

# Avvocato Giancarlo Visciglio

*Iscritto all'Ordine degli Avvocati di Lecce*

## TRIBUNALE DI TREVISO

### SEZIONE LAVORO

#### RICORSO EX ART. 700 C.P.C.

**Per: Di Lorenzo Carmen Alessia**, nata a Catania il 29.04.1986 e residente in Tremestieri Etneo (CT) alla Via dei Glicini, 4 (DLRCMN86D69C351C), rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Visciglio del Foro di Lecce (c.f.: VSCGCR70T03C978S) in virtù di procura alle liti apposta su foglio separato ex art. 83 III comma c.p.c., da intendersi in calce al presente atto ai sensi dell'art. 18, co. 5, D.M. Giustizia n. 44/2011, come sostituito dal D.M. Giustizia n. 48/2013, fax 0832947570 - P.E.C. [visciglio.giancarlo@ordavvle.legalmail.it](mailto:visciglio.giancarlo@ordavvle.legalmail.it);

**CONTRO:** il **Ministero dell'Istruzione e del Merito** (di seguito M.I.M.), in persona del Ministro in carica *p.t.* (c.f.: 80185250588).

\* \* \*

#### FATTO

1. Con contratto a tempo determinato finalizzato al ruolo del 9.9.2022, avente decorrenza giuridica dall'1.9.2022, la ricorrente è stata assunta, ai sensi dell'art. 59, co. 4, del D.L. 73/2021, su posto di sostegno della Scuola Secondaria II° (ADSS) dell'I.P.S.S.E.O.A. "Alberini" Lancenigo di Villorba (TV) (all. 1.1).
2. Non avendo svolto l'anno di formazione e prova per via della nascita, in data 28.8.2022, della piccola Beatrice (per cui ha dovuto far ricorso, per tutto l'a.s. 2022/23, all'astensione obbligatoria e al congedo parentale), il rapporto di lavoro è stato prorogato anche per l'al.s. 2023/24 presso la medesima Scuola, dove presta regolare servizio dall'1.9.2023 (all. 1.2).
3. La professoressa Di Lorenzo, quindi, è madre della piccola Di Lorenzo Favara Beatrice, nata a Catania il 28.08.2022, il cui padre, Favara Francesco (all. 1.3), svolge la propria attività lavorativa a Misterbianco (CT), presso il centro logistico di "LIDL srl" (all. 1.4).
4. Versando nelle condizioni previste dall'art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, con domanda del 17.09.2023, trasmessa agli AA.TT. di Treviso, Catania e Messina<sup>1</sup> del M.I.M., chiedeva di essere assegnata, per un periodo massimo di tre anni, anche in modo frazionato, presso una sede

---

<sup>1</sup> L'istanza veniva trasmessa anche all'A.T. di Siracusa, nelle cui provincia, allo stato, è venuto meno l'interesse a fruire del beneficio data la sussistenza di vari posti nelle prime province prescelte.



di servizio ubicata nella Regione Sicilia (isole escluse), segnatamente, e in via gradata, nelle province di 1) **Catania** e 2) **Messina** (all. 2).

5. Con prot. 23330 del 26.09.2023, l'A.T. di Messina comunicava il rigetto della domanda di assegnazione temporanea assumendo che *“in ambito scolastico, la norma richiamata è applicata esclusivamente nel sistema delle precedenze previste dal C.C.N.I. del 12 giugno 2019, relativo alle utilizzazioni e assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed A.T.A. per il triennio 2019/22, prorogato anche per l'a.s. 2023/24. Si rileva, inoltre, che la S.V. avrebbe dovuto presentare domanda di assegnazione provvisoria per partecipare alla predetta procedura di mobilità annuale per l'a.s. 2023/24, come stabilito dall'art. 1, comma 2, dell'intesa stipulata tra il MIM e le OO.SS. firmata il 13/06/2023, che ha esteso l'applicazione delle disposizioni del CCNI citato anche ai docenti assunti a seguito della procedura straordinaria di cui all'art. 59, comma 4, del D.L. n. 73/2021. Si rammenta, infine, che la domanda di assegnazione provvisoria può essere presentata per una sola provincia.”* (all. 3).

6. Con prot. 12037 del 28.9.2023 e, dunque, in piena pendenza del termine di trenta giorni previsto dall'art. 42 bis, co. 1, del D.Lgs. 151/2001, l'A.T. di Treviso comunicava che *“in assenza di una richiesta di nulla osta da parte di uno degli Ambiti Territoriali da Lei richiamati, non può dar seguito alla Sua richiesta. Infatti la concessione del nulla osta si basa sul presupposto che ci sia disponibilità di posti nella provincia di destinazione, nel Suo caso Catania, Messina o Siracusa. Tuttavia, ad oggi, nessuno degli Ambiti Territoriali in indirizzo ha avanzato richiesta a quest'Ufficio.”* (all. 4).

7. Nonostante il chiaro disposto dell'art. 42 bis, co. 1, D.lgs.151/01 [*“L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda”*], invece, l'A.T. di Catania non esitava la domanda.

8. Da ricerche effettuate sull'albo *on line* degli Ambiti Territoriali di Catania e Messina del M.I.M., la Ricorrente ha accertato la sussistenza, peraltro non contestata in fase amministrativa, di vari posti **vacanti e disponibili**, utili ai fini dell'assegnazione, ex art. 42 bis cit., sia per un intero triennio, che in modo frazionato (fino al 31.8.2024, fine dell'anno scolastico, o al 30.6.2024, fine delle attività didattiche). Ha verificato, infatti, come evincibile dalle schede estratte dal sito istituzionale <https://cercalatuascuola.istruzione.it> e allegate alle singole pubblicazioni di seguito richiamate, la sussistenza, in vari comuni, primo tra tutti quello di Catania, confinante con il Comune di Tremestieri Etneo, dove risiede la bambina, dei seguenti posti, riservati alla stipula di contratti a tempo determinato:



- quanto alla provincia di Catania:

