

**AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO  
GENOVA**

*Viale Brigade Partigiane n. 2, Genova*

*C.F. 80101740100*

*Tel. 010530831 - Fax. 010591613*

*PEC: ads.ge@mailcert.avvocaturastato.it*

CT 1035-22

Avv. Ghia M.C.

**TRIBUNALE di GENOVA**

*- SEZIONE LAVORO -*

*G.L. dott. S. Grillo*

*Udienza 22.8.22*

**MEMORIA DIFENSIVA**

**PER**

il **Ministero dell'Istruzione** (C.F. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui Uffici, siti in Genova, Viale Brigade Partigiane n. 2, è legalmente domiciliato

*- resistente -*

**NEL PROCEDIMENTO EX ART. 700 C.P.C. PROMOSSO DA**

**Prof. Arena Giacomo**, rappresentato e difeso come in atti

*- ricorrente -*

\* \* \*

Visto il ricorso *ex adverso* notificato in data 11.8.22, l'Amministrazione in epigrafe, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata, si costituisce nel presente giudizio contestando la fondatezza dell'avversa azione, per le ragioni di seguito illustrate.

**Premesse in fatto**

Il ricorrente, vincitore del concorso per Dirigenti Scolastici indetto con D.D.G. M.I.U.R. n. 1259 del 23.11.2017 (all. 1), come da D.D.G. n. 1229 del 07.08.2019 ed elenco allegato (all. 2 e 2.A), è stato assegnato (giusta nota M.I.U.R. prot. n. 36621 del 08.08.2019), sulla base delle preferenze espresse dai vincitori, secondo l'ordine di graduatoria e sino a concorrenza dei posti disponibili per ciascuna regione, al ruolo della Regione Liguria e successivamente assegnato presso l'Istituto Comprensivo "Campomorone Ceranesi" di Campomorone (GE), con incarico decorrente dal 01.09.2019 e avente la durata di tre anni.

Con istanza del 18.06.2022 (all. 3), il Prof.ssa Arena, allegando di essere beneficiario ex art. 33 co. 5 L. 104/1992, in relazione all'accertata disabilità grave del genitore (giusta accertamento Commissione INPS del 17.11.2021), ha chiesto all'USR Liguria l'assenso alla mobilità interregionale verso la Regione



Sicilia per l'A.S. 2022-23, ai sensi dell'art. 9, co. 4, CCNL ex Area V Dirigenza del 15.10.2010.

Il nulla osta alla mobilità interregionale in uscita gli veniva concesso con provvedimento USR Liguria prot. n. 6356 del 27.06.2022 (all. 4).

Con provvedimento D.V. prot. n. 20192 del 14.07.2020 (all. 5), successivamente rettificato con provvedimento D.V. prot. n. 21309 del 26.07.2022 (all. 6), l'USR Sicilia ha comunicato i mutamenti di incarico relativi alla mobilità dei Dirigenti Scolastici per l'A.S. 2022-23, contestualmente pubblicando, tra gli altri, l'elenco nominativo (all. "C" al provvedimento n. 20192) dei 28 Dirigenti Scolastici, la cui domanda di mobilità interregionale in entrata è stata accolta (all. 5.A), tra i quali non rientra la ricorrente.

Le operazioni di mobilità sono state effettuate sulla scorta di quanto precisato nella circolare USR Sicilia sulla mobilità 2022-23 prot. n. 16761 del 14.06.2022 (all. 7) e successiva integrazione del 05.07.2022 (all. 8), con riferimento alle sedi esprimibili, specificate nell'elenco allegato alla circolare (all. 7.A).

La circolare in parola richiama la nota M.I. prot. n. 22253 del 08.06.2022 (all. 9), la quale ultima, premettendo che *"La materia è assoggettata alla disciplina generale prevista dall'articolo 19 e dall'articolo 25 del decreto legislativo n. 165 del 2001 nonché alle disposizioni contenute negli articoli 11, 13 e 20 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 11/04/2006 (all.10), negli articoli 7 e 9 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 15/07/2010 (all. 11) e alla disciplina derogatoria di cui all'articolo 19-quater del decreto-legge n.4 del 27 gennaio 2022 di recente introduzione"*, chiarisce, tra l'altro, che ***"nelle operazioni di cui all'oggetto le SS.LL. terranno in debita considerazione, oltre ai criteri normativi e contrattuali sopra richiamati, la disciplina prevista dalla Legge n. 104/1992 e garantiranno una informazione sulle stesse"***. Precisa ulteriormente la nota che *"l'assegnazione degli incarichi dirigenziali è effettuata **nell'ordine previsto dall'articolo 11 comma 5 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 11 luglio 2006 e s. m. i.:** a) Conferma degli incarichi ricoperti alla scadenza del contratto. Le conferme degli incarichi nelle sedi attualmente ricoperte riguardano i dirigenti scolastici i cui contratti scadono il 31 agosto 2022. b) Assegnazione di altro incarico per ristrutturazione, riorganizzazione o sottodimensionamento dell'ufficio dirigenziale (...). c) Conferimento di nuovo incarico alla scadenza del contratto e assegnazione degli incarichi ai dirigenti scolastici che rientrano, ai sensi delle disposizioni vigenti, dal collocamento fuori ruolo, comando o utilizzazione, ivi compresi gli incarichi sindacali e quelli all'estero. Per i dirigenti scolastici che rientrano dal collocamento fuori ruolo, comando, utilizzazione, ivi compresi gli incarichi sindacali e quelli all'estero, al rientro in sede è garantita la precedenza al dirigente che precede cronologicamente nella titolarità della stessa e, a parità cronologica, al dirigente che effettivamente svolge la funzione (articolo 13 C.C.N.L. 11/4/2006). d) Mutamento d'incarico in pendenza di contratto individuale. e) Mutamento d'incarico in casi eccezionali. f) **Mobilità interregionale**. L'articolo 9,*



comma 4, del CCNL Area V sottoscritto in data 15 luglio 2010, come modificato dall'articolo 53 del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca sottoscritto in data 8 luglio 2019 prevede che: "su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente. ... omissis...". ***L'articolo 19-quater del decreto-legge n.4 del 27 gennaio 2022, recentemente intervenuto dettando disposizioni in materia di mobilità straordinaria dei dirigenti scolastici, prevede che: "In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025. Per la suddetta mobilità, oltre all'assenso dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è necessario quello dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare situazioni di esubero di personale, anche per gli anni scolastici successivi all'ultimo anno scolastico indicato al primo periodo". La citata disposizione introduce pertanto una deroga al vigente contratto collettivo, da un lato elevando la percentuale rimessa alla mobilità interregionale, dall'altro richiedendo l'assenso da parte dell'ufficio scolastico regionale della regione richiesta.*** Si ricorda che le istituzioni scolastiche dimensionate ai sensi dell'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, come previsto dal D.M. 26 aprile 2022, n.104, recante le dotazioni organiche dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2022/2023, in corso di registrazione, non rientrano nel computo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale".

