bilancia in maniera evidente a favore del lavoratore la ponderazione di interessi che il datore di lavoro può compiere nel momento in cui individua ostacoli all'esercizio della prerogativa di riunione del nucleo familiare che la disposizione tende a favorire, pertanto, comporta non solo che la motivazione dovrà essere seria, ragionevole e verificabile e non mera formula di stile (*ex plurimis*: Trib. di Roma, ord. Coll. 8.8.2013), ma che dovrà anche esprimere esigenze realmente eccezionali, tali da giustificare il sacrificio dell'interesse, anch'esso costituzionalmente protetto, ma oggi certamente preponderante, alla tutela del nucleo familiare, e non potrà più essere identificato col mero disagio, ma con l'effettivo vero e proprio pregiudizio all'attività della P.A.

La finalità del Legislatore di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, richiederebbe, da parte delle PP.AA. un'attenta analisi delle istanze e, conseguentemente, una motivazione congrua e seria, idonea a far sì che il minore, soggetto debole cui si è inteso assicurare tutela, non venga ingiustamente privato dell'affetto e delle cure di entrambi i genitori.

Pertanto l'operato del Ministero e degli uffici periferici, nonché il silenzio sulla valutazione dell'istanza non possono in alcun modo essere giustificati da una presunta (e non effettiva) mancanza di disponibilità di posti, in quanto l'assegnazione temporanea della ricorrente può essere disposta da controparte in maniera immediata preliminarmente alle procedure di assegnazione provvisoria e di supplenza annuale (ad oggi ancora in corso di definizione), con l'utilizzo dei posti dell'organico di fatto vacanti e disponibili per l'a.s. 2021/22 o con l'uso di posti dell'organico di diritto altresì vacanti e disponibili nel medesimo anno scolastico, anche a seguito dell'utilizzazione/assegnazione provvisoria di docenti in posti diversi rispetto a quelli di titolarità.

Il Ministero dell'Istruzione, infatti, ha pubblicato la nota prot. n. 18372 del 14.06.2021 con la quale ha disposto l'avvio delle operazioni di utilizzazione e assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2021/22, con la conseguente disponibilità di posti da destinare a tali movimenti annuali (allegato n.33), che il M.I. avrebbe potuto destinare al soddisfacimento dell'istanza di assegnazione temporanea.

Il M.I., peraltro, in maniera illegittima ed in violazione alle norme sulla trasparenza dell'operato della P.A., non rende pubblico al momento della presentazione delle domande di mobilità territoriale, professionale ed annuale la disponibilità delle sedi da destinare alle rispettive procedure che vengono comunicate in prossimità dei movimenti e dopo la scadenza della presentazione delle istanze da parte dei docenti (allegati n.12 e 13).



E' di tutta evidenza, quindi, che in atto sono disponibili molteplici posti dell'organico di diritto e di fatto che possono consentire il soddisfacimento immediato dell'istanza della ricorrente, anche in maniera frazionata, ovvero di anno in anno e che sussiste almeno " ... *un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*", in applicazione della normativa vigente.

§ § §

D) Sulla illegittima mancata applicazione dell'istituto dell'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del d. lgs. n. 151/2001 per l'assenza di disposizioni del M.I., che ne regolamentano le modalità di fruizione da parte del corpo docente con prole entro i tre anni, sulle differenti ed insufficienti forme di tutela del genitore – lavoratore operata dal Ministero nelle procedure di mobilità territoriale, professionale e annuale e sull'orientamento prevalente della giurisprudenza.

L'istituto giuridico dell'assegnazione temporanea previsto dall'art.42 bis del d. lgs 151/2001 integra la disciplina sui trasferimenti e sulle assegnazioni provvisorie del personale docente contenuta nel D. Lgs. n. 297/1994, che non garantisce la tutela della genitorialità e della famiglia.

L'utilizzazione e l'assegnazione provvisoria sono previste per l'ottenimento di una sede di servizio per il personale in soprannumero e per favorire la mobilità di durata annuale del corpo docente, in base a specifiche condizioni del personale richiedente, che sono totalmente diverse, anche per la finalità perseguita, con l'art. 42 bis in questione.

In particolare, la contrattazione collettiva relativa alle operazioni di **mobilità territoriale** del corpo docente, prevede un **punteggio aggiuntivo** per le esigenze di famiglia e di assistenza ai figli, pari a 6 punti, per il comune di ricongiungimento con il coniuge, e 4 punti, per ogni figlio di età inferiore a 6 anni, nonché 3 punti, per ogni figlio di età compresa tra i 6 e i 18 anni; mentre **nulla prevede nelle operazioni di mobilità professionale** (passaggio di ruolo o cattedra) del corpo docente.

La contrattazione triennale dell'8.07.2020, che si occupa delle operazioni di **utilizzo e assegnazione provvisoria anche per l'a. s. 2021/22**, invece, oltre al punteggio, attribuisce una **priorità ai docenti - genitori** per l'assistenza ai figli minori di età sino a sei anni e da sei a dodici anni, che comunque è postergata ad altre e **non garantisce l'avvicinamento duraturo del docente alla famiglia ed ai figli.** (allegato n.32)

Tali rimedi, di fatto, non tutelano la genitorialità, né le esigenze della prole nella prima infanzia, com'è possibile rilevare nel caso in esame.



Differente è anche la durata dell'assegnazione temporanea rispetto all'assegnazione provvisoria.

L'assegnazione temporanea è concessa per un triennio, anche frazionato, ed il presupposto dell'età del bambino rappresenta il limite temporale per la presentazione dell'istanza, non anche per la fruizione del beneficio, come stabilito dal **Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere n.192 del 4.5.2004.** (allegato n.20)

Nelle procedure di mobilità annuale, il M.I. non prevede che le età del bambino sia il requisito principale ed esclusivo per la presentazione delle domande.

L'età dei figli dei docenti, infatti, viene presa in considerazione per l'attribuzione di un punteggio e per la graduazione nell'ordine delle istanze, insieme a molteplici altri e vari requisiti.

L'assegnazione provvisoria, inoltre, è prevista e dura un solo anno scolastico, non consentendo al genitore di un bambino entro i tre anni di potere avere certezza della stabilità lavorativa per un triennio nel luogo (comune – distretto – provincia) di residenza del figlio e del marito.

L'istituto dell'assegnazione temporanea, pertanto, deve essere applicato in via autonoma, anche in ambito scolastico, in quanto la tutela della prole in tenera età non è garantita dal Ministero nelle predette contrattazioni, non trovando applicazione nelle varie procedure di tale pubblica amministrazione il **Decreto Legislativo n. 151/2001**, “Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità”, che disciplina “*i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità*” e che prevede un complesso di norme a tutela e sostegno della famiglia.