1. di **23 posti**, vacanti e disponibili fino alla fine delle attività didattiche (i.e., fino al 30.06.2024) presso i seguenti istituti: **1** posto presso l'I.I.S. "Carlo Alberto Dalla Chiesa" (CTIS024002) di Caltagirone/Mineo, **3** presso l'I.S. "Vizzini" (CTIS05600D) di Vizzini, **1** presso l'I.S. "Ettore Majorana" (CTPS170002) di Scordia (v. pubbl. 19.09.2023, all. 5); **1** posto presso l'I.S. "Fermi Eredia" (CTIS03800X) di Catania, **1** presso l'I.S. "Ettore Majorana" (CTPS170002) di Scordia, **1** presso l'I.P.S.S.A.R. "Giovanni Falcone" (CTRH010007) di Giarre, **3** presso l'I.C. "Rocco Chinnici" (CTRH05000N) di Nicolosi, **1** presso l'I.T.E. "Giacchino Russo" (CTTD160007) di Paternò (v. pubbl. 27.09.2023, all. 7); **1** presso l'I.I.S. "G.B. Vaccarini" (CTIS01700V), **1** presso il "Marconi - Mangano" (CTIS04300B) e **1** presso il Liceo Artistico "Emilio Greco" (CTSL01000A) di Catania (v. pubbl. 4.10.2023, all. 8); **1** presso l'I.T.E. "Giacchino Russo" (CTTD160007) di Paternò (v. pubbl. 11.10.2023, all. 9); **1** presso l'I.I.S. "Carlo Alberto Dalla Chiesa" (CTIS024002) di Mineo/Caltagirone; **2** presso l'I.S. "De Felice Giuffrida - Olivetti" (CTIS03400L) di Catania, **2** presso l'I.C. "Rocco Chinnici" (CTRH05000N) di Nicolosi/Santa Maria di Licodia (v. pubbl. 19.10.2023, all. 10); **1** presso l'I.I.S.S. "Benedetto Radice" (CTIS01100X) di Adrano/Bronte, **1** presso l'I.S.I.S. "D. Abruzzi Politecnico del Mare" (CTIS007008) di Catania (v. pubbl. 24.10.2023, all. 11).
2. di **4 posti**, riservati alle operazioni di immissione in ruolo in surroga, dunque vacanti e disponibili fino al 31.8.2024, presso i seguenti istituti: **1 posto** presso l'I.S. "Ettore Majorana" (CTPS170002) di Scordia e **3** presso l'I.S. "Ramacca – Palagonia" (CTIS04200G) di Ramacca (v. nota prot. 23989 del 21.09.2023, all. 6);

- quanto alla provincia di Messina:

3. di **10 posti**, vacanti e disponibili fino alla fine delle attività didattiche (i.e., al 30.06.2024) presso i seguenti istituti: **1** presso l'I.S. "Borghese - Faranda" (MEIS023001) e **1** presso il Liceo "Vittorio Emanuele III" (MEPC060006) di Patti, **1** posto presso l'I.S. "Maurolico Messina" (MEIS02900X) di Messina/Spadafora, **1** presso l'I.P. "A.M. Jaci" (MEIS03700V) e **1** presso il Liceo "Seguenza" Messina" (MEPS03000D) di Messina (v. prot. 22966 del 22.9.2023, all. 12); **1** presso il Liceo "Seguenza Messina" (MEPS03000D) di Messina (v. prot. 24248 del 5.10.2023, all. 13); **1** posto presso l'I.S. "Ferrari" (MEIS01100P) di Barcellona pozzo di Gotto/Pace del Mela/Milazzo, **1** posto presso l'I.T.T. "Majorana" (METF020001) di Milazzo, **2** presso l'I.T.T.L. "Caio Duilio" (METH01000T) di Messina (v. nota 25479 del 24.10.2023, all. 14);



4. di **4 posti**, anch'essi vacanti e disponibili fino al 30.6.2024, presso: l'I.S. "*Ferrari*" (MEIS01100P) di Barcellona Pozzo di Gotto (1 posto), l'I.T.T. "*Majorana*" (METF020001) di Milazzo (1 posto) e l'I.T.T.L. "*Caio Duilio*" (METH01000T) di Messina (2 posti) (v. prot. 25541 del 24.10.2023, all. 15).
9. Accedendo all'albo *on line* di vari Ambiti Territoriali italiani, altresì, verificava come, diversamente da quanto eccepite dall'A.T. di Messina, molti di essi, tra cui quelli di Campobasso, Vicenza, Perugia, Grosseto, Ragusa, Treviso, Lucca, Bologna, Brindisi, Caserta e Verona, Terni, Prato e Taranto, ecc., perfino **nel corso del corrente anno scolastico**, avessero dato **SPONTANEA** applicazione all'art. 42 bis del D.lgs. 151/2001 anche al di fuori dalle richiamate procedure di assegnazione provvisoria regolamentate dal vigente CCNI, accogliendo le domande autonome ricevute (v. all. 17).
10. Per quanto premesso, la presente istanza di tutela giudiziale in via d'urgenza si rende necessitata, attesa l'esigenza di pervenire alla tutela dei diritti del minore e l'imminente *periculum*.
11. In mancanza di un provvedimento che solo la presente procedura è in grado di utilmente assicurare, dati i tempi di un giudizio ordinario, la ricorrente dovrà continuare a prestare servizio a Treviso, con conseguente disgregazione del nucleo familiare ed esposizione della figlia, costretta a trattenersi in Sicilia col padre, al rischio di gravi ed irreparabili pregiudizi. Sarà senz'altro irrimediabilmente pregiudicato, infatti, il diritto del minore di ricevere accudimento da entrambi i genitori, nell'ambito di un nucleo familiare coeso ed unito, in un momento così delicato per la crescita e per l'armonioso sviluppo della sua personalità.
- L'interesse all'assistenza morale e materiale della prole per i primi anni di vita, rischia quindi di risultare definitivamente compromesso nel tempo necessario per l'esaurimento dell'iter processuale ordinario, nelle cui more verrebbe frustrata l'efficacia pratica della decisione finale. Il danno essenzialmente non patrimoniale cui potrebbe andare incontro il minore in assenza dell'accudimento quotidiano da parte dei genitori nei primi anni di vita, peraltro, sarebbe di difficile liquidazione per equivalente.

## **DIRITTO**

### ***Il Fumus boni iuris***

Il Decreto Legislativo 26 marzo 2001 n. 151 – Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, fonte di legge di rango primario, stabilisce le seguenti disposizioni.

"Articolo 1 - Oggetto:



1. *Il presente testo unico 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.*
2. **Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione.**”.

Ai sensi del 2° co., pertanto, è autorizzata **la sola deroga in melius** del Decreto Legislativo n. 151/2001 di tal che, la tutela offerta dal Legislatore attraverso tale corpo normativo è incompressibile, costituendo quel minimale livello per il prestatore di lavoro al di sotto del quale si versa in violazione di legge.