In particolare, come evidenziato nella citata circolare USR Sicilia del 14.06.2022, ***"nell'ambito delle singole fasi di svolgimento delle operazioni, sarà data precedenza, nell'ordine, ai seguenti soggetti: a) Personale beneficiario della L. 104/92 e s.m.i. (artt. 21 e 33) (...); b) Personale titolare di un mandato amministrativo in corso, ai sensi della normativa vigente; c) Personale che abbia la residenza nella provincia richiesta, ai sensi dell'art. 11, comma 6, del C.C.N.L. della Dirigenza scolastica dell'11/04/2006, ad esclusione della fase della mobilità interregionale ..."***.

La nota ministeriale è poi stata integrata e modificata con la **nota M.I. n. 25442 del 04.07.2022** (all. 13) con la quale, nello stabilire la riapertura dei termini per la presentazione delle istanze di mobilità, si è così precisato: "come è noto, l'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, come modificato dall'art. 1 comma 343 della legge n. 234 del 2021, disponeva che "Per gli anni scolastici 2021/2022, 2022/2023 e 2023/2024, alle istituzioni scolastiche autonome costituite con un numero di alunni inferiore a 500 unità, ridotto fino a 300 unità per le istituzioni situate nelle piccole isole, nei comuni montani o nelle aree geografiche caratterizzate da specificità linguistiche, non possono essere assegnati dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato nei limiti della spesa autorizzata ai sensi del comma 979. Le predette istituzioni scolastiche sono conferite in reggenza a dirigenti scolastici titolari di incarico presso altre istituzioni scolastiche autonome. Alle



istituzioni scolastiche autonome di cui al primo periodo non può essere assegnato in via esclusiva un posto di direttore dei servizi generali e amministrativi; con decreto del direttore generale o del dirigente non generale titolare dell'ufficio scolastico regionale competente, il posto è assegnato in comune con altre istituzioni scolastiche". ***In sede di conversione del decreto legge 30.4.2022, n. 36 alla disposizione citata sono stati aggiunti i seguenti periodi: "Le istituzioni scolastiche che hanno parametri numerici uguali o superiori a quelli previsti nel primo periodo sono disponibili per le operazioni di mobilità regionali e interregionali e per il conferimento di ulteriori incarichi sia per i dirigenti scolastici sia per i direttori dei servizi generali e amministrativi. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 19-quater del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25. Non devono altresì derivare situazioni di esubero di personale con riferimento ai posti di direttore dei servizi generali e amministrativi"*** Relativamente alla mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, la disposizione normativa deve inoltre essere coordinata con l'articolo 19-quater del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, con il quale si prevede che: "In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025. Per la suddetta mobilità, oltre all'assenso dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è necessario quello dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare situazioni di esubero di personale, anche per gli anni scolastici successivi all'ultimo anno scolastico indicato al primo periodo". Come già accennato, la disposizione introduce una deroga al vigente contratto collettivo, da un lato elevando la percentuale rimessa alla mobilità interregionale, dall'altro richiedendo l'assenso da parte dell'ufficio scolastico regionale della regione richiesta. Occorre inoltre considerare che la normativa vigente limita agli anni scolastici 2022/2023 e 2023/2024 il dimensionamento delle istituzioni scolastiche sulla base dei parametri dettati dalla legge di bilancio, mentre la disposizione derogatoria in materia di mobilità si estende fino all'a.s. 2024/2025. Per tale ultima annualità le istituzioni scolastiche saranno di nuovo considerate normodimensionate esclusivamente sulla base della normativa di carattere generale prevista dall'articolo 19, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98. ***Pertanto per l'anno scolastico 2022/2023, l'inserimento delle istituzioni scolastiche dimensionate ai sensi dell'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 nel computo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale comporta che, a seguito della quantificazione del 60 per cento dei posti disponibili, devono essere effettuate le opportune valutazioni al fine di evitare che nell'ultimo anno dell'incarico conferito si possano verificare situazioni di esubero"***.

Così l'USR Sicilia, nel provvedimento D.V. prot. n. 20192 del 14.07.2022, precisa che ***"considerato che sulla scorta del numero dei posti vacanti e disponibili per l'a.s. 2022/23, tenuto conto delle sedi normo-dimensionate sulla base della normativa di carattere generale prevista dall'art. 19, c. 5, del D.L. n. 98 del 06/07/2011, e dell'art. 19 - quater D.L. n. 4 del 27/01/2022, i posti destinati alla***



mobilità interregionale in ingresso sarebbero pari a n. 15; Ritenuto di dovere considerare, nel computo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale, anche le istituzioni scolastiche dimensionate ai sensi dell'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, effettuando, secondo le indicazioni di cui alla citata nota M.I. prot. DGPER n. 25442 del 04/07/2022, le opportune valutazioni al fine di evitare che nell'ultimo anno dell'incarico conferito si possano verificare situazioni di esubero; Effettuate le predette valutazioni; Ritenuto di dovere destinare alla mobilità interregionale in ingresso per l'a.s. 2022/23, anche sulla scorta delle predette valutazioni, il numero complessivo di 28 posti", corrispondenti  $(25:100 \times 60 = 15)$  alla percentuale del 60% dei posti complessivamente vacanti e disponibili per l'A.S. 2022-23, da destinarsi alla mobilità interregionale ai sensi dell'art. 19 - quater D.L. n. 4 del 27/01/2022, incrementato secondo le indicazioni ministeriali. L'USR Sicilia ha provveduto, pertanto, alla valutazione comparativa di tutte le istanze, in relazione alle quali sono pervenuti i relativi nulla osta da parte degli Uffici Scolastici Regionali competenti (complessivamente in numero di 107), atteso che i 28 posti resi disponibili erano inferiori alle richieste. I 28 soggetti destinatari del provvedimento di mobilità interregionale in entrata per l'A.S. 2022-23, di cui all'allegato "C" del provvedimento D.V. prot. n. 20192 del 14.07.2022 sono **tutti Dirigenti scolastici** aventi ottenuto il nulla osta dai rispettivi UU.SS.RR. di provenienza, che hanno visto riconosciuto un diritto di preferenza, in quanto beneficiari delle agevolazioni di cui alla legge 104/1992 o di cui all'art. 17 legge 266/1999 (il cui coniuge militare convivente sia stato trasferito d'autorità) o ai sensi dell'art. 78, co. 6 D.Lgs. 267/2000 (TUELL), in quanto titolari di mandato politico (cfr. prospetto istanze all. "C" con indicazione titoli di precedenza, all. 14).