Sull'orientamento prevalente della giurisprudenza

Sulla questione si è espresso il **Tribunale di Catania (proc. n. 5988/2020 R.G.)** che il 22.12.2020, in accoglimento del ricorso proposto della scrivente difesa su questione analoga a quella in esame, si è così espresso: “*in relazione all'ambito di operatività dell'art. 42 bis cit., la prevalente giurisprudenza cautelare ha affermato che esso costituisce istituto diverso dall'assegnazione provvisoria di fonte contrattuale – la quale, invece, è diretta a favorire la mobilità territoriale dei dipendenti in funzione delle singole e soggettive condizioni del richiedente – e che è applicabile anche ai casi di mobilità interna alla medesima amministrazione, ivi compresi i docenti dipendenti del MIUR (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza n. 32285/2016, giurisprudenza richiamata). Come ritenuto dal Tribunale di Forlì, nell'ordinanza resa in sede di reclamo nel procedimento iscritto al n. 290/2017 R.G.,*



“Il beneficio di cui all’art. 42 bis è diverso da quelli previsti dalla contrattazione collettiva, come ripetutamente rilevato dalla giurisprudenza di merito. L’assegnazione provvisoria (istituto disciplinato dal contratto collettivo nazionale del comparto scuola) è diretta al reimpiego del personale in soprannumero e in esubero e concerne cattedre la cui vacanza sia accertata per l’intero anno scolastico e per l’intero orario di cattedra. L’istituto di cui all’art. 42 bis è, invece, diverso, più ampio e generico di quello utilizzato dal contratto collettivo nazionale per l’assegnazione provvisoria. L’art. 42 bis D.Lgs 151/01 non consente di subordinare l’assegnazione temporanea del pubblico dipendente ad una analisi comparativa tra aspiranti, né, tantomeno ad una diversa individuazione delle esigenze meritevoli di tutela, operata dalla contrattazione collettiva. L’imposizione di un ambito concorsuale, con la collocazione della domanda della ricorrente in una ipotetica graduatoria, non è supportata dalla norma primaria che non consente di negoziare sul riconoscimento del beneficio (come sul riconoscimento dell’analogo beneficio previsto dalla legge 104/91) poiché volta ad attuare il principio costituzionale di salvaguardia dell’unità familiare”. L’ambito concorsuale è previsto esclusivamente per il riconoscimento dei diversi benefici dell’assegnazione provvisoria, fissati contrattualmente dai contratti collettivi, della durata di un anno” (allegato n. 31).

Le pronunce dei **Tribunali di Monza** (R.G. n.1864/2018 del 29/11/2018) e **Milano** (R.G. n.11108/18 del 29.11.2018 e R.G. n.10973/2018 del 04.12.2018) hanno altresì chiarito la possibilità di applicazione dell’istituto dell’assegnazione temporanea con particolare riferimento al comparto scuola.

In particolare il **Tribunale di Monza** evidenzia che il MIUR, *“nella determinazione degli assetti organizzativi del personale docente, di fatto finisce sistematicamente (e non già per ragioni contingenti o eccezionali) per disapplicare l’art. 42-bis del D. Lgs. n. 151/2001 e per frustrarne l’operatività, destinando le sedi vacanti e disponibili della dotazione organica di diritto alle operazioni di mobilità professionale e territoriale e alle nuove immissioni in ruolo, per poi procedere alle operazioni di assegnazione e utilizzazione provvisoria, senza dare autonomo spazio alle precipue esigenze di tutela del fanciullo tutelate dall’istituto dell’assegnazione temporanea.”* (allegato n.18)

Il **Tribunale di Roma**, con l’ordinanza n. cronol. 69983/2018 del 10.07.2018, resa nel procedimento n. 42432/2017 R.G., su istanza della scrivente difesa, ha concesso il trasferimento nella provincia di Messina e l’assegnazione temporanea nella medesima provincia, richiesta all’allora MIUR, con raccomandata a. r., alla quale la P.A. non aveva dato alcuna risposta, come nel caso della ricorrente.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Roma ha precisato che **“l’amministrazione non si è pronunciata contravvenendo, con la sua inerzia, anche alla**



disposizione finale dell'articolo 42 che stabilisce “L’eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali, L’assenso o il dissenso devono essere comunicati all’interessato entro 30 giorni dalla domanda”. (allegato n.19)

Il **Tribunale di Pavia**, nei giudizi n.92/2017-1 RG e n.710/2017 RG (allegati n.16 e n.17), proposti della scrivente difesa, le cui ordinanze sono allegate, ha precisato (10.03.2017) che in caso di mancato immediato accoglimento della richiesta di assegnazione temporanea si “... **pregiudicherebbe irrimediabilmente, non solo lo status di lavoratore e la libertà di esercizio della professione, ma anche la vita personale e familiare dell’istante, danni, come tali, non suscettibile di ristoro per equivalente**” e ha ordinato al MIUR (ordinanza del 28.06.2017) la “**assegnazione della ricorrente, ai sensi dell’art. 42 bis del d.lgs. 151/2001, presso una delle sedi di servizio ubicate nella provincia di Messina per tre anni dalla richiesta e dunque anche per gli a. s. 2017/2018 e 2018/2019**”, precisando che la durata di 3 anni dell’assegnazione decorre dalla richiesta, così come stabilito dal Dipartimento della Funzione Pubblica con parere del 4.05.2004 (allegato n.20).

Lo stesso Tribunale di Pavia nelle predette decisioni ha evidenziato la profonda differenza tra l’assegnazione provvisoria e quella temporanea, “**laddove si consideri che l’assegnazione provvisoria appare istituto inteso a favorire la mobilità territoriale dei dipendenti in funzione delle soggettive condizioni del richiedente, avendo quindi riguardo a situazioni quali i gravi motivi di salute, la necessità di prestare assistenza a portatori di handicap, il ricongiungimento ai genitori ed appalesandosi, comunque, l’assegnazione temporanea più vantaggiosa per l’istante, quantomeno in relazione alla durata (tre anni, contro uno della assegnazione provvisoria).**”