*“Articolo 42-bis – Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche (testo della norma in vigore dal 28/08/2015, a seguito delle modifiche introdotte dall’art. 14, co. 7, Legge 7 agosto 2015, n. 124, n.d.r.): 1. 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 e limitato a casi o esigenze eccezionali.** L’assenso o il dissenso devono essere comunicati all’interessato entro trenta giorni dalla domanda. 2. Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione”.*

La *ratio* della norma è quella di tutelare i valori inerenti alla famiglia, al fine di assicurare la cura dei figli minori in tenerissima età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa, garantiti dagli art. 29, 30 e 31 Cost. che, nel postulare i diritti-doveri dei genitori di assolvere gli obblighi loro assegnati nei confronti della prole, promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti a renderne effettivo l’esercizio.

L’art. 42 bis D.lgs. n. 151/2001, nell’interesse esclusivo del minore, ha la finalità precipua di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nei primi anni di vita, garantendo la massima unità familiare (salvo l’unica ipotesi, legittimante il dissenso, di sussistenza di “*casi o esigenze eccezionali*” che, nella specie non sussistono) e salvaguardando 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”.*

Il Legislatore, per il raggiungimento dello scopo, con una scelta politica netta in favore della famiglia, nel prevedere che *“Il genitore con figli minori fino a tre anni..., può essere assegnato, ..., anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”*, da un lato, **ha previsto che la domanda vada presentata entro il compimento del terzo anno di età del bambino** (Cons. di Stato n. 1677 del 8 aprile 2014; n. 3 del 10 gennaio 2014); dall’altro, ha stimato la **durata massima del beneficio in tre anni** solari, fruibili anche *“in modo frazionato”*<sup>2</sup> [cfr. pareri n. 192 e 4496 del 2004 resi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento funzione pubblica<sup>3</sup> (all. 16) secondo cui: *“L’espressione utilizzata dal legislatore “per un periodo complessivo non superiore a tre anni” definisce... la durata massima “tre anni” dell’agevolazione, senza alcun riferimento all’età dei minori”*].

La durata triennale del beneficio è incompressibile da parte della P.A., sia in ragione dell’inderogabilità *in peius* della norma (art. 1, co. 2, D.Lgs. 151/2001), sia in quanto il **frazionamento può essere richiesto solo dall’interessato** (*“a richiesta, anche in modo frazionato”* – cfr. C.d.S., Sent. 51/2014 REG.PROV.COLL., n. 8021/2013 REG.RIC: *“l’espressione “in modo frazionato” indica che il beneficio può essere suddiviso (a richiesta del soggetto interessato) in periodi non immediatamente consecutivi fra loro – i quali vanno sommati fra loro fino al raggiungimento della durata complessiva di tre anni”*. Se non altro per questa via, dunque, può accadere che il triennio di godimento si prolunghi oltre il compimento del terzo anno di età del bambino. Si deve inoltre considerare che nell’arco dei primi tre anni di vita del bambino la madre usufruisce di un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro (tre mesi dal parto) e che può usufruire di altri periodi di astensione facoltativa, durante i quali non vi sarebbe motivo di chiedere il beneficio di cui all’art. 42bis. Verosimilmente è anche con riguardo a queste evenienze che il legislatore ha ritenuto opportuno chiarire che il trasferimento temporaneo può essere usufruito *“in modo anche frazionato e per un periodo*

---

<sup>2</sup> **Tribunale di Roma, Ord. Col. 02.03.2016** in atti: *“all’esito di una interpretazione letterale nonché logica dell’art. 42 bis cit. non si può infatti che ritenere che il limite dei tre anni di età del minore sia solo una condizione per la presentazione della domanda di assegnazione; tanto è vero che non avrebbe avuto alcun senso prevedere la possibilità di frazionamento dell’assegnazione nonché il limite temporale costituito dal fatto che i singoli periodi, sommati, non possono superare i tre anni ... se il compimento da parte del minore del terzo anno d’età fosse già stato posto come limite temporale”* (conforme a Tribunale di Lecce, ord. del 9.9.2009 Giud. Mainolfi e Tribunale di Brindisi ord. 13.10.2014 Giud. Mattei).

<sup>3</sup> Editto in *“FUNZIONE PUBBLICA – ANNO X - N. 2 / 2004 – Periodico della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica.*



complessivamente non superiore a tre anni”).

L'accesso al beneficio previsto dall'art. 42 bis, ancora, prevede la sussistenza di alcuni **presupposti soggettivi** (1- che il richiedente sia dipendente di una pubblica amministrazione; 2) che sia genitore di un figlio di età inferiore a tre anni al momento della presentazione della domanda; 3) che l'altro genitore del bambino svolga l'attività lavorativa nella provincia/regione in cui si chiede il ricongiungimento) ed **oggettivi** (4- la sussistenza di un posto vacante e disponibile e 5- l'assenso della p.a. di provenienza e destinazione).

In caso di sussistenza dei suddetti presupposti, stante il chiaro disposto de co. 1 dell'art. 42-bis D.lgs. 151/01 (“*L’eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L’assenso o il dissenso devono essere comunicati all’interessato entro trenta giorni dalla domanda”), la P.A. ha l'**obbligo di comunicare i motivi dell’eventuale diniego entro trenta giorni** e di indicare le sottostanti **esigenze di carattere eccezionale**.*

In caso di sussistenza di tutti i presupposti, infatti, la motivazione del dissenso deve essere non solo “*seria, ragionevole e verificabile e non mera formula di stile*” (*ex plurimis*: Trib. di Roma, ord. coll. 8/8/2013, RG n. 24663/2013, come già previsto *ante* novella), ma anche contenuta a **casi limitatissimi** e ad **esigenze talmente eccezionali** da non potersi identificare col mero disagio all'attività della p.a., ma solo con un gravissimo **pregiudizio** al suo buon andamento (art. 97 Cost.). In un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, quindi, il rigetto dell'istanza ex art. 42 bis cit. può essere giustificato solo quale **extrema ratio**, tanto più se si considera che il trasferimento è limitato ad un breve arco temporale (3 anni) e può essere concesso anche in modo frazionato (T.A.R. Bolzano, Sez. I, 358/2018).

La completezza e puntualità della motivazione, infatti, costituisce l'unico mezzo di tutela del lavoratore, in grado di consentire, a lui e, in caso di contrasto, al Giudice, di verificare l'effettività delle ragioni addotte dal datore di lavoro, per ritenere prevalenti le **eccezionali** esigenze di servizio rispetto alla tutela dell'unità familiare. Per via della nuova formulazione della norma introdotta dalla L. 124/2015, dunque, **non ogni motivazione è idonea a legittimare il dissenso** ma solo quella integrante “*casi o esigenze eccezionali*”, non identificabili, come chiarito dalla Giurisprudenza, né con le mere ragioni organizzative, né con il mero disagio all'attività della p.a..