Più precisamente, l'accoglimento delle istanze di mobilità interregionale è avvenuto all'esito di una valutazione comparativa che ha graduato le domande, come specificato nello stesso provvedimento del 14.07.2022, dando "priorità agli eventuali titolari di disabilità personale ex L. 104/1992; - precedenza agli eventuali dirigenti in scadenza contrattuale aventi priorità di legge, secondo il seguente ordine: a) titolari di beneficio ex art. 33, co. 5, L. 104/1992 - in ragione, gradatamente, del vincolo di parentela o affinità più stringente col disabile assistito; b) titolari di precedenza ex L. 266/1999; c) titolari di mandato politico o amministrativo. A parità di condizioni, priorità al dirigente che ha espresso impegno a permanere e, successivamente, al più anziano anagraficamente". Nella successiva graduazione, si è data precedenza ai dirigenti non in scadenza di contratto ma titolari di priorità di legge, rispetto a coloro che, in scadenza contrattuale, non vantano titolo di precedenza.

I soggetti che non hanno ottenuto la richiesta mobilità interregionale, tra cui rientra il ricorrente, sono tutti dirigenti privi di titolo di precedenza (o perché non allegato e insussistente o perché non riconosciuto dall'amministrazione), la cui istanza non è stata accolta proprio all'esito della suddetta



valutazione comparativa.

Al Prof. Arena, in particolare, non è stato riconosciuto il chiesto titolo di precedenza quale dichiarato *caregiver* del padre, **non avendo documentato tale requisito**, con particolare riferimento all'omessa documentazione relativa alle ragioni oggettive che impedirebbero alla sorella del ricorrente di occuparsi del genitore, pur risiedendo nel medesimo comune dello stesso.

Con l'odierno ricorso, il Porf. Arena si rivolge all'intestato Tribunale chiedendo "... *previa disapplicazione di qualunque norma contrattuale e/o provvedimento che si ponga in contrasto con la legge 104/92; previo accertamento dell'illegittimità e/o illiceità e/o disapplicazione dei provvedimenti adottati dalla P.A. e in particolare del provvedimento dell'USR per la Sicilia n. 20192 del 14/07/22 e dei relativi allegati (nonché se del caso del provvedimento dell'USR della Sicilia n. 21309 del 26/07/2022), previa sospensione del procedimento, previa declaratoria di nullità e/o annullabilità e/o inefficacia e/o disapplicazione di ogni atto amministrativo e negoziale presupposto e connesso e conseguente che sia lesivo del diritto del ricorrente accertare e dichiarare il diritto di precedenza ex art. 33 cc 3 e 5 della legge 104/92 in favore del ricorrente nelle operazioni di mobilità interregionale per l'a.s. 2022/2023 secondo l'ordine di precedenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa e nell'ambito territoriale prescelto, ordinando al Ministero convenuto di provvedere in tal senso. Con vittoria di spese, diritti e onorari e con distrazione in favore dell'odierno patrono anticipatario*".

L'avverso ricorso risulta inammissibile e, comunque, infondato, per le seguenti ragioni di

### ***Diritto***

#### **I. Preliminarmente - Del difetto di integrità del contraddittorio**

Preliminarmente, si eccepisce il difetto di integrità del contraddittorio nei confronti di tutti i dirigenti scolastici di cui all'all. "C" al provvedimento D.V. n. 20192 del 14.07.2022 che hanno ottenuto la mobilità interregionale verso la Sicilia.

Ed invero, come ribadito dalla Suprema Corte, "*allorquando, come nella fattispecie, l'attore chieda la riformulazione della graduatoria al fine di conseguire una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede ecc.), il giudizio deve svolgersi in contraddittorio degli altri partecipanti al concorso coinvolti dai necessari raffronti, e, pertanto, il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i controinteressati, che va esclusa solo qualora la domanda sia limitata al risarcimento del danno o a pretese compatibili con i risultati della selezione (Cass. 28766/2018, 988/2017, 15981/2016, 13968/2010, 15912/2009, 14914/2008)*" (Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 26-09-2019) 21-11-2019, n. 30425).

Precisa la Corte, infatti, che "*va considerato che il litisconsorzio e correlativamente l'ampiezza del contraddittorio si misurano nel concreto con riguardo alle domande proposte e agli effetti che l'eventuale accoglimento delle domande produce nella sfera di altri soggetti coinvolti, con la conseguenza che questi dovranno necessariamente partecipare*



al processo ogni volta che la pronuncia domandata abbia effetti sulla posizione giuridica di questi ultimi e ciò anche nell'interesse della parte attrice ad ottenere una pronuncia utiliter data, owerosia tale da poter essere efficacemente opposta a tutti coloro cui la vicenda giuridica è inscindibilmente comune”.

La giurisprudenza di legittimità, più precisamente, pacificamente ritiene che “sia con riguardo al lavoro subordinato privato, sia con riguardo al lavoro contrattuale alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, **risulta consolidato l'orientamento della giurisprudenza della Corte secondo cui, in presenza di contestazioni sulla legittimità del procedimento, solo nel caso in cui il soggetto pretermesso domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede, ecc.) il giudizio deve svolgersi in contraddittorio degli altri partecipanti coinvolti dai necessari raffronti, e, pertanto, il giudice, ove riscontri la non integrità del contraddittorio, deve ordinarne l'integrazione nei confronti di tutti i controinteressati**; tale integrazione invece non è necessaria quando l'attore non chieda la dichiarazione di inefficacia della selezione e la riformulazione della graduatoria, ma si limiti a domandare il risarcimento del danno, o comunque faccia valere pretese compatibili con i risultati della selezione, dei quali non deve attuarsi la rimozione (cfr. Cass. n. 11943 del 1992; Cass. n. 12128 del 1998; Cass. S.U. n. 17324 del 2005; Cass. n. 14914 del 2008)” (Cass. Civ. n. 988/2017 cit.; eadem re, Cass. civ. Sez. lavoro 16/07/2018, n. 18807).

Peraltro, la necessità di integrazione del contraddittorio deve essere valutata non *ex post*, in base all'esito della lite, ma *ex ante*, in relazione alle domande proposte dalle parti (Cass. civ. 24.09.1994, n. 78619). Atteso che il ricorrente chiede all'intestato Tribunale il riconoscimento del diritto di precedenza nell'ambito delle effettuate operazioni di mobilità interregionale in ingresso per l'a.s. 2022-23, deve essere disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti coloro che dall'accoglimento della domanda avversa potrebbero vedere leso il proprio diritto all'assegnazione.

## **II. Inammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. per omessa indicazione della domanda di merito – Istanza cautelare volta ad una mera anticipazione del giudizio di merito**

La domanda cautelare azionata col ricorso d'urgenza appare inammissibile.

Invero, il ricorrente non ha specificato quale dovrebbe essere la futura domanda di merito, di cui il ricorso cautelare deve costituire mera tutela anticipatoria, essendosi come detto limitato a chiedere al G.L., nelle relative conclusioni, di “accertare e dichiarare il diritto di precedenza *ex art. 33 cc 3 e 5 della legge 104/92 in favore del ricorrente nelle operazioni di mobilità interregionale per l'a.s. 2022/2023 secondo l'ordine di precedenza indicato nella istanza ritualmente presentata in via amministrativa e nell'ambito territoriale prescelto, ordinando al Ministero convenuto di provvedere in tal senso*”, in sostanza assegnando alla tutela anticipatoria, non già la funzione, strumentale alla decisione di merito, di garantirne in via provvisoria



gli effetti ma quella di accertamento e condanna, esclusive del giudizio di merito.