Oltre tali pronunce si richiamano gli ulteriori seguenti orientamenti, che in maniera granitica, hanno riconosciuto il diritto dei docenti, con figli minori di tre anni, a beneficiare dell’assegnazione temporanea ad essere assegnati ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa (cfr. ex multis Tribunale Palermo, ord. 8 agosto 2016; Tribunale Perugia, ord. 3 agosto 2016; Tribunale Torino, ord. 11 luglio 2016; Tribunale Siena, ord. 24 maggio 2016; Tribunale Mantova, ord. ColI. 19 maggio 2016; Tribunale Roma, ord. 5 maggio 2016; Tribunale Perugia, ord. colI. 28 marzo 2016; Tribunale Mantova, ord. 25 marzo 2016; Tribunale Lucca, ord. 16 marzo 2016; Tribunale Torino, ord. colI. 11 marzo 2016; Tribunale Roma, ord. colI. 2 marzo 2016; Tribunale Mantova, ord. 10 febbraio 2016; Tribunale Ivrea, ord. 16 dicembre 2015; Tribunale Perugia, ord. 30



novembre 2015; Tribunale Ivrea, ord. 10 novembre 2015; Tribunale Pordenone, ord. 2 novembre 2015; Tribunale Mantova, ord. 26 ottobre 2015; Tribunale Milano, ord. 9 ottobre 2015; Tribunale Monza, ord. 22 settembre 2015; Tribunale Verona, ord. 18 maggio 2015; Tribunale Verona, ord. 14 aprile 2015; Tribunale Brindisi, ord. 13 marzo 2015; Tribunale Milano, 10 marzo 2015; Tribunale Brindisi, ord. 25 novembre 2014; Tribunale di Roma, 22 ottobre 2014; Tribunale Brindisi, 14 ottobre 2014; Tribunale Brindisi 13 ottobre 2014; Tribunale Brindisi, ord. coll. 5 febbraio 2014; Tribunale Brindisi, ord. 4 dicembre 2013; Tribunale Brindisi, ord. 5 novembre 2013).

Tutte le precedenti pronunce sono volte a tutelare l'interesse del minore e favorire il ricongiungimento dei genitori e figli in tenera età (inferiore a 3 anni) e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita.

La ricorrente, avendone i requisiti, ha il diritto ad avere riconosciuta l'*assegnazione temporanea* ai sensi della normativa vigente e di essere assegnata temporaneamente, per il periodo di tre anni, in una sede scolastica della provincia di Messina, più vicina possibile al luogo di residenza del proprio nucleo familiare ovvero nella sede più vicina ed immediatamente disponibile al Comune di Capo d'Orlando, nel rispetto della precedenza e delle previsioni normative anzi dette.

§ § §

Sul periculum in mora

Di particolare rilevanza e gravità è la situazione personale e familiare della ricorrente in ordine al c.d. "*periculum in mora*".

§ § §

Sul diritto della Prof.ssa Sirna di ottenere l'assegnazione temporanea in provincia di Messina per un triennio

Le condizioni personali e familiari della ricorrente sono state già indicate nella premessa del ricorso e nei motivi di diritto e si richiamano per brevità.

La famiglia SIRNA – PIAZZA è composta dai due coniugi, sposati dal 2012, e dai loro tre figli minori: Gemma Piazza di 16 mesi, Gregorio Piazza di 4 anni e Giordano Piazza di 6 anni.

Il nucleo familiare risiede e convive in Capo d'Orlando (Me) che si trova a 126 Km di distanza dal comune di Casteldaccia, luogo di lavoro della ricorrente.

Il marito della ricorrente, Sig. Giuseppe PIAZZA, è impiegato con contratto di lavoro a tempo pieno (per 40 ore settimanali) ed indeterminato presso una società con sede lavorativa a Naso (ME), con turni diurni e notturni, che non gli consentono di prendersi cura della figlia di 16 mesi via esclusiva e di far fronte tempestivamente alle esigenze primarie della minore in ogni orario della giornata in assenza della moglie.

La tenera età della bambina di 16 mesi di vita impone che la stessa sia del tutto dipendente e necessiti di continua assistenza ed accudimento.



Tale necessità, ad oggi, sono garantite dai due genitori che alternandosi tra loro sono riusciti ad assistere e accudire la bambina.

Nell'a. s. 2020/21 la docente ha ottenuto l'assegnazione provvisoria in provincia di Messina che le ha permesso di lavorare in una sede vicina al nucleo familiare, il cui termine è previsto per la data del 31.08.2021.

L'assegnazione provvisoria, tuttavia, non è garantita dal M.I. nei primi tre anni di vita dei figli dei docenti.

Il trasferimento della ricorrente in provincia di Palermo (sia da sola che con la figlia) non è in alcun modo possibile e/o ipotizzabile in quanto, oltre a "distruggere" il nucleo familiare, composto da altri due figli minori (di 4 e 6 anni), non consentirebbe all'istante di potere assistere la figlia.

La ricorrente, inoltre, non può nemmeno valutare di viaggiare settimanalmente con spostamenti tra Casteldaccia e Capo d'Orlando, che le impongono una permanenza fuori sedi di almeno 6 ore al giorno, con partenze all'alba, in quanto ciò sarebbe incompatibile con le esigenze quotidiane di assistenza alla piccola figlia di 16 mesi, di cui si prende cura insieme al marito.

Un allontanamento definitivo della docente dal nucleo familiare, inoltre, avrebbe ripercussioni sulla disgregazione dello stesso, sulla privazione del ruolo di madre della ricorrente, sulla tutela della genitorialità e sull'assistenza alla crescita del piccolo figlio di 16 mesi e degli altri figli di 4 e 6 anni.

Il trasferimento della minore in un'altra provincia in via permanente dovrebbe, peraltro, essere accettata ed autorizzata dal padre che si vedrebbe parimenti privato del diritto di potere contribuire alla crescita della figlia e che dovrebbe accudire autonomamente gli altri due figli piccoli.

Il mancato riscontro all'istanza dell'assegnazione temporanea da parte dell'amministrazione lede e viola il diritto della ricorrente di sviluppare, con serenità, la propria personalità nel proprio ambito familiare e residenziale ed il diritto della minore ad essere allevata, educata ed istruita nell'ambito della propria famiglia.

L'allontanamento della ricorrente dal proprio nucleo familiare, pertanto, rappresenta un danno non ristorabile, certo, grave ed irreparabile, anche per l'intera famiglia.

È quindi necessaria l'adozione della tutela cautelare richiesta, non essendo pensabile un differimento della decisione al merito o in tempi ordinari.

L'istituto della assegnazione temporanea, infatti, è volto a tutelare il diritto dei genitori di figli di età inferiore a 3 anni e viene posto soprattutto a tutela del bambino stesso, che in una età così tenera necessita della assistenza e della presenza dei genitori e consente il ricongiungimento dei genitori, figure essenziali nella crescita,



sviluppo ed educazione dei figli in una età ancora tenera e piena di problematiche, con evidenti e serie ripercussioni sul futuro dei bambini.

La *ratio* e la finalità dell'art. 42 bis D.lgs. n. 151/2001, oltre a rappresentare e riconoscere un beneficio al lavoratore richiedente, è indirizzata e rivolta all'esclusivo interesse del minore, vero soggetto debole della tutela ed ha lo scopo di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, garantendo, in tal modo, la massima unità familiare e salvaguardando esclusivamente le esigenze organizzative e funzionali della P.A., allorché pone quale condizione di applicabilità del beneficio la “... sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva”.