\*\*\* \* \*\*\*

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 42-BIS, D.LGS. N. 151/2001, COME RECEPITO DAL C.C.N.I. VIGENTE *RATIONE TEMPORIS*. VIOLAZIONE ART. 3, CONVENZIONE DI NEW YORK SUI DIRITTI DEL FANCIULLO (20.11.1989).**



**COME RATIFICATA ED ESEGUITA IN ITALIA DALLA L. 176/1991. VIOLAZIONE ARTT. 29, 30 E 31, COST. IT.. VIOLAZIONE ART. 3, L. 241/1990 E SS.MM.II. ECCESSO DI POTERE. DIFETTO ED INCONGRUITÀ DELLA MOTIVAZIONE. CARENZA ISTRUTTORIA. TRAVISAMENTO DEI FATTI. IRRAGIONEVOLEZZA. INTIMA CONTRADDITTORIETA'. ILLOGICITA'.**

Per tutto quanto sopra esposto, l'illegittimità dell'operato del Ministero convenuto risiede, innanzitutto, nell'omessa comunicazione dei motivi del dissenso da parte dell'A.T. di Catania.

Il co. 1 dell'art. 42 bis cit., infatti, disponendo che l'eventuale dissenso deve essere motivato e comunicato all'interessato entro trenta giorni dalla domanda, non esonera l'amministrazione dall'obbligo di motivazione in nessun caso, neppure in quello – comunque non attagliato al nostro caso – di insussistenza di posto, di cui il richiedente ha sempre diritto di essere informato.

L'omessa comunicazione dei motivi del dissenso, esprimendo di fatto, l'insussistenza di motivi di servizio e di esigenze eccezionali prevalenti su quella di ricongiungimento, preclude al Giudice il sindacato delle ragioni eventualmente opposte in giudizio.<sup>4</sup>

Infondata, altresì, è la motivazione opposta dall'A.T. di Messina.

Innanzitutto, l'art. 1, co. 2, dell'accordo firmato tra M.I.M. e OO.SS. del 13/06/2023, ha sì aperto, per l'a.s. 2023/24, alle assegnazioni provvisorie anche dei docenti assunti a seguito della procedura straordinaria di cui all'art. 59, co. 4, D.L. n. 73/2021, a condizione, però, che abbiano svolto e superato, con esito positivo, nell'a.s. 2022/23, il percorso annuale di formazione e prova. Tale condizione non ricorre nel caso di specie, in quanto la ricorrente, assunta nel settembre 2022 con contratto a T.D. finalizzato al ruolo, avendo fatto ricorso all'astensione obbligatoria e al congedo parentale per tutto l'anno scolastico, non ha svolto

---

<sup>4</sup> *Ex plurimis*: **T. di Roma, Ord. Coll. 13.02.2017** in atti: “*In assenza di un tempestivo provvedimento di diniego motivato sarebbe peraltro preclusa al Tribunale una valutazione circa la correttezza della decisione dell'amministrazione di dar corso ad altri trasferimenti anziché accogliere l'istanza della odierna Ricorrente. Non sono infatti esplicitate le ragioni di servizio che avrebbero impedito di dar corso alla richiesta di assegnazione temporanea. La mancata risposta del MIUR sulla predetta istanza nei termini di legge consentirebbe già di escludere la sussistenza di motivi di servizio prevalenti sulla richiesta di assegnazione temporanea del ricorrente ad altra sede, diversa da quella dove attualmente presta servizio*” (nello stesso senso, tutte in atti: **T. di Monza, Ord. Coll. 4.1.2021, R.G. 1887/2020**; **T. di Padova, ord. 12.10.2020, R.G. 1825/20**; **T. di Palermo, ord. coll. 11.2.2109, RG. 13775/2018**; **T. di Bergamo, ord. 24.11.2021, R.G. 1199/21**; **T. di Bolzano, ord. 22.1.2018**; **T. di Milano, ord. 5.12.2016, T. di Milano ordd. 9.10.2015 e 2.12.2016, T. di Torino, ord. 11.7.2016, R.G.L. 4561/2016, T. di Catania, ord. del 29.6.2018**).





l'anno di prova.

**La scelta di presentare la domanda in data 17.9.2023, pertanto, era l'unica che le consentiva di accedere immediatamente ai benefici previsti dall'42-bis cit..**

Ad ogni buon conto, la motivazione **secondo** la quale, nel comparto scuola, l'art. 42-bis si applichi *“esclusivamente”* all'interno delle operazioni di assegnazione provvisoria, disciplinate dalla Contrattazione Collettiva attraverso la precedenza ivi prevista per i genitori con figli di età inferiore a sei anni (il che escluderebbe, dunque, l'applicabilità autonoma della norma), è illegittima.

Ne sono prova gli stessi atti ministeriali versati dalla ricorrente (all. 17) da cui si evince come, vari Ambiti Territoriali del Ministero, diano **SPONTANEO** accoglimento alle domande di assegnazione ex art. 42-bis ricevute autonomamente, **al di fuori dalle procedure di assegnazione provvisoria**. Solo nel corso del corrente anno scolastico e di quello precedente, si contano infatti plurimi provvedimenti di concessione del beneficio (da parte degli AA.TT. di Campobasso, Vicenza, Grosseto, Ragusa, Treviso, Lucca, Bologna, Brindisi, Caserta, Verona, Terni, ecc.), di tal che la motivazione del Ministero convenuto pare persino temeraria.

Il che non può che rilevare enormemente in questa sede, poiché attesta, in via minimale (e a tutto voler concedere), l'esistenza di **un doppio canale** di accesso al beneficio per il quale, a fronte della disponibilità di posti vacanti e dell'insussistenza di esigenze eccezionali, anche la domanda autonomamente presentata può trovare accoglimento.

In ogni caso, ciò che, a parere della scrivente difesa, è *a priori* illegittimo, è l'aver regolamentato l'accesso al beneficio previsto dall'art. 42-bis cit. all'interno della contrattazione collettiva, alla stregua di una qualsiasi ipotesi di mobilità cui, invece, è estraneo.

Il Consiglio di Stato, Sent. n. 705 del 14.2.2012, nell'esaminare vicenda analoga, legata, come nel caso che occupa, a richiesta di “trasferimento” temporaneo (nel qual caso, per l'esercizio del mandato elettivo), ha infatti affermato che *“questo tipo di trasferimento (temporaneo, in quanto legato al mandato amministrativo) va mantenuto al di fuori della normale programmazione attinente alla movimentazione ordinaria, ..., e deve essere istruito a parte, come del resto tutte le domande di trasferimento presentate per avvalersi di specifici benefici previsti dalla legge”*.