La funzione strumentale dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. si realizza, di regola, attribuendo al provvedimento cautelare la c.d. portata interinale, caratterizzata dall'anticipazione degli effetti propri del provvedimento di cui vuole assicurare la fruttuosità. In altre parole, *“i provvedimenti di urgenza hanno natura strumentale e funzione cautelativa del tutto provvisoria, in quanto volti ad evitare che la futura pronuncia del giudice possa restare pregiudicata nel tempo necessario per ottenerla”* (cfr. in tal senso: Cass. civile, sez. II, 11 marzo 2004, n. 4964).

Il ricorso *ante causam* deve pertanto contenere indicazioni sufficienti sulla futura domanda di merito a cautela della quale è richiesta la tutela. **Il ricorso cautelare che non individui compiutamente il contenuto dell'instauranda azione di merito deve ritenersi inammissibile ed insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 164 c.p.c.**, impedendo peraltro la necessaria verifica della strumentalità e dell'interinalità dell'istanza cautelare (cfr. Tribunale Torino ord. 15.10.2018).

In realtà, il Prof. Arena ha formulato, non già un'istanza anticipatoria delle domande di merito, ma esercitato direttamente l'azione volta all'accertamento pieno del preteso diritto al trasferimento presso la regione Sicilia. Laddove la tutela in via d'urgenza attiene alla necessità di ottenere un provvedimento che consenta di paralizzare gli effetti pregiudizievoli al diritto azionato, nelle more di una pronuncia piena nel merito. Una pronuncia di accertamento e condanna, invero, non può essere disposta in via cautelativa ed anticipatoria, implicando una valutazione piena e definitiva in ordine alla sussistenza del diritto azionato, incompatibile con una valutazione in sede di cognizione sommaria *prima facie*, tipica dei provvedimenti cautelari. Il provvedimento cautelare è invece strumento diretto a contrastare *“una modificazione della realtà sostanziale a danno del richiedente, che si intende fronteggiare con misura immediatamente esecutoria di segno contrario, laddove viceversa l'esigenza di certezza, sottesa alla proposizione di ogni azione di mero accertamento, per se stessa, non può subire pregiudizio, con la conseguenza che al diritto del ricorrente di sentir accertare (...) non può derivare alcun danno da un eventuale ritardo nell'emanazione della relativa pronuncia di merito meramente dichiarativa”* (cfr. Trib. Roma sent. 27 gennaio 2017).

Sicché ne è stata ritenuta incidentalmente l'inammissibilità ***“nel caso in cui sia richiesto un provvedimento non solo completamente satisfattivo, ma anche definitivo sia sul piano della produzione degli effetti materiali sia sul piano dell'accertamento pieno sul diritto controverso”*** (Trib. Milano 29.01.2003), come nel caso di specie.

### **III. In ordine all'insussistenza del *periculum in mora* - Insussistenza dei presupposti di necessità e urgenza**

Il ricorso è all'evidenza carente dell'indefettibile requisito per l'emissione del provvedimento cautelare, costituito dal *periculum in mora*, ovvero la fondata previsione di un danno imminente ed irreparabile,



suscettibile di verificarsi nelle more del futuro (eventuale) giudizio di merito.

Come noto, il pregiudizio non può essere ravvisato in una qualsiasi violazione di diritti del lavoratore, bensì solo nel caso in cui tale lesione, in sé, ovvero in quanto incidente su posizioni giuridiche soggettive a contenuto non patrimoniale ed a rilevanza in genere costituzionale a quel diritto strettamente connesse, sia suscettibile di pregiudizio non ristorabile per equivalente (Cass. n. 8373/2002; Trib. Rimini 24.03.2007).

E l'onere probatorio, secondo gli ordinari principi di cui all'art. 2697 c.c., grava sulla parte ricorrente, che deve fornire la prova concreta della minaccia di un pregiudizio, che non possa trovare ristoro all'esito di un giudizio ordinario, produttivo altresì di un danno irreparabile.

Il pregiudizio imminente ed irreparabile allegato *ex adverso*, invero, è riconnesso alla circostanza che il ricorrente *“si vedrebbe pregiudicata la possibilità di rientrare nella provincia di Messina (o in Sicilia) per svolgere la sua funzione di caregiver nei confronti del proprio padre per effetto della sua illegittima esclusione dalla procedura di mobilità de qua”*.

Analogamente (seppur in seconda battuta), il Prof. Arena allega che *“il mancato trasferimento arreca altresì danno al padre del ricorrente di anni 84 impossibilitato a essere assistito. La lunga distanza tra Genova e Messina rende difficile se non impossibile uno spostamento quotidiano/agevole (spostamento invece possibile/agevole se trasferito a Messina o in Sicilia). Detta situazione reca ovviamente grave pregiudizio al padre del ricorrente che si vede privato delle cure quotidiane del proprio figlio, al quale risulta fortemente legato essendo di fatto l'unico familiare che può prestargli assistenza fisica e morale”*.

Ciò nondimeno, pare evidente che, trovandosi già da tempo in Liguria, l'omesso accoglimento della domanda di mobilità in entrata verso la Regione Sicilia non può certamente avere *“privato delle cure quotidiane del proprio figlio”* il soggetto in condizione di disabilità, in nulla avendo immutato la pregressa situazione di fatto.

Come allegato in ricorso, infatti, dal gennaio 2022 e sino ad ora, il ricorrente ha potuto regolarmente prestare assistenza al genitore disabile e, dunque, svolgere la funzione in parola (cfr.: *“a seguito del riconoscimento dell'art. 3 comma 3 della legge 104/92 al padre del ricorrente, quest'ultimo, a decorrere dal mese di gennaio 2022 in avanti, ha sempre goduto (senza alcun problema) dei permessi previsti da detta normativa 11 (recandosi peraltro in tali giornate a Messina per prestare assistenza al proprio padre con impegno economico di non poco conto)”*).

Tenuto conto che la domanda volta all'accertamento sanitario risale all'agosto 2021 e che il Prof. Arena dal 1° settembre 2019 è assegnato presso la Regione Liguria, deve evincersi che la distanza non ha sinora impedito al ricorrente di garantire l'assistenza al padre (diversamente non avrebbe certamente potuto dichiararsene *caregiver*).



Né il ricorrente può oggi lamentare un pregiudizio causalmente ricollegabile al diniego dell'istanza, atteso che – lo si rimarca ancora - l'omesso accoglimento dell'istanza di mobilità non ha modificato la situazione pregressa.

Si osserva, in ogni caso, che parte ricorrente non ha fornito alcuna prova concreta del supposto pregiudizio grave ed irreparabile che deriverebbe nelle more della definizione di un ordinario giudizio di merito.