§ § §

Sulla sussistenza in re ipsa del periculum

Si precisa, inoltre, che l'eventuale futuro ottenimento dell'assegnazione provvisoria per l'a. s. 2021/22, come da relative domande allegate al ricorso (all.45), non preclude la tutela cautelare in quanto, stante la delicatezza degli interessi sottesi, la maggior parte dei Tribunali ha ritenuto, in giudizi relativi a fattispecie analoghe al presente procedimento, la sussistenza del *periculum in mora* pienamente integrato nella fattispecie.

In ragione della natura del provvedimento stesso e degli interessi tutelati, sussiste pertanto il periculum in re ipsa.

L'istituto disciplinato dell'assegnazione temporanea di cui all'art.42 bis del D.Lgs. 151/2001, consentendo l'avvicinamento del pubblico dipendente alla casa familiare, infatti, predispone una tutela forte a presidio di valori costituzionali quali il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art.29 Cost.), le esigenze proprie del nucleo familiare, meritevole di provvidenze anche di tipo economico per l'adempimento dei propri compiti (art.31 Cost.), la maternità e l'infanzia (art.31 co. 2 Cost.).

Il **Tribunale di Livorno**, nel provvedimento del 20 ottobre 2016, n. 3542, ha precisato che l'istituto in questione è inserito nel T.U. n.151/01 riguardante la tutela e il sostegno della maternità e paternità, con il quale si tutela anche la salute fisiopsichica della lavoratrice madre, la salute del nascituro e si garantisce il diritto del figlio, sia naturale che adottivo, a godere dell'assistenza materiale e affettiva di entrambi i genitori durante i primi anni di vita.

Il procedimento di urgenza è essenziale al fine di consentire alla dipendente di ricongiungersi per un triennio alla figlia di 16 mesi nel minor tempo possibile.



Sul punto si è espresso il **Tribunale di Siracusa**, con ordinanza collegiale del 29.10.2012, nella quale viene precisato che i valori tutelati dalla disposizione legislativa in questione, per loro stessa natura, non sono suscettibili di attendere la definizione di un ordinario giudizio di merito: *“Ciò rende apprezzabile in questa sede il paventato pregiudizio che i tempi di un giudizio di merito possano significativamente incidere sulla funzione del beneficio, almeno riducendone considerevolmente la durata, ed in ogni caso differendone la fruizione oltre la delicata fase dei primi anni di vita del bambino, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre in ogni momento della vita quotidiana e corrispondentemente maggiore l’impegno materno – specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di un’attività lavorativa svolta fuori sede – sì da far apparire non suscettibile di riparazione economica il connesso pregiudizio”*.

La mancata o la ritardata concessione del beneficio dell’assegnazione temporanea, senza alcun dubbio, determinerebbe un danno certo, grave ed irreparabile, non risarcibile per equivalente.

È ormai costante la giurisprudenza che ritiene l’esistenza del requisito del c.d. *“periculum in mora”* in fattispecie analoghe (anche si addirittura con minore gravità) di quella in esame.

Quanto sopra rende anche necessaria l’emissione di un provvedimento di accoglimento, anche *inaudita altera parte*, che ordini al Ministero di attribuire alla ricorrente una sede di servizio nella c.d.c. Ao49 SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI I GRADO o Ao48 SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI II GRADO, ai sensi dell’art.42 bis del D. Lgs 151/01, nelle more della fissazione dell’udienza per procedimento cautelare, stante l’attuale presenza di molteplici posti dell’organico di diritto e di fatto, che a breve verranno destinati alle operazioni di immissione in ruolo, utilizzazione ed assegnazione provvisoria e supplenza annuale, alcuni dei quali, peraltro, illegittimamente non destinati alle operazioni di mobilità dell’a.s. 2021/22.

Il *fumus boni iuris* è chiaramente evidenziato nelle motivazioni di fatto e di diritto svolte nel presente ricorso, che si richiamano.

I diversi Tribunali investiti di problematiche analoghe a quella della ricorrente, hanno emesso provvedimenti cautelari idonei ad impedire gli effetti di simili atti illegittimi. Sul punto sono stati emessi diversi provvedimenti cautelari in cui sono state riconosciute le ragioni d’urgenza in materia di mobilità, in considerazione dei relativi **“pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per**



equivalente” (Trib. Patti – sez. Lavoro, ordinanza resa nel procedimento 2497 - 1 RG; Tribunale di Pordenone in composizione collegiale cron. 1066/17 del 30.06.2017 proced. N.207 2017 RG; Tribunale di Firenze in composizione collegiale cron. n° 2563/2017 del 28.03.2017 proc. n. 559/2017 RG; Trib. Roma – Sez. lavoro, ordinanza cautelare del 26.01.2000, in Dir. Lav.2000,400; nello stesso senso, ex multis, Trib. Roma, - sez. lavoro, ordinanza cautelare del 20.01.2011, in Lavoro nella Giur. 2012, 8-9, 797; Trib Agrigento – sez. lavoro, ordinanza cautelare del 28.03.2001, in Lavoro giur. 2001, pag.778; ordinanza cautelare del Tribunale del Lavoro di Tivoli del 4.02.2016).

L’ordinanza del Tribunale di Ravenna cron. 3684/2016 del 16.11.2016, resa nel procedimento RG 881/2016-1, stabilisce che gli *“evidenti esborsi”* subiti dal lavoratore pubblico dipendente costretto a trasferirsi *“a centinaia e centinaia di chilometri da casa, dagli affetti, dalle necessità familiari”* ... *“rapportati allo stipendio medio di un dipendente della branca di riferimento”*, rappresentano per il lavoratore *“un pregiudizio patrimoniale intollerabile e tale da importare, medio tempore, pregiudizi anche alle sfere non patrimoniali e reddituali del lavoratore”* (allegato n.41).

Relativamente all’illegittimità dell’operato del Ministero e dell’onere della prova, si richiamano i principi del **Tribunale di Vicenza**, di cui all’ordinanza del 12.11.2016, che, nel procedimento n.1591/2016 RG, ha stabilito che per l’accoglimento del ricorso è sufficiente il requisito della *“probabile fondatezza del diritto azionato, riferito alla illegittimità del provvedimento di assegnazione...”* e che *“... incombe sul MIUR l’onere di fornire la prova della corretta applicazione dei criteri di assegnazione delle sedi, onere che non è stato assolto, non essendo stata allegata l’esistenza di richiedenti titolari di un punteggio maggiore per ciascuno degli ambiti territoriali oggetto delle preferenze espresse dalla ricorrente..”*.

È quindi evidente che il M.I. in maniera del tutto illegittima e non conforme a legge, nonché contraria alle previsioni normative ed alla giurisprudenza maggioritaria, non ha operato in maniera corretta con la negazione del trasferimento della docente ed ha anche negato l’assegnazione temporanea della docente madre di un bambino di età inferiore ai tre anni.