L'istituto della “assegnazione temporanea” di sede di cui all'art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001, non interferisce in alcun modo con la disciplina dei trasferimenti ordinari del personale, restando su due piani separati (T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, Sent., (data ud. 22/03/2018) 16/04/2018, n. 899).



Non solo. Il prodotto dell'operazione di recepimento dell'art. 42-bis nel CCNI 8.7.2020 (all. 18), è anche un beneficio radicalmente diverso da quello invocato in questa sede.

L'art. 42-bis è stato, sì, inserito nel CCNI 8.7.2020, all'art. 8, pt. IV, lett. 1, il quale prevede, nelle operazioni di utilizzazione e di assegnazione provvisoria, una precedenza *“ai sensi dell'art. 42 bis del D.lgs 151/01 (in favore di, ndr) lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole. Ai sensi del D.lgs 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono i sei anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i sei anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia”*.

Ma *recepire* una norma, significa darvi attuazione, regolamentare le modalità di accesso per evitare il potenziale conflitto tra aspiranti, non semplicemente *inserirla* nel CCNI, **offrendo un beneficio diverso da quello voluto dal Legislatore e limitandone l'applicazione**.

Per quanto il CCNI abbia legittimamente (come consentito dall'art. 1, co. 2, cit.) esteso da tre a sei anni il limite di età del minore entro cui presentare l'istanza [cfr. art. 8, pt. IV, lett. 1, nella parte in cui si prevede una precedenza *“ai sensi dell'art. 42 bis del D.lgs 151/01 ... (in favore di, n.d.r.) ... lavoratrici madri e lavoratori padri...”* con *“figli che compiono i sei anni tra il 1° gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento.”*], le molteplici deroghe **in peius** alla norma primaria introdotte hanno prodotto un'assegnazione (c.d. provvisoria) che **non ha nulla in comune** con quella (c.d. temporanea) prevista dall'art. 42 bis che, pertanto, verrebbe di fatto **sterilizzato** nella portata applicativa.

Si consideri infatti che:

1. il CCNI per le assegnazioni provvisorie ha una **ratio ben diversa rispetto a quella sottesa all'art. 42-bis cit.** (v. *supra*), essendo *“prioritariamente diretto a realizzare il reimpiego o qualificato di tutto il personale in soprannumero o in esubero, e la piena realizzazione degli obiettivi formativi e curriculari previsti per ciascun ordine di scuola, assicurando la continuità didattica e la valorizzazione delle competenze professionali, tenuto conto delle esigenze e disponibilità dei docenti interessati”* (v. art. 1, co. 2, CCNI).
2. Le operazioni di assegnazione provvisoria *“possono essere effettuate sui posti dell'organico dell'autonomia e sui posti istituiti ai sensi dell'art. 1 comma 69 della legge 107/15, anche sommando, a richiesta degli interessati, spezzoni diversi compatibili...”* (art. 7, co. 10, C.C.N.I.), e sono subordinate alla sussistenza solo di posti **a cattedra**, presupposto diverso da quello previsto dall'art. 42-bis, che evoca il posto vacante e disponibile *“di corrispondente posizione retributiva”*.



3. Ai sensi dell'art. 7, co. 3 del CCNI, l'assegnazione provvisoria *“può essere richiesta per una sola provincia”, quella di residenza del soggetto cui ci si vuole ricongiungere [v. art. 1, co. 7, del CCNI, che la richiede “da almeno tre mesi” nel comune di ricongiungimento per l'assegnazione del punteggio aggiuntivo che concorre a formare la graduatoria degli aventi diritto (v. anche nota 6, tabella II, “Esigenze di famiglia”, pag. 47 e pag. 50 CCNI)].*

È dunque inconfutabile che il CCNI: 1) **NON PREVEDA** la presentazione della domanda anche per altre province della stessa regione; 2) che la consenta solo in quella **di residenza e non in quella in cui “l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa”** (circostanza non irrilevante in quanto, se l'altro genitore conservasse la residenza con il minore, ma svolgesse l'attività lavorativa, ad es., a 1000 Km di distanza, il ricongiungimento di cui all'art. 42 bis cit. non sarebbe attuabile).

4. L'art. 7, co. 4 del CCNI, pur prevedendo che *“L'assegnazione provvisoria, oltre che per il posto o classe di concorso di titolarità, può essere richiesta anche per altre classi di concorso o posti di grado diverso di istruzione per i quali si riscontri il possesso del titolo valido per la mobilità professionale come disciplinato dall'art. 4 del C.C.N.I. del 6.3.2019, ovvero per altra tipologia di posto per il quale si possenga lo specifico titolo di specializzazione”, da un lato, la **esclude** per tutti i docenti sottoposti al “vincolo quinquennale di permanenza sul sostegno, su posti di tipo speciale o di indirizzo didattico differenziato” e, dall'altro, la pone **in coda** alle assegnazioni nell'ambito dello stesso grado o classe di concorso (“L'assegnazione provvisoria nell'ambito dello stesso grado o classe di concorso precede quella dei titolari tra gradi diversi o classi di concorso, secondo l'ordine previsto dalla sequenza operativa di cui all'allegato I”). Il successivo comma 5 del CCNI, poi, prevede che: **“Non sono consentite assegnazioni provvisorie per grado di istruzione diverso da quello di appartenenza nei confronti del personale che non abbia ottenuto la conferma in ruolo per l'anno scolastico 2019/20 ovvero 2020/21 ovvero 2021/22”**.*

Tanto diversamente da quanto prevede l'art. 42 bis cit. che, nel prevedere che l'assegnazione può essere richiesta su posto *“di corrispondente posizione retributiva”*, non lascia spazio a deroghe in *peius* e ad impedimenti e compressioni della norma primaria.

5. Il CCNI prevede l'assegnazione provvisoria per la **durata di un solo anno scolastico** (fino al 31.8.2024) e non garantisce la **stabilità e continuità del beneficio “per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”**, che il Legislatore dell'art. 42-bis cit. ha stimato idonea a garantire un sereno e adeguato sviluppo psico fisico del minore.

La riduzione della durata del beneficio, pertanto, costituisce deroga in *peius* alla norma



primaria non legittimabile neppure dalla particolarità del settore scolastico (**Tribunale di Pisa, ord. coll 30.4.2018**: *“In ogni caso, l'art. 42bis d. Ivo. 151/01 tutela il superiore interesse all'unità familiare, che non può trovare limitazioni se non in relazione a “casi o esigenze eccezionali”, le quali non possono certamente consistere nel mero richiamo ad un principio di ordine assolutamente generale dell'organizzazione scolastica.”*).