Sul punto, infatti, è **del tutto irrilevante la mera allegazione avversa e la relativa dichiarazione resa in sede di autocertificazione dalla sig.ra Arena Antonella (sorella del ricorrente) in ordine alla circostanza di non usufruire delle agevolazioni per l'assistenza al padre ex lege 104/1992**, non contestandosi che il ricorrente abbia ottenuto di fruire dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, (istituto del tutto autonomo e affatto coincidente con il diritto di preferenza di cui al comma 5) ma che il parente più prossimo geograficamente – che risiede nel medesimo comune del padre – non possa occuparsi dell'anziano genitore per ragioni di natura oggettiva.

Ciò in quanto, all'ovvio, la possibilità che un altro parente (peraltro di pari grado) possa occuparsi dell'assistenza - anche solo nelle more dell'esito di un giudizio ordinario - esclude *in nuce* la possibilità di profilare il sostenuto pregiudizio imminente ed irreparabile.

Possibilità che non può valutarsi “soggettivamente” – in relazione al parente che il soggetto affetto da disabilità decide di volere quale proprio assistente – ma con riferimento alla situazione oggettiva. Gli obblighi di assistenza familiare derivano peraltro *ex lege* (cfr. art. 433 c.c. e art. 591 c.p.) sicché il ricorrente non può validamente addurre che la propria sorella “*mai si è presa cura e né mai si prenderà cura del proprio padre*”.

Quanto alle autocertificazioni, è appena il caso di osservare che l'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. non può ritenersi assolto attraverso la produzione di documenti provenienti dalla medesima parte che intende giovarsene.

Come ormai definitivamente sancito dalla Suprema Corte (Cass. Sezioni Unite 29 maggio 2014, n. 12065), infatti, la dichiarazione sostitutiva di certificazione e quella sostitutiva dell'atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, non costituiscono di per sé prove idonee di quanto dichiarato, esauendo i loro effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, per favorirne uno svolgimento più rapido e semplificato.

Deve dunque ritenersi né allegata né provata la circostanza dell'impossibilità di assistenza del disabile da parte della germana, anche solo nelle more di una pronuncia di merito e, per l'effetto, del dedotto pregiudizio imminente e irreparabile.

#### **IV. Difetto di *fumus boni iuris***



L'avverso ricorso è comunque privo del cd. *fumus boni iuris*, per le ragioni che si vanno ad illustrare.

**IV.A In ordine alla contestata illegittimità del provvedimento “implicito” di diniego - Necessità di un provvedimento di diniego espresso della domanda di mobilità ex art. 2 L. 241/1990 – Infondatezza**

Un breve cenno merita la censura sollevata ex adverso secondo cui l'amministrazione scolastica sarebbe tenuta ad adottare per ciascuna istanza un provvedimento espresso ed individuale, rivelandosi illegittimo il provvedimento implicito di diniego, desumibile dalla mera non inclusione nel pubblicato elenco delle domande accolte, in quanto violativo dell'art. 2 L. 241/1990, che impone l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso.

L'assunto è palesemente infondato, vertendosi in materia di atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato e non di atti amministrativi, con la conseguente inapplicabilità dell'invocato art. 2.

Secondo quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, peraltro, “l'art. 2 della l. n. 241/1990, che nel dato testuale richiede un provvedimento espresso, intende solo imporre una definitiva determinazione, senza sancirne le necessarie modalità formali” (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 589/2019), così ammettendo la possibilità di un atto amministrativo implicito.

**IV.B Sull'ex adverso asserita illegittimità dell'omesso riconoscimento del titolo di preferenza di cui all'art. 33 co. 5 L. 104/92– Infondatezza**

L'USR Sicilia legittimamente e doverosamente non ha riconosciuto il diritto di precedenza al ricorrente, connesso alla dichiarata qualità di *caregiver* del proprio genitore affetto da disabilità grave.

A tale riguardo, occorre in primo luogo ricordare che l'art. 33, co. 5, Legge 104/1992 invocato *ex adverso* contempla un diritto di preferenza che si pone necessariamente in contrasto con la posizione degli altri soggetti della procedura di mobilità che, in quanto privi di tale titolo preferenziale, sono destinati a vedere postergato il proprio diritto al trasferimento,.

La circolare USR Sicilia prot. n. 16761 del 14.06.2022 relativa alla mobilità 2022-23, in attuazione delle disposizioni previste dalla L. 104/1992 espressamente prevede che “nell'ambito delle singole fasi di svolgimento delle operazioni, sarà data precedenza, nell'ordine, ai seguenti soggetti: a) Personale beneficiario della L. 104/92 e s.m.i. (artt. 21 e 33). ***I Dirigenti interessati dovranno presentare la relativa documentazione secondo le indicazioni contenute nell'art.4 dell'O.M. n. 45/2022 per la mobilità del personale docente, educativo e ATA a.s. 2022/23 e nel relativo vigente C.C.N.I..*** La suddetta documentazione deve essere presentata in allegato all'istanza, e trasmessa con messaggio di posta elettronica certificata (PEC) all'indirizzo: *drsi@postacert.istruzione.it* entro il termine perentorio di scadenza sotto specificato. Non saranno ammesse successive integrazioni e/o regolarizzazioni”.



Il richiamo all'O.M. n. 45/2022 discende dal comma 6 dell'art. 462 D.Lgs. 297/1994 (T.U. scuola), in materia di trasferimenti del personale scuola (che include espressamente anche il personale direttivo), che espressamente demanda all'ordinanza ministeriale annuale la regolamentazione relativa a termini e modalità di presentazione delle domande (*"con ordinanza del Ministro della pubblica istruzione sono annualmente stabiliti il termine per la presentazione delle domande, i documenti che gli aspiranti debbono produrre a corredo delle domande stesse e gli adempimenti propri del provveditore agli studi"*).

Il richiamato art. 4 O.M. n. 45/2022 (all. 15), così dispone al comma 5: *"in merito alle certificazioni mediche si precisa che: a) lo stato di disabilità deve essere documentato con certificazione o copia autenticata rilasciata dalle commissioni mediche, funzionanti presso le A.S.L., di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104. (...) d) per le persone con disabilità che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 21 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è necessario che risulti chiaramente, anche in certificazioni distinte, la situazione di disabilità e il grado di invalidità civile superiore ai due terzi o le minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A) annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, riconosciute alle medesime; e) tenuto conto che le certificazioni relative all'invalidità e quelle relative all'accertamento della disabilità sono distinte, nelle stesse deve risultare quanto segue: i. per le persone disabili maggiorenni di cui all'articolo 33, comma 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, deve risultare la situazione di gravità della disabilità; ii. per le persone disabili assistite di cui all'articolo 33, commi 5 e 7 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nelle certificazioni deve risultare la situazione di gravità della disabilità e la necessità di una assistenza, globale e permanente, così come previsto dall'articolo 3, comma 3, della predetta legge, ovvero tenendo conto di quanto disposto dall'articolo 38, comma 5, della legge 23 dicembre 1998, n. 448; a tal fine il genitore, anche adottivo, e il coniuge e il figlio unico in grado di prestare assistenza e il fratello o sorella in sostituzione dei genitori, come previsto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 233/2005, debbono comprovare che il disabile non è ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, con dichiarazione personale ai sensi delle disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni (di seguito, DPR 445/2000); iii. per le persone bisognose di cure continuative per grave patologia, nelle certificazioni deve necessariamente risultare l'assiduità della terapia e l'istituto presso il quale viene effettuata la terapia stessa. Le certificazioni devono essere rilasciate dalle competenti A.S.L.* 6. Gli Uffici scolastici territorialmente competenti verificano che sui certificati medici, redatti secondo le disposizioni suesposte e presentati dal personale interessato al fine del riconoscimento del beneficio, risultino le attestazioni sopra richieste. 7. ***In merito alla documentazione del rapporto di parentela e dell'assistenza con carattere di unicità si precisa quanto segue:*** a) il coniuge, intendendo per tale anche la parte di unione civile, il convivente di fatto di cui all'articolo 1, commi 36 e 37, della legge 20 maggio 2016 n. 76, il genitore, ***il figlio referente unico che presta assistenza***, il fratello o sorella conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità, nel caso in cui i genitori siano scomparsi o impossibilitati ad occuparsi del figlio disabile perché totalmente