Il carattere essenzialmente non patrimoniale (biologico, ed esistenziale, come tipico della fattispecie) del danno medesimo, sarebbe conseguentemente di difficile liquidazione nell’ambito di un giudizio ordinario, giustificando ciò un intervento cautelare (**Tribunale Lecco**, ordinanza, 27 luglio 2004).

Quanto sopra conferma che *“l’interesse all’assistenza morale e materiale della prole per i primi tre anni di vita risulterebbe definitivamente compromesso dai tempi*



tecniche afferenti l'iter processuale dell'eventuale processo ordinario" (**Tribunale Vibo Valentia** il 22 aprile 2010).

Il **Tribunale di Busto Arsizio** con la sentenza n.153/17, in accoglimento del ricorso con domanda cautelare ha così affermato: *"Con ricorso con contestuale istanza di provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ha chiesto, l'assegnazione temporanea in una delle sedi scolastiche della provincia di Catanzaro, ritenendo sussistenti tutti i requisiti di cui all'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001. Il MIUR si è costituito in giudizio e ha eccepito l'inapplicabilità ai docenti della scuola dell'istituto dell'assegnazione temporanea previsto dall'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, nonché, quanto alla fase cautelare, l'insussistenza del periculum in mora. **Accolta l'istanza cautelare, all'esito della discussione la causa viene decisa con sentenza con motivazione contestuale. Il ricorso è fondato.** La disciplina di cui all'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001 riconosce al dipendente pubblico, genitore di un figlio minore fino a tre anni, il diritto ad essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore ai tre anni, ad una sede di servizio ubicata presso la stessa provincia o regione nella quale lavora l'altro genitore, subordinando tale diritto alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva, previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione, al fine della valutazione comparativa tra le condizioni e le 2 relative esigenze dell'ufficio di provenienza e dell'ufficio nel quale il dipendente ha chiesto di essere applicato. La decisione sull'istanza deve essere assunta dall'Amministrazione entro trenta giorni e si precisa che l'eventuale dissenso deve essere motivato e 'limitato a casi o esigenze eccezionali'. Tale norma deve ritenersi applicabile anche al settore della scuola, considerata la portata generale della stessa riferita al 'genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni'. **Lo stesso MIUR ha già applicato ad altri docenti la norma invocata dalla ricorrente, disponendo l'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001,** come da provvedimenti allegati dalla ricorrente (doc. nn. 14 e 15 fasc. ricorrente). Il beneficio previsto dall'art. 42 bis non costituisce un diritto assoluto e incondizionato del dipendente, ma è rimesso ad una valutazione relativamente discrezionale della Pubblica Amministrazione che è tenuta a verificare che la soddisfazione delle esigenze personali e familiari del dipendente non si ripercuota sulla funzionalità del servizio e sul buon andamento dell'amministrazione e a motivare l'eventuale diniego disposto sulla base della prevalenza delle esigenze di servizio che impongano la presenza del dipendente nella sede originaria. **L'obbligo di motivazione della decisione, con espressa limitazione dell'eventuale***



dissenso ai soli casi o esigenze eccezionali, trova la sua ragione nella necessità di valutare il rispetto dei criteri vincolanti previsti dalla norma di cui all'art. 42 bis, intendendo il legislatore tutelare il superiore diritto del figlio di godere dell'assistenza materiale e affettiva di entrambi i genitori durante i primi anni di vita, nonché la salute psico-fisica della lavoratrice madre e di quella del bambino inferiore a tre anni di età. L'amministrazione ha, inoltre, l'onere di fornire prova della fondatezza del diniego che deve essere motivato, in difetto risultando illegittimo un diniego inconsistentemente o pretestuosamente motivato, ossia un diniego carente nell'indicare quali concrete ragioni organizzative ostino a concedere la mobilità temporanea. Nel caso di specie in esame, la mancata risposta dell'Amministrazione scolastica, nei termini di legge, sull'istanza ex art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001 presentata dalla ricorrente, esclude la sussistenza di motivi di servizio prevalenti sulla richiesta di assegnazione temporanea della ricorrente ad altra sede diversa da quella dove attualmente presta servizio (in tal senso cfr. ordinanze Trib. Torino, est. Cr., 11.7.2106; Trib. Ivrea, est. Fa., 10.11.2015). La ricorrente ha provato ogni requisito soggettivo e oggettivo richiesto dalla norma invocata, ossia di essere dipendente pubblica, madre di due figli minori di cui uno minore di tre anni, con coniuge che lavora nella provincia di Catanzaro; ha provato, inoltre, che, nel periodo successivo alla presentazione della domanda ex art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, si sono resi disponibili vari diversi posti nella provincia di Catanzaro (doc. da n. 5 a n. 13 fasc. ricorrente). Deve essere, pertanto, dichiarato il diritto della ricorrente all'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001 presso una sede di servizio ubicata nella provincia di Catanzaro. Di conseguenza, parte convenuta deve essere condannata all'assegnazione della ricorrente in una delle sedi scolastiche della provincia di Catanzaro”.

§ § §

Sul diritto della figlia minore di 3 anni allo sviluppo la propria personalità in ambito familiare

La “Dichiarazione dei diritti del Fanciullo”, redatta dalla Società delle Nazioni Unite nel 1924, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 e successivamente sottoposta a revisione nel 1989, ha riconosciuto che il bambino è non solo oggetto per il diritto ma egli stesso è soggetto portatore di diritti propri, che devono essere tutelati in via immediata.

Il bambino, infatti, a causa della sua immaturità fisica e psicologica, necessita di protezione e cura particolari che devono trovare piena soddisfazione nella famiglia ed



in particolare nell'azione educativa congiunta di madre e padre, al fine di uno sviluppo armonioso e sereno della personalità.

È, infatti, responsabilità di entrambe i genitori di fare crescere il figlio in “un’atmosfera e di sicurezza materiale e morale”.

La predetta dichiarazione ha consentito il riconoscimento definitivo in capo al bambino dello “status di cittadino portatore di diritti soggettivi” che devono essere rispettati e tutelati.

L'Italia è sempre stata particolarmente attenta alla tutela dei diritti dei bambini, prova ne sono sia il dettato costituzionale, che la normativa vigente, tra le quali la Legge del 27 Maggio 1991, n. 176, che ratificò la “**Convenzione sui diritti del fanciullo**” approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 20 Novembre 1989, la Legge 149/2001, che all'art. 1 statuisce il diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia, e l'art. 42 bis del decreto legislativo n.151/2001, di cui è causa, con le successive modifiche ed integrazioni.

Tutta la normativa vigente, come sopra richiamata, si pone come primario obiettivo la tutela del diritto del minore ad essere allevato, educato ed istruito in via continuativa nell'ambito della propria famiglia.

La famiglia rappresenta, quindi, il luogo privilegiato per la soddisfazione di tale diritto del minore, che può intendersi come bisogno primario dell'infante di ricevere quegli affetti necessari alla realizzazione di un sano sviluppo di personalità e di un adeguato processo di crescita e di socializzazione.