6. La nota M.I.M. prot. 34778 del 14.6.2023 (all. 18), nel dettare le indicazioni per la presentazione della domanda di assegnazione provvisoria, ha previsto, per l'a.s. 2023/24, l'apertura dell'area Istanze On Line dal *“15 giugno al 5 luglio 2023”* (termine entro il quale la ricorrente ha presentato la propria), unica finestra temporale incompatibile, ad esempio, con l'accesso al beneficio nel caso di nascita del figlio nel corso dell'anno scolastico.

La regolamentazione di accesso al beneficio previsto dall'art. 42 bis, così come introdotta dal CCNI, ha persino:

- eliminato l'obbligo di motivazione del dissenso, entro 30 giorni, limitatamente a “casi o esigenze eccezionali”;
- graduato i richiedenti all'interno di un'unica graduatoria disomogenea (di cui fanno parte anche gli aspiranti al movimento per esigenze del tutto diverse, come, ad es., gli assistenti di portatore di handicap, ex L. 104/92) non prevista dalla norma primaria, con ciò introducendo surrettiziamente un **limite** non corrispondente ai *“casi o esigenze eccezionali”* che il Legislatore ha indicato come **unica** ipotesi legittimante il diniego (v. C.d.S., sent. 705 del 14.2.2012, e T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, sent. 899 del 16.04.2018 cit.).

Non pare dunque che la motivazione addotta dall'A.T. di Messina, secondo cui l'attribuzione di apposita precedenza, nell'ambito delle procedure di assegnazione provvisoria, assicurerebbe il beneficio voluto dal Legislatore, colga nel segno.

Lo stesso sistema di precedenze previsto dal CCNI, infatti, è illegittimo nella parte in cui pone lavoratrici madri/lavoratori padri con figli di età inferiore a tre anni **in posizione deteriore** (art. 8, pt. IV, lett. l) rispetto agli assistenti del portatore di handicap grave ai sensi della L. 104/92, art. 33 co. 5 e 7 (lettere g, h ed i).

I beneficiari delle agevolazioni previste dalla L. 104/92, art. 33 co. 5/7, da un lato, e dall'art. 42-bis D.lgs. 151/01, dall'altro, infatti, non possono che appartenere a categorie perfettamente equiordinate – essendo volte le due norme esclusivamente ad assicurare tutela, non già al lavoratore, ma ad un soggetto debole (il portatore di handicap, nel caso della L. 104/92 art. 33, ed il minore, in quello disciplinato dal D.Lgs. 151/01 all'art. 42 bis) – entrambe poste a tutela di principi dotati di rilievo e protezione costituzionale (in materia di solidarietà



sociale, salute, famiglia, istruzione e lavoro).<sup>5</sup> Il **Tribunale di Monza, con ord. coll. 4.1.2021, RG. 1887/20** in atti, sulla questione della gradazione delle precedenze e della legittimità dell'operato del Ministero nel valutare l'istanza all'interno delle procedure contrattuali, ha osservato che: *“Nonostante il diverso regime giuridico, il CCNI ha unificato le operazioni di mobilità per assegnazione provvisoria e temporanea assoggettandole ad un ordine di preferenze unitario: in occasione della mobilità annuale, la contrattazione integrativa sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie riconosce al lavoratore con figli minori la possibilità di fruire di una precedenza, tuttavia funzionalmente inserita nella sequenza operativa in cui si articolano tutte le relative operazioni. A tale stregua, le esigenze tutelate dall'art. 42bis d.lgs. 151/2001 risultano indebitamente postergate a quelle di cui ai punti I, II e III dell'art. 8 del CCNI che, pertanto, non pare rispettoso in parte qua neppure dell'art. 1 del d.lgs. 151/2001...; il CCNI, infatti, nell'unificare sul piano applicativo istituti distinti (assegnazione provvisoria e temporanea) ha introdotto molteplici deroghe in peius, non consentite, alla norma primaria, **determinandone una sostanziale disapplicazione.**”*

La stessa estensione del limite di età del minore entro cui presentare l'istanza (che l'art. 8, pt. IV, lett. 1, del CCNI, ha portato da 3 a 6 anni e, a un primo approccio, potrebbe apparire più vantaggiosa, estendendo la platea dei beneficiari ai genitori con figli di età inferiore a sei anni), è **recessiva rispetto alla tutela offerta dall'art. 42 bis cit.** e in pregiudizio di chi è stato individuato dal Legislatore come meritevole di accedere al beneficio.

Infatti, il sistema introdotto dal CCNI prevede l'attribuzione di punteggi aggiuntivi in ragione dei carichi familiari, per cui al richiedente l'assegnazione provvisoria con precedenza ex art. 42 bis sono attribuiti 4 punti per ciascun figlio di età inferiore a 6 anni e 3 punti per quello di età superiore a 6 anni (vd. l'Allegato 3 al CCNI, pag. 50).

Per effetto di tale regolamentazione accade allora che, il docente con un figlio di 1 anno di età (che si vedrebbe attribuiti 4 pt.), può essere scavalcato in graduatoria dal docente con un

---

<sup>5</sup> **Tribunale di Brindisi, ordd. del 13 e 14/10/2014:** *“non si comprende in virtù di quale criterio debba darsi la precedenza ai titolari del beneficio di cui all'art. 33 co. 5 L. 104/92 e non a chi si richiami all'art. 42 bis cit. Giova rilevare infatti che - anche volendo prendere le mosse dal presupposto che in ambo i casi non esiste un diritto assoluto incondizionato del lavoratore all'assegnazione richiesta, bensì un diritto che incontra il limite dell'esigenza di funzionamento dell'Amministrazione, espresso, nel primo caso, di cui alla legge 104, con il presupposto del “ove possibile” e nel secondo caso, oggi in esame, con la possibilità dell'Amministrazione di rigettare la richiesta qualora tale diniego sia sorretto da congrui motivi (...), la resistente non ha comunque indicato in virtù di quale parametro normativo debba procedersi a privilegiare uno dei due istituti, posti a presidio di interessi confliggenti entrambi di rango costituzionale e, quindi, apparentemente equiordinati.”*



figlio di 5 anni (cui è assegnato lo stesso punteggio), nonostante quest'ultimo abbia superato l'età prevista dall'art. 42 bis. Lo stesso accade nel caso di due genitori di cui, il primo, con un solo figlio di età inferiore a 3 anni (4 pt.) e, il secondo, con due figli, di cui uno di età inferiore a 6 anni (4 pt.) e l'altro di età superiore (3 pt.). In tal caso, il punteggio del secondo docente (pt. 7), più elevato per il solo fatto di essere anche genitore di un bambino di età superiore a sei anni, consente di scavalcare il primo in graduatoria, pur essendo entrambi nelle stesse condizioni di cui all'art. 42 bis.