inabili, che assistano il soggetto disabile e *che intendano beneficiare della precedenza prevista dal CCNI 2022, devono documentare i seguenti "status e condizioni" secondo le modalità indicate di seguito:*

*i. il rapporto di parentela, di adozione, di affidamento e di coniugio con il soggetto disabile deve essere documentato con dichiarazione personale resa sotto la propria responsabilità, ai sensi delle disposizioni contenute nel DPR 445/2000; ii. l'attività di assistenza con carattere di unicità (articolo 33, comma 3, della legge 104/1992) a favore del soggetto disabile deve essere documentata con dichiarazione personale resa sotto la propria responsabilità, ai sensi delle disposizioni contenute nel DPR 445/2000. b) la presentazione di tale documentazione è prevista esclusivamente nei casi di assistenza al genitore. L'assistenza con carattere di unicità esercitata dai beneficiari della precedenza ex articolo 33, commi 5 e 7, della legge 104/92 deve essere effettivamente svolta alla data di scadenza per la presentazione della domanda di mobilità e deve sussistere entro 10 giorni prima del termine ultimo di comunicazione al SIDI delle domande. È obbligo degli interessati dichiarare entro tale termine l'eventuale cessazione dell'attività di assistenza al familiare disabile e la conseguente perdita del diritto alla precedenza; c) la situazione di non ricovero a tempo pieno del soggetto disabile in istituto specializzato deve essere documentata mediante dichiarazione personale resa sotto la propria responsabilità, ai sensi delle disposizioni contenute nel DPR 445/2000; (...) e) il domicilio del soggetto disabile assistito è documentato mediante autocertificazione (...).*

Il CCNI 2022 (all. 16) richiamato dall'O.M. n. 44/2022, all'art. 13 (in materia di sistema delle precedenze per la mobilità territoriale), par. IV - Assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale – prevede che “ (...) *In caso di figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sottoelencate condizioni:* 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. *documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico.* La documentazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria laddove il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico, sia anche l'unico figlio convivente con il genitore disabile Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445 e successive modifiche ed integrazioni. 3. essere *anche* l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del decreto legislativo 151/2001. ... Per beneficiare della precedenza prevista dall'art. 33, della legge n. 104/92, gli interessati dovranno produrre apposita certificazione secondo le indicazioni riportate nella O.M. che



regola i trasferimenti. ***La predetta certificazione deve essere prodotta contestualmente alla domanda di trasferimento***".

Come si vede, dunque, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, nel caso di specie l'amministrazione ha correttamente applicato le vigenti disposizioni richiamate dall'O.M. n. 45/2022 (secondo le previsioni dell'art. 462 D.Lgs. 297/1994) escludendo la possibilità che il ricorrente potesse fruire del richiesto diritto di precedenza **a fronte della presenza di una figlia del disabile, abitante nel medesimo comune di Messina, che ben potrebbe occuparsi del genitore.**

La circostanza che la sorella del ricorrente non abbia un "buon rapporto" col padre, in altri termini, in disparte l'irrelevanza probatoria nella presente sede processuale – appare inidonea a consentire il chiesto riconoscimento del diritto di preferenza.

I datati riferimenti citati dal ricorrente si riferiscono al diverso istituto di cui all'art. 33 co. 3 L. 104/92 (permessi mensili) nella previgente disciplina, i cui criteri di valutazione sono inevitabilmente diversi (non implicando alcuna pretermissione di terzi soggetti controinteressati), dovendo garantirsi la sola effettiva destinazione funzionale del relativo utilizzo.

Anche l'indicata pronuncia della Suprema Corte (20.07.2004 n. 13481) si riferisce all'istituto dei permessi e non è pertinente, essendo stata resa nella vigenza della disciplina pregressa all'introduzione della cd. referenza unica, e non intende affatto sostenere quanto allegato dal Prof. Arena, precisando che : *"dalla lettura del terzo comma dell'art. 33 della legge n. 104 non si evince che la presenza in famiglia di altra persona che sia tenuta o che possa provvedere all'assistenza del parente portatore escluda il diritto ai tre permessi mensili retribuiti. Infatti tale presenza non esclude il bisogno dei permessi. Essendo presupposto del diritto la circostanza che il portatore di handicap non sia ricoverato a tempo pieno, è presumibile che, durante l'orario di lavoro di chi presta l'assistenza e può fruire dei permessi, all'assistenza provveda altra persona presente in famiglia ed è ragionevole il bisogno di questa di poter fruire di tre giorni feriali di libertà, coincidenti con la fruizione dei permessi retribuiti del lavoratore. Il criterio è analogo a quello previsto per i genitori di portatori di handicap, regolato nel medesimo articolo, per i quali la circostanza che uno di essi non lavori, e quindi possa prestare assistenza, non esclude il diritto ai permessi retribuiti. Si deve concludere che né la lettera, né la ratio della legge escludono il diritto ai permessi retribuiti in caso di presenza in famiglia di persona che possa provvedere all'assistenza"*.