La figlio della ricorrente, Gemma PIAZZA, ha diritto ad essere accudita dal padre e dalla madre che hanno contratto matrimonio, convivono e si occupano della figlia congiuntamente e quotidianamente.

Il diritto della ricorrente ad ottenere l'assegnazione temporanea per un triennio in una scuola vicino al luogo di residenza del nucleo familiare è, pertanto, coincidente con il diritto dell'infante ad essere accudito da entrambi i genitori in un clima sereno, per il sano sviluppo della propria personalità, che non può essere soddisfatto dalle procedure di assegnazione provvisoria previste dal M.I., i cui esiti sono incerti, così così come è incerta la sede di servizio attribuita e la eventuale data di inizio del servizio, che spesso non coincide con l'apertura dell'anno scolastico.

A quanto sopra esposto è, infine, necessario aggiungere l'ulteriore considerazione che un allontanamento forzato dell'infante da uno dei genitori potrebbe determinare un certo, grave ed irreparabile pregiudizio e danno alla formazione e crescita personale della piccola Gemma, che non sarebbe risarcibile in alcun modo per equivalente, come di seguito chiarito.

§§§



***Sull'orientamento giurisprudenziale in ordine alle ragioni di urgenza
del presente atto***

Sempre in relazione al *periculum in mora*, diversi sono i Tribunali investiti di problematiche analoghe a quella della ricorrente che hanno emesso provvedimenti cautelari idonei ad impedire gli effetti di simili atti illegittimi.

Le operazioni di mobilità per l'a. s. 2021/22 alle quali ha concorso la ricorrente, viziate ed illegittime per quanto sopra esposto, non hanno consentito alla docente di ricongiungersi in via definitiva con la propria famiglia, con evidente pregiudizio e danno per l'intero nucleo familiare e per la docente stessa che ha deciso di avanzare l'istanza di assegnazione temporanea non esitata dalla P.A., in violazione della normativa di riferimento, il cui accoglimento consentirebbe una maggiore stabilità del rapporto genitoriale ed una serenità duratura per uno sviluppo sereno ed armonioso della personalità della figlia Gemma di 16 mesi nel primo triennio di vita.

Numerosi sono i provvedimenti cautelari in cui sono state riconosciute le **ragioni d'urgenza in materia di mobilità**, in considerazione dei relativi **“pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente”** (Trib. Patti – sez. Lavoro, ordinanza resa nel procedimento 2497 - 1 RG; Tribunale di Pordenone in composizione collegiale cron. 1066/17 del 30.06.2017 proced. N.207 2017 RG; Tribunale di Firenze in composizione collegiale cron. n° 2563/2017 del 28.03.2017 proc. n. 559/2017 RG; Trib. Roma – Sez. lavoro, ordinanza cautelare del 26.01.2000, in Dir. Lav. 2000, 400; nello stesso senso, ex multis, Trib. Roma, - sez. lavoro, ordinanza cautelare del 20.01.2011, in Lavoro nella Giur. 2012, 8-9, 797; Trib Agrigento – sez. lavoro, ordinanza cautelare del 28.03.2001, in Lavoro giur. 2001, pag.778; ordinanza cautelare del Tribunale del Lavoro di Tivoli del 4.02.2016).

Il Tribunale di Cuneo con Ordinanza di accoglimento totale del 17.04.2018, cron. n.754/2018, resa nel procedimento ex art. 700 C.P.C. n.931/2017 R.G., ha rilevato che *“Con riferimento al requisito del periculum in mora, deve ritenersi che la sua configurabilità nel caso di specie discende in primo luogo dal rilievo degli interessi in gioco, tenuto conto della documentata situazione familiare ed il grave pregiudizio connesso alla distanza tra la sede di lavoro e la residenza familiare, non contestabile in particolare che il mancato trasferimento determini l'interruzione dell'effettivo ed ancora attuale rapporto di convivenza ed assistenza tra la ricorrente e la madre con ciò provocando un inevitabile trauma nelle condizioni di vita e di salute della madre beneficiaria di assistenza. Ed in secondo luogo dalla riproposizione di nuova procedura di mobilità ed il pregiudizio difficilmente rimediabile, che deriverebbe dalla mancata considerazione del diritto del ricorrente ad essere considerato già assegnatario dell'ambito richiesto”*.



Su tali aspetti si allega e richiama il provvedimento di accoglimento totale ex art. 700 C.P.C. R.G. 207 / 2017, cron. 1066 / 17 del 30.06.2017 del **Tribunale di Pordenone** in composizione collegiale e n° 2563 / 2017 del 28.03.2017 R.G. 559 / 2017 del **Tribunale di Firenze** in composizione collegiale, oltre che le ulteriori ordinanze di accoglimento ex. art. 700 c. p. c. che si allegano e che sono ad istanza dello scrivente difensore (allegati 35 e 39).

Tra le suddette decisioni in maniera chiara e sintetica il Tribunale di Pordenone ha evidenziato che simile allegazione sulla situazione personale e familiare della parte ricorrente (distanza chilometrica e condizioni familiari) hanno evidenziato che ***“la sensibile compromissione di aspetti inviolabili della personalità estraniandosi nella lesione di diritto della persona costituzionalmente garantiti, merita diretta ed immediata tutela, onde l’accertata sussistenza di una compromissione di tali diritti, per loro stessa natura non riparabili per equivalente, induce a far ritenere sussistente il requisito del “periculum in mora” (Trib. Civitavecchia 10.01.2008) ed altresì che “in caso di trasferimento, sussiste il “periculum in mora” necessario per una emanazione di un provvedimento di urgenza ex. Art. 700 C.P.C., quando dal provvedimento derivino al lavoratore comprovati pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente” (Trib. di Roma 26.01.2000).***

Il Tribunale di Barcellona P.G., con Ordinanza di accoglimento totale n. cronol. 5109/2017 del 22.11.2017, resa nel procedimento n. 1656/17 RG, in un caso analogo a quello in esame, ha ritenuto che *“sussiste il periculum in mora, posto che i tempi necessariamente lunghi del giudizio ordinario non solo determinerebbero il permanere di una situazione antigiuridica, ma rischierebbero di pregiudicare il diritto-dovere della ricorrente, ormai scaduta l’assegnazione provvisoria (31.8.2017), di prestare anche per gli anni successivi la dovuta assistenza alla nonna, oltre che ai tre figli minori.” (all.40)*

La natura del provvedimento negato (assegnazione temporanea), gli interessi sottesi e tutelati dall’istituto in questione (una tutela forte a presidio di valori costituzionali quali il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art.29 Cost.), le esigenze proprie del nucleo familiare, meritevole di provvidenze anche di tipo economico per l’adempimento dei propri compiti (art.31 Cost.), la maternità e l’infanzia (art.31 co. 2 Cost.), la situazione familiare della ricorrente (presenza di tre figli minori di cui una di età inferiore a 3 anni - situazione lavorativa del marito della ricorrente), la giurisprudenza richiamata (che ritiene la sussistenza del periculum in re ipsa ovvero sussistenti tutti gli



elementi e presupposti per la tutela in via d'urgenza), nonché tutti gli elementi di diritto esposti in relazione al *fumus*, comprese le contestazioni e le violazioni di legge riscontrate nelle procedure di mobilità territoriale e professionale per l'a.s. 2021/22, rappresentano e configurano tutti i presupposti per l'accoglimento della istanza cautelare proposta.