La motivazione addotta dal Ministero, secondo cui il diritto previsto dall'art. 42 bis, nel contemperamento con le altre esigenze del sistema scolastico, trovi attuazione all'interno del CCNI sulle assegnazioni provvisorie in cui è stato inserito, è dunque palesemente illegittima.

La normativa contrattuale ha **sterilizzato la portata e l'efficacia dell'art. 42 bis nel comparto scuola.**

**Il Tribunale di Livorno, con Sent. n. 133 del 20.6.2022 nel giudizio RG. 643/2021**, ha rilevato: *“In effetti sono diversi, anzitutto, i presupposti oggettivi in quanto, mentre per l'assegnazione temporanea è richiesta l'esistenza di posti vacanti e disponibili, l'assegnazione provvisoria è volta a sopperire a esigenze di copertura dell'organico di fatto. Pertanto, mentre la prima assicura una tutela più stabile alla lavoratrice madre, potendo essere disposta anche per un triennio consecutivo, la seconda ha un orizzonte temporale annuale. Diversi sono, poi, i requisiti soggettivi, in quanto l'art. 42 bis del D. lgs. N. 151/2001 è specificatamente volto a preservare le esigenze di tutela della compresenza genitoriale dei minori in tenera età (potendo la relativa istanza essere presentata per i figli di età inferiore ai tre anni), mentre la preferenza di cui all'art. 8, IV lett. 1) del CCNI concernente le utilizzazioni e assegnazioni provvisorie prende in considerazione anche i figli che compiono i sei anni di età tra il gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua un movimento (cfr., in senso conforme, Tribunale di Busto Arsizio, sentenza 189/2022 in atti versata).”*

**Il Tribunale di Busto Arsizio, con Sent. n. 189 del 20.5.2022 RG 831/21**, rimarcando l'irrelevanza della normazione di cui al CCNI relativa all'assegnazione provvisoria e richiamando, ex art. 118 disp. att. c.p.c., la motivazione espressa in caso analogo (di docente immessa in ruolo in data 1° settembre 2021) dal **Tribunale di Monza con ord. 5991/21 del 1.12.2021**, ha affermato: *“Diversamente da quanto ritenuto dal Ministero, che prende in considerazione le esigenze di tutela sottese all'art. 42-bis D. lgs. N. 151/2001 solo quale titolo di preferenza nell'ambito delle procedure di assegnazione provvisoria regolamentate dai CCNI, in realtà l'istituto dell'assegnazione temporanea della lavoratrice regolamentato dalla*



menzionata disposizione legislativa non è affatto sovrapponibile a quello dell'assegnazione provvisoria, sebbene quest'ultimo, in concreto, possa prestarsi ad esaudire le medesime esigenze di tutela dell'unitarietà del nucleo familiare del minore in tenera età. Differiscono, invero, innanzi tutto, i presupposti oggettivi, in quanto, mentre per l'assegnazione temporanea è richiesta l'esistenza di posti vacanti e disponibili, l'assegnazione provvisoria è volta a sopperire alle esigenze di copertura dell'organico di fatto. Di conseguenza, mentre la prima assicura una tutela più stabile alla lavoratrice madre, potendo essere disposta anche per un triennio consecutivo, la seconda ha un orizzonte temporale annuale. Diversi sono, parimenti i requisiti soggettivi, in quanto l'art. 42-bis del D. lgs. N. 151/2001 è specificatamente volto a preservare le esigenze di tutela della compresenza genitoriale dei minori in tenera età (potendo la relativa istanza essere presentata per i figli di età inferiore ai tre anni), mentre la preferenza di cui all'att. art. 8, punto IV lett. 1), del CCNI concernente le utilizzazioni e assegnazioni provvisorie prende in considerazione anche i figli che compiono i sei anni di età tra il gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento ( "I) ai sensi dell'art. 42 bis del D. lgs. 151/01 lavoratrici madri e lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole. Ai sensi del D. lgs. 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono i sei anni tra il gennaio e il 31 dicembre dell'anno in cui si effettua il movimento. In caso di adozioni e di affidi, i sei anni si intendono dall'ingresso del minore in famiglia." ). Emblematico dell'inadeguatezza dell'impostazione ministeriale a tutelare le stringenti e non differibili esigenze di cui all'art. 42-bis D. lgs. N. 151/2001 è proprio il caso di specie. La ricorrente, infatti, essendo stata immessa in ruolo in data 1.9.2021, in epoca successiva alla scadenza dei termini di presentazione della domanda di assegnazione provvisoria per l'annualità 2021/2022 (nella specie aperti dal 15 giugno al 5 luglio 2021), non ha neppure potuto partecipare a tale procedura.".

Il Tribunale di Cagliari, con ord. 27.7.2021, ha rilevato: "Trattasi, invero, di istituti differenti, assistiti da finalità e compassi applicativi non sovrapponibili. Diversamente dall'assegnazione temporanea, volta come vista a tutelare il minore in tenerissima età mediante il ricongiungimento dei genitori, l'assegnazione provvisoria è disciplinata dal CCNI del comparto scuola al diverso fine di favorire il pubblico dipendente, titolare di condizioni soggettive peculiari, in occasione delle procedure di mobilità territoriale. Non a caso, dunque, mentre l'assegnazione temporanea presuppone la sussistenza di un posto "vacante e disponibile" ovvero libero su organico di diritto, ricopribile dal genitore anche in via frazionata e per al massimo un triennio, l'assegnazione provvisoria riguarda solo posti a



*cattedra la cui vacanza sia accertata per l'intero anno scolastico e per l'intero orario di cattedra.”.*

**Il Tribunale di Ravenna, ordinanza del 13.12.2021** ha affermato: *“Inoltre, l'istituto di cui all'art. 42-bis va collocato in senso trasversale e, dunque, al di fuori del frangente delle operazioni di assegnazione provvisoria, per configurarlo nell'ambito di tutti i momenti di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione scolastica: dunque va sicuramente respinta l'idea che la disposizione in questione abbia trovato esaustiva e completa applicazione nel semplice riconoscimento – nei trasferimenti interni annuali o nelle assegnazioni provvisorie – di punteggi aggiuntivi per l'ipotesi di figli minori (ciò per l'evidente ragione che la norma dice tutt'altro)”.*