La legittimità della disciplina regolamentare e contrattuale contestata dal ricorrente è peraltro unanimemente riconosciuta dalle numerose pronunce di merito (all. 17) rese in materia (cfr. Tar Lazio 06.08.2018 n. 8784: *" (...) la norma dell'art. 33, comma 5, della legge 104/1992, finalizzata alla salvaguardia dell'assistenza ai portatori di handicap al di fuori dell'ambito familiare, subordina comunque il diritto di scegliere la sede di lavoro al verificarsi di precise e tassative condizioni di carattere soggettivo. Il diritto di cui all'art. 33,*



pertanto non risulta illimitato, stante l'inciso "ove possibile". Ciò è tanto più vero allorché l'esercizio del diritto, oggetto della presente controversia, venga a ledere in misura consistente le esigenze organizzative del datore di lavoro che nella fattispecie sono individuate nella annuale contrattazione collettiva nazionale integrativa recante disposizioni specifiche sulla mobilità territoriale e professionale definitiva, sicché la disciplina di cui all'art. 33, comma 5 della legge 104/92 attraverso l'inciso "ove possibile" subordina i trasferimenti a esigenze organizzative dell'amministrazione, identificabili con il "buon andamento del servizio" introducendo pertanto un limite al beneficio. Si osserva inoltre come non possa sostenersi che le norme pattizie e secondarie che regolamentano la mobilità territoriale e professionale del personale scolastico "non siano in linea con il complesso normativo della Legge 104/1992". ... Al riguardo, infatti, per il corrente a.s. 2016/2017, il CCNI sottoscritto in data 15 giugno 2016, all'art. 8, PUNTO IV - ASSISTENZA - lett. i), ha previsto il riconoscimento di una precedenza nelle operazioni di utilizzazione e assegnazione provvisoria anche a favore del "Personale docente destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della citata legge n. 104/92 che sia unico parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto 65 anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (nella sola condizione di assenza di parenti o affini di grado inferiore) o unico affidatario di persona con disabilità in situazione di gravità; tale unicità, deriva dalla circostanza - documentata con autodichiarazione - che eventuali altri parenti o affini non sono in grado di effettuare l'assistenza al soggetto con disabilità in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive." Anzi, dando seguito alle richieste di parte ricorrente che si violerebbe il "principio dello scorrimento della graduatoria fondato sul merito, espresso dal punteggio attribuito nella fase dei trasferimenti" in quanto il "merito" sarebbe completamente assorbito dalle "precedenze": i docenti aspiranti al trasferimento sarebbero graduati esclusivamente sulla base della tipologia della precedenza posseduta e, in definitiva, solo i titolari di precedenza avrebbero la possibilità di partecipare con esito positivo alle operazioni di mobilità territoriale e professionale definitiva").

Analogamente, Trib. Milano, ord. 26.11.2021: ("non risulta dimostrato, ed anzi appare smentito dall'esame delle stesse allegazioni difensive di cui al ricorso, che la ricorrente sia in effetti referente unico della madre disabile. Viene infatti dedotta la esistenza di un considerevole numero di parenti stretti, tutti geograficamente prossimi alla residenza della disabile, i cui motivi di impedimento alla assistenza risiederebbero in non dimostrate difficoltà di salute, piuttosto che nel fatto di svolgere attività lavorativa (requisito che porterebbe a dover allora escludere dalla platea dei possibili referenti unici anche la ricorrente la quale lavora e allo stato non risulta aver mai fatto richiesta di fruizione di permessi di cui all'art 33 comma III L.104). Tanto vale anche quanto alla paventata necessità di assistere quale referente unico anche il proprio suocero disabile in considerazione del fatto che il proprio coniuge e di lui figlio- sarebbe dipendente pubblico a Palermo. Risulta quindi per tabulas l'esistenza di numerosi altri parenti, ben più prossimi della ricorrente per vicinanza, che potrebbero tutti occuparsi dell'assistenza alla disabile, a nulla



rilevando le 'dichiarazioni sostitutive' prodotte dalla ricorrente in giudizio (e contestate dalla resistente) recanti generiche dichiarazioni di indisponibilità alla assistenza. Si ritiene pertanto che quanto sin qui motivato giustifichi il rigetto della domanda avanzata senza necessità di vaglio specifico delle ulteriori censure avanzate dalle parti"; Trib. Pisa, ord. 25.11.2021 (cfr.: "la ricorrente è infatti la nuora (e non la figlia: cfr. art. 13 CCNI 6.3.2019, ma sotto tale aspetto la ricorrente sembra procedere ad una contaminatio tra la disciplina pattizia e quella legale) del sig. OMISSIS e **non ha dato idonea prova che i figli del soggetto assistibile siano, come prevede la citata norma del CCNI, impossibilitati a fornire l'assistenza al genitore per motivi oggettivi ...**"; Trib. Monza sent. 13.01.2021 n. 20 (cfr.: "... Presupposto per il riconoscimento del diritto di scelta di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/1992 è l'effettiva prestazione di assistenza continuativa in favore del familiare disabile da parte del lavoratore richiedente, sul quale ricade il relativo onere probatorio ex art. 2697, comma primo, c.c. Tale onere probatorio va assolto con particolare rigore allorché, all'interno del nucleo familiare, siano presenti altri soggetti, legati al disabile da vincoli più stretti, potenzialmente idonei a fornire allo stesso la necessaria assistenza. ..."); Trib. Castrovillari sent. 21.10.2021 (in materia di mobilità docenti) ha rilevato che "nel tempo la giurisprudenza di legittimità (cfr., Cass., S.U., n. 7945 del 2008, Cass. n. 585 del 2016, n. 7120 del 2018, n. 6150 del 2019, n. 20243 del 2020) ha avuto modo di esaminare la natura dell'agevolazione in questione nell'ambito di una più ampia lettura dell'art. 33 cit., atteso che la stessa può essere esercitata "ove possibile". Si è così posto in evidenza, come tale diritto, a differenza della precedenza nella sede riconosciuta alla persona handicappata dall'art. 21 della legge n. 104 del 1992, deve tener conto di un bilanciamento tra interessi tutti costituzionalmente protetti, di modo che il suo esercizio risulti compatibile con le esigenze organizzative della pubblica amministrazione datore di lavoro, su cui grava l'onere della prova di circostanze ostative all'esercizio dello stesso. Ed infatti, se da un lato vanno considerate le esigenze funzionali al buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), dall'altro occorre tenere presente che le misure previste dall'art. 33, comma 5, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo riconducibile al principio sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost., che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e che, come si è detto, devono coesistere con altri valori costituzionali. D'altro canto l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, come posto in evidenza dalla giurisprudenza di questa Corte, non obbliga il lavoratore a scegliere la sede che appaia più conveniente per l'assolvimento dei compiti di assistenza, ma gli attribuisce solo il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede (Cass., n. 7981 del 2018). 2.3. L'art. 13 del CCNI mobilità personale docente, educativo e ATA scuola a.s. 2016/2017 del 8 aprile 2016, che regola, per quanto qui rileva, il sistema delle precedenze, al punto V, che reca "Assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale", stabilisce, tra l'altro, nell'ambito provinciale (Fase A, punto 1), in relazione alla posizione



del figlio che assiste un genitore in qualità di referente unico, quanto segue. Prevede la precedenza in presenza di tutte le sottoelencate condizioni: 1. documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi; 2. documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. (...) 3. essere anche l'unico figlio che ha chiesto di fruire periodicamente nell'anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza (...). La regolamentazione della precedenza dettata dall'art. 13 del CCNI, infatti, risulta coerente con l'art. 33 della legge n. 104 del 1992, una volta conformatone il contenuto alla luce della corretta interpretazione di quest'ultimo. La previsione della contrattazione integrativa della necessaria fruizione in capo al lavoratore dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, per accedere all'agevolazione della precedenza in questione, non è richiesta dall'art. 33, comma 5, cit., mentre costituiscono logico sviluppo della condizione di assistenza al genitore in situazione di gravità, che fonda la precedenza in ambito provinciale, sia l'impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi, sia la documentata impossibilità, da parte di ciascun altro figlio di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico”.