È pertanto necessaria l'adozione della tutela cautelare richiesta non essendo pensabile un differimento della decisione al merito o in tempi ordinari, sussistendo i requisiti del c. d. *periculum in mora*.

§ § §

Tutto quanto sopra premesso e ritenuto, la ricorrente, *ut supra* rappresentata, domiciliata e difesa, *contrariis reiectis*, ai sensi dell'art. 414 C.P.C. e 700 C.P.C. e delle norme in materia, previ gli adempimenti di rito e fissazione della udienza di discussione, nel merito e in via cautelare ed urgente, anche *inaudita altera parte*, Voglia accogliere le seguenti domande e

conclusioni,

nel merito e con provvedimento ex art. 700 c.p.c., anche con decisione *inaudita altera parte* ed immediatamente esecutiva come per legge,

Voglia:

- 1) Accertare, ritenere e dichiarare che la ricorrente ha diritto ad ottenere il trasferimento nella scuola secondaria di I grado, nel posto normale della classe di concorso Ao49 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI I GRADO, in provincia di Messina, in una delle sedi (scuola – distretto – comune) indicate nella domanda di trasferimento con la quale la ricorrente ha concorso alle procedure di mobilità per l'a. s. 2021/22, ovvero in una delle cattedre della c. d. c. A49 vacanti e disponibili nella provincia di Messina al termine delle procedure di mobilità dell'a. s. 2021/22 ed anche al termine della I e II fase provinciale, illegittimamente non destinate al soddisfacimento del trasferimento richiesto dalla ricorrente, così come indicato in ricorso e come per legge, nel rispetto del punteggio convalidato dal M.I., pari a 66 punti, di cui 6 punti per ricongiungimento familiare, della specializzazione e dei titoli in possesso della deducente ed anche con la disapplicazione delle fasi di mobilità previste dal CCNI del 6.03.2019, se ritenuto, ovvero come per legge e così come indicato in ricorso;
- 2) In subordine e senza recesso dalle superiori domande, accertare, ritenere e dichiarare che la ricorrente ha diritto ad ottenere il passaggio di ruolo nella scuola secondaria di II grado, nel posto normale della classe di concorso Ao48 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI II



GRADO, in provincia di Messina, in una delle sedi (scuola – distretto – comune) indicate nella domanda di mobilità professionale con la quale la ricorrente ha concorso alle procedure di mobilità per l'a. s. 2021/22, ovvero in una delle cattedre della c. d. c. A48 vacanti e disponibili nella provincia di Messina al termine delle procedure di mobilità dell'a. s. 2021/22 ed anche al termine della I e II fase provinciale, illegittimamente non destinate al soddisfacimento del trasferimento richiesto dalla ricorrente, così come indicato in ricorso e come per legge, nel rispetto del punteggio convalidato dal M.I., pari a 48 punti, della specializzazione e dei titoli in possesso della deducente ed anche con la disapplicazione delle fasi di mobilità previste dal CCNI del 6.03.2019, se ritenuto, ovvero come per legge e così come indicato in ricorso;

3) In ogni caso, accertare, ritenere e dichiarare che la ricorrente ha diritto ad ottenere l'**assegnazione temporanea** ai sensi dell'art. 42 bis del D.lgs. n.151/2001, nel posto normale della classe di concorso Ao49 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI I GRADO o della classe di concorso Ao48 - SCIENZE MOTORIE E SPORTIVE NEGLI ISTITUTI DI ISTRUZIONE SECONDARIA DI II GRADO, in una scuola del comune di Capo d'Orlando (Me), ove risiede con la propria famiglia, o della provincia di Messina o in altro Comune o scuola o distretto più vicini e/o ritenuti idonei al luogo di residenza del nucleo familiare, ovvero come per legge, per il periodo di 3 anni dalla presentazione della domanda, disponendo quanto altro per legge e così come indicato in ricorso;

4) In via ulteriormente gradata e senza recesso dalle superiori domande, qualora la ricorrente nelle more della definizione del giudizio dovesse ottenere l'assegnazione provvisoria per l'a. s. 2021/22, accertare, ritenere e dichiarare che la ricorrente ha diritto ad ottenere l'**assegnazione temporanea** ai sensi dell'art. 42 bis del D.lgs. n.151/2001, nel posto della classe di concorso ottenuto in mobilità annuale o in ogni altro posto e classe di concorso nella quale la docente può prestare l'attività di insegnamento e per l'effetto trasformare l'assegnazione provvisoria di un anno, eventualmente ottenuta a seguito della presentazione della domanda indicata in ricorso, in assegnazione temporanea della durata di un triennio dalla data di presentazione della domanda, disponendo quant'altro per legge;

5) In ogni caso accertare, ritenere e dichiarare il diritto della ricorrente ad ottenere la mobilità territoriale o, in subordine, la mobilità professionale in una delle sedi della provincia di Messina richieste, come in ricorso, e ad ottenere l'assegnazione temporanea per un triennio dalla data di presentazione della relativa istanza alla P.A., per tutti i motivi di fatto e di diritto di cui al presente atto e/o che saranno ritenuti di



giustizia, ed a tal fine condannare ed ordinare a parte resistente di compiere ogni atto ed attività ai fini dell'accoglimento ed esecuzione delle relative domande, disponendo quanto altro per legge;

6) Condannare controparte alle spese compensi onorari ed accessori di legge (IVA, CPA e 15% spese generali di legge) **da distrarsi** in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

L'Avv. Massimiliano Fabio dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile e che il proprio codice fiscale è FBA MSM 70D28 F158V, che la propria p.e.c. è *massimilianofabio@pec.giuffre.it*.

L'Avv. Massimiliano FABIO deposita i seguenti atti:

o) Ricorso ex art. 414 cpc con contestuale ricorso ex art.700 cpc con istanza adozione provvedimento inaudita altera parte ed istanza autorizzazione alla notifica ex art 151 C.P.C.

- 1) Procura alle liti;
- 2) Carta di identità;
- 3) Contratto a tempo indeterminato
- 4) Certificato di assegnazione provvisoria nell'I.C. di Tusa, fino al 31.08.2021;
- 5) Domanda di mobilità per l'a.s. 2021/22 con allegati;
- 6) Domanda di mobilità per l'a.s. 2021/22 convalidata dall'A.T. di Palermo;
- 7) Domanda passaggio di ruolo per l'a.s. 2021/22 con allegati;
- 8) Domanda passaggio di ruolo per l'a.s. 2021/22 convalidata dall'A.T. di Palermo;
- 9) CCNI mobilità triennio 2019/20, 2020/21 e 2021/22;
- 10) Ordinanza n.106/2021 - Mobilità 2021/22;
- 11) Decreto e bollettino dei movimenti della scuola secondaria di I grado pubblicati dall'A.T. di Messina del 07.06.2021;
- 12) Decreto pubblicato dall'A.T. di Messina il 07.06.2021 relativo all'organico di diritto di ogni ordine di istruzione;
- 13) Elenco di scuole e distretti della provincia di Messina pubblicato dal M.I. e disponibilità posti;
- 14) Ordinanza del Consiglio di Stato n.3722 del 22.07.2019, resa nel procedimento n.5199/2019 RG;
- 15) Sentenza del Tribunale di Lanciano n.167/2017 del 24.07.2017, resa nel procedimento n.573/2015;
- 16) Ordinanza n.2557/17 cron. Del 28.06.2017 del Tribunale di Pavia;
- 17) Ordinanza n.978/17 RG del Tribunale di Pavia;
- 18) Sentenza del Tribunale di Monza n.375 del 7.06.2018;



- 19) Ordinanza ex art. 700 cpc del tribunale di Roma del 10.07.2018, procedimento n. RG42432/2017;
 - 20) Parere Dipartimento della Funzione Pubblica n.192/2004;
 - 21) Decreto immissioni in ruolo I grado USR Sicilia a.s. 2021/22;
 - 22) Bollettino/elenco mobilità II grado a.s.2021/22;
 - 23) Reclamo in autotutela;
 - 24) Ordinanza del Tribunale di Patti del 18.02.2019, resa nel procedimento n.2643/2018 – 1 RG;
 - 25) Domanda assegnazione temporanea del 25.06.2021 e relativi allegati e ricevute di spedizione e ricevimento;
 - 26) Comunicazione mancato movimento;
 - 27) Certificato cumulativo di residenza e di stato di famiglia;
 - 28) Certificato estratto atto di matrimonio;
 - 29) Autocertificazione PIAZZA Giuseppe;
 - 30) Nota A.T. di Messina del 30.06.2021;
 - 31) Ordinanza accoglimento totale del Tribunale di Catania, procedimento 5988/20 RG sez. lavoro;
 - 32) CCNI dell'08.07.2021 utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie triennio 2019/22;
 - 33) Nota M.I. n.18272 del 14.06.2021;
 - 34) Sentenza del Tribunale di Patti n.860/2017 del 22.05.2017, resa nel procedimento n.2493/2016;
 - 35) Ordinanza del Tribunale di Pordenone resa nel procedimento n.207/2017 RG;
 - 36) Ordinanza del Tribunale di Cuneo resa nel procedimento n. 931/2017 RG;
 - 37) Sentenza del Tribunale di Ferrara n.83/2017 del 28.04.2017, resa nel procedimento n.614/2016 RG;
 - 38) Ordinanza del Tribunale di Vicenza del 12.11.2016;
 - 39) Ordinanza Tribunale di Firenze procedimento n.559/17 RG;
 - 40) Ordinanza Tribunale di Barcellona P.G. procedimento n.1656/17 RG -1;
 - 41) Ordinanza Tribunale di Ravenna RG 881/2016-1;
 - 42) Sentenza del Tribunale di Termini Imerese n.741/2018 del 14.11.2018;
 - 43) Ordinanza del Tribunale di Roma del 10.07.2018, resa nel procedimento n.42432/2017 RG;
 - 44) Ordinanza del Tribunale di Roma del 13.02.2018, resa nel procedimento n.42754/2017 RG;
 - 45) Domande assegnazione provvisoria a.s. 2021/22 I e II grado convalidate.
- SJL
- Sant'Agata di Militello, 2 agosto 2021.



**ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DI NOTIFICA
EX ART. 151 C.P.C.**

PREMESSO

Il Ricorso ex art. 414 C.P.C. con contestuale ricorso art. 700 C.P.C. ed istanza di adozione del provvedimento inaudita altera parte;

RITENUTO

- 1) Che, nel procedimento possono ritenersi contro interessati gli ulteriori docenti indicati nelle graduatorie – elenchi adottati dal MIUR, oggi MI e dai relativi uffici;
- 2) Che, la notifica ai controinteressati, ove ritenuta necessari, può essere effettuata esclusivamente ai sensi dell'art.151 C.P.C., stante il notevole numero di destinatari e la mancata indicazione dei dati quali le generalità complete e gli indirizzi di residenza;
- 3) Che, il Tribunale di Roma, con Ordinanza cronol.118894/16 allegata, in analogo ricorso ha ritenuto non necessaria la notifica ai potenziali contro interessati, nemmeno ai sensi dell'art 151 C.P.C. in quanto le domande della ricorrente non inciderebbero sulla posizione degli altri docenti;
- 4) Che, anche il Tribunale di Milano, nel procedimento n.3987/2017 RG, ha ritenuto non necessaria la notifica ai potenziali contro interessati, nemmeno ai sensi dell'art 151 C.P.C., in quanto ha precisato che ***“si deve escludere la necessità di operare l'integrazione del contraddittorio con i soggetti che, pur se aventi minore punteggio, hanno ottenuto il trasferimento in ambiti provinciali a cui aspirava anche la ricorrente, atteso che la domanda è volta ad ottenere il trasferimento, genericamente, presso tali ambiti senza indicazione di una specifica sede, il che può avvenire anche in soprannumero e senza, quindi, riflessi diretti nei confronti dei partecipanti alla procedura di mobilità.”***;
- 5) Che, la suddetta notifica – notizia, ove ritenuta necessaria, può essere garantita mediante pubblicazione integrale **nel sito del MIUR, oggi MI** e/o di ogni altro sito istituzionale se indicato nel provvedimento autorizzativo, di tutti gli atti di legge;
- 6) Che, la chiesta notifica ex art.151 è da ritenersi ad integrazione della notifica prevista per legge alla parte resistente;

CHIEDE

di essere autorizzato alla notifica degli atti di legge ritenuti ed individuati, nei relativi termini e modi indicati, adottando all'uopo ogni eventuale ulteriore provvedimento, come per legge, e con espressa indicazione del **Sito Istituzionale del MIUR, oggi**



MI e/o di ogni altro sito istituzionale, se indicato nel provvedimento autorizzativo, ai quali richiedere la pubblicazione degli atti.

Sant'Agata di Militello, 2 agosto 2021.

Avv. Massimiliano FABIO