Orbene, alla luce di quanto sopra, **nel caso di specie non è rinvenibile alcuna violazione di norme imperative, avendo l'Amministrazione scolastica applicato la normativa vigente, secondo le disposizioni indicate e richiamate dalla nota ministeriale n. 22253 del 08.06.2022 e dalla circolare USR Sicilia prot. n. 16761 del 14.06.2022 (norme regolamentari e pattizie vigenti) e con le modalità ivi previste ed avendo, dunque, correttamente agito nello svolgimento delle operazioni di mobilità interregionale in entrata.**

All'evidenza infondata è, dunque, la contestazione avversa, secondo cui sarebbe stato illegittimo subordinare il riconoscimento dei benefici ex art. 33 co. 5 L. 104/1992 alla documentata sussistenza di cause oggettive di impedimento all'assistenza da parte di eventuali altri parenti del disabile.

#### **IV.C Sull'obbligo del cd. soccorso istruttorio ex art. 6 L. 241/1990 - Infondatezza**

Fermo quanto sopra, occorre altresì precisare che contrariamente a quanto si pretenderebbe di sostenere ex adverso l'Amministrazione scolastica non avrebbe potuto riaprire i termini perentori - già scaduti - stabiliti per l'inoltro delle domande di mobilità e della documentazione a suo corredo, non applicandosi alla fattispecie alcun “soccorso istruttorio” (istituto del diritto amministrativo) e ben essendo il ricorrente a conoscenza della documentazione necessaria per il riconoscimento della invocata precedenza *ex lege* 104/92. La riapertura dei termini, al contrario, avrebbe implicato una grave violazione della *par condicio*, facendo venir meno il principio di imparzialità dell'amministrazione.

Peraltro, lo stesso soccorso istruttorio consente una mera regolarizzazione di natura formale e non certo



una vera e propria integrazione documentale.

In ogni caso, visto anche quanto sostenuto dal ricorrente, nemmeno una integrazione documentale avrebbe attribuito natura “oggettiva” al sostenuto impedimento all’assistenza della sig.ra Arena Antonella.

#### **IV. D Insussistenza di posti ulteriori disponibili – A.S. 2022-23**

Per puro scrupolo defensionale, si contesta anche l’assunto avverso secondo cui sarebbe comunque possibile assegnare il Prof. Arena presso la regione Sicilia, in quanto vi sarebbero ulteriori posti disponibili da poter destinare alla mobilità interregionale oltre le quote contrattualmente previste.

Nel merito dell’allegazione, già ritenuta infondata da Trib. Milano in analoga fattispecie (ord. 25.08.2021, all. 17 cit.), si evidenzia che la posizione del ricorrente non può che valutarsi esclusivamente nell’ambito del contingente di posti destinato alla mobilità interregionale (60% dei posti complessivamente disponibili per l’A.S. 2022-23), peraltro – come sopra rappresentato – ulteriormente incrementato sulla base di provvedimento valutativo dell’USR Sicilia.

Va in ogni caso evidenziato come **all’esito delle operazioni id mobilità interregionale non sia residuo alcun posto disponibile**, tant’è che nella Regione Sicilia non sono state autorizzate nuove assunzioni dal concorso di cui al DDG Miur n. 1259 del 23.11.2017 (cfr. all. 18).

Le sedi destinate a reggenza, peraltro, non corrispondono a posti liberi e vacanti, riferendosi a dirigenti titolari di incarico nominale od ispettivo ed aventi diritto alla conservazione del posto o a riserve di legge (cfr. provvedimento D.V. n. 21309 del 14.07.2022) nonché alle sedi residue di cui all’art. 1, co. 978, L. n. 178/2020, che non sono utili al fine del computo dei posti disponibili per la mobilità interregionale in ingresso e che all’esito della prevista disciplina transitoria saranno dichiarate sottodimensionate.

Anche siffatta censura risulta quindi infondata.

\*\*\*

Alla luce di quanto sopra esposto l’Amministrazione resistente formula le seguenti

#### **CONCLUSIONI**

*Voglia l’Ecc.mo Tribunale adito, contrariis reiectis,*

*- in accoglimento delle eccezioni sopra illustrate, dichiarare inammissibile l’avverso ricorso o, comunque, respingerlo nel merito in quanto infondato in fatto ed in diritto.*

*Vinte le spese.*

#### **Si producono:**

- 1) D.D.G. M.I.U.R. n. 1259 del 23.11.2017;
- 2) D.D. Miur n. 1229 del 07.08.2019; 2.A elenco allegato a D.D. 1229;



- 3) istanza di mobilità interregionale Arena Giacomo;
- 3.A) allegati alla domanda;
- 4) nulla osta USR Liguria prot. n. 6356 del 27.06.2022;
- 5) provvedimento D.V. USR Sicilia prot. n. 20192 del 14.07.2022;
- 5.A) allegato "C" a provv. D.V. n. 20192;
- 6) provvedimento D.V. USR Sicilia rettifica prot. n. 21309 del 26.07.2022;
- 7) circolare USR Sicilia mobilità 2022-23 prot. 16761 del 14.06.2022;
- 7.A) allegato "A" a circolare - elenco sedi esprimibili;
- 8) integrazione a circolare mobilità USR Sicilia prot. n. 19239 del 05.07.2022;
- 9) nota M.I. mobilità 2022-23 prot. n. 22253 del 08.06.2022;
- 10) CCNL dirigenza ex Area V dell'11.04.2006;
- 11) CCNL dirigenza ex Area V del 15.07.2010;
- 12) CCNL Area dirigenziale comparto Istruzione e ricerca del 08.07.2019;
- 13) integrazione nota M.I. prot. n. 25442 del 04.07.2022;
- 14) prospetto domande accolte di cui all'all. C al provv. D.V. n. 20192 del 14.07.2022 con indicazione titoli di precedenza;
- 15) O.M. M.I. n. 45/2022;
- 16) CCNI mobilità personale docente 2022;
- 17) giurisprudenza di merito (
  - A. Tar Lazio sent. 06.08.2018 n. 8784;
  - B. Trib. Pisa ord. 25.08.2021;
  - C. Trib. Milano ord. 26.11.2021;
  - D. Trib. Monza sent. 13.01.2022 n. 20;
  - E. Trib. Castrovillari sent. 21.10.2021;
  - F. Trib. Milano ord. 25.08.2021);
- 18) nota M.I. n. 29405 del 08.08.2022 autorizzazione assunzioni 2022-23.

Genova,

18 agosto '22

Maria Chiara Ghia  
- *Avvocato dello Stato* -