**Il Tribunale di Messina, con Sen. n. 548 del 10.3.2021** in atti, ha rilevato che: *“La disposizione sopra riportata in qualche modo si sovrappone (e si aggiunge) alla disciplina sui trasferimenti e sulle assegnazioni provvisorie del personale docente ed educativo, contenuta nel D. Lgs. N. 297/1994, che include le esigenze di famiglia, tra i titoli da valutare in materia di trasferimento (v. artt. 462 e 463), e prevede la concessione delle assegnazioni provvisorie per le “sole ipotesi di ricongiungimento al coniuge o alla famiglia per esigenze di assistenza ai figli minori o inabili ed ai genitori anziani o per gravi esigenze di salute” (v. art. 475, comma 5), comunque anche queste da attuarsi previa la compilazione di un'apposita graduatoria e nei confronti di coloro che abbiano chiesto il trasferimento e non l'abbiano ottenuto.”.*

**Il Tribunale di Catania, con ord. coll. 14.03.2018, RG. 11600/2017**, facendo propria **T. Forlì, ord. coll. 16.6.2017, RG. 290/2017**, cui si è successivamente conformato, tra gli altri, anche il **T. di Palermo con ord. coll. 11.2.2019, RG 13775/2018**, ha osservato: *“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, operato 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...”.*

Conclusivamente, le oggettive deroghe *in peius* alla norma primaria introdotte dal CCNI,





vietate dall'art. 1, co. 2, del D.lgs. 151/2001, e dall'art. 40, co. 1, del D.lgs. 165/2001, non trovano addentellato giuridico e sono illegittime.

Per quanto la contrattazione possa svolgersi “*su tutte le materie relative al rapporto di lavoro*” (art. 40, co. 1, D.lgs. 165/2001), deve sempre conformarsi al rispetto di norme imperative di diritto pubblico, volte ad assicurare che l'azione della pubblica amministrazione si svolga nell'osservanza dei principi di legalità e buon andamento (artt. 97 e 98 Cost.).

Il CCNI 8.7.2020, prorogato per l'a.s. 2023/24, impedendo l'accesso al beneficio voluto dal Legislatore e sottoponendolo a condizioni/limitazioni non previste dalla Legge e, per questo, nulle ex art. 1418 c.c., va disapplicato, con conseguente sostituzione con la norma violata, ai sensi dell'art. 40, co. 3-*quinquies* (“*Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.*” - vd. T. di Pisa, ord. coll. 30.4.2018, T. Forlì, ord. coll. 15.2.2019, T. Palermo, Ord. Coll. 11.2.2019).

\*\*\* \* \*\*\*

#### **SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI DI ACCESSO AL BENEFICIO DI CUI ALL'ART. 42 BIS D.LGS. 151/2001 E INFONDATEZZA DELLA MOTIVAZIONE ADDOTTA. OMESSA INDICAZIONE DI “CASI O ESIGENZE ECCEZIONALI” IDONEE A LEGITTIMARE IL DISSENSO**

Vertendosi, allora, in ipotesi di diretta applicazione dell'art. 42-bis, l'accertamento della fondatezza della domanda va affidato alla verifica della sussistenza dei presupposti di Legge e al vaglio della motivazione, integrante “*casi o esigenze eccezionali*”, se e quando comunicata.

Orbene, quanto ai **presupposti soggettivi**, non v'è dubbio che la ricorrente, alla data della domanda in atti, fosse dipendente del Ministero convenuto e madre di una bambina di età inferiore a tre anni (Di Lorenzo Favara Beatrice, nata a Catania il 28.08.2022), il cui padre svolgesse, come tutt'ora svolge, la propria attività lavorativa nel Comune di Misterbianco (CT).

Quanto, invece, ai **presupposti oggettivi** e, in particolare, al posto disponibile nelle province di Catania e Messina, va rilevato che le disponibilità utili per la concessione del beneficio, sono quelle la cui sussistenza venga accertata accedendo ai dati dell'organico **al momento della domanda**, ovvero sia dopo la sua presentazione.

Ebbene, le risultanze istruttorie dimostrano, in entrambe le province siciliane, la sussistenza di diversi posti che, in pendenza e/o successivamente alla presentazione della domanda, venivano riservati, previo scorrimento delle relative graduatorie, ad operazioni – di



assunzione a tempo determinato e indeterminato – pacificamente rientranti nell'**ordinaria amministrazione** e, dunque, non suscumbibili tra le *esigenze eccezioni* richieste dalla Legge.

Va infatti ricordato che, in pendenza della domanda, risultavano per certo vacanti e disponibili i posti presso l'I.S. “Ettore Majorana” di Scordia (1 posto) e l'I.S. “Ramacca – Palagonia” di Ramacca (3 posti), in provincia di Catania. Tali posti, alla data della domanda (17.9.2023), erano certamente utilizzabili ai fini dell'assegnazione ex art. 42-bis richiesta, in quanto residuati da un primo turno di immissioni in ruolo per rinuncia degli aventi diritto (v. all. 6). Come osservato dal **Tribunale di Venezia, con Sent. n. 300/2022 del 28.04.2022, RG. 1660/2021 (all. 31)**: *“Si tratta infatti di posti previsti in pianta organica privi di titolare e che l'Amministrazione, prevedendone l'accantonamento al fine delle nuove immissioni in ruolo, ha dimostrato di avere intenzione di coprire; la circostanza che il CCNI preveda che essi siano accantonati per essere assegnati a personale da inserire in ruolo proveniente da concorso e/o da GAE non li rende infatti già destinati ad uno specifico titolare, ma piuttosto permette di identificarli come “disponibili”; non si comprende, infatti, perché l'istituto dell'assegnazione temporanea dovrebbe essere disposto solamente in relazione a posti dell'organico di diritto che perdano il titolare, e non anche a quelli nei quali un titolare non sia stato ancora identificato”*.

Avendo la ricorrente richiesto la fruizione del beneficio anche “in modo frazionato”, utili per l'assegnazione richiesta, in quanto **compatibili con l'eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede**, erano anche i posti, vacanti e disponibili fino al 30 giugno 2024, meglio individuati in parte narrativa, sia per la provincia di Catania (all. 5-11, con esclusione del n. 6) che per quella di Messina (all. 12-15).

Tali posti possono infatti assicurare la fruizione dei tre anni di beneficio in modo frazionato, ovvero con frazioni di anno che, sommate tra loro, non superino i tre anni di durata massima previsti dall'articolo 42-bis. Infatti: *“L'espressione “in modo frazionato” indica che il beneficio può essere suddiviso (a richiesta del soggetto interessato) in periodi non immediatamente consecutivi fra loro – i quali vanno sommati fra loro fino al raggiungimento della durata complessiva di tre anni...”* (Tar Firenze, Sent. 1279/2017 Reg.Prov.Coll., n. 698/2016 Reg.Ric., conf. a CDS, sent. 51/2014 Reg.Prov.Coll., n. 8021/2013 Reg.Ric.; CDS, Sez. III, sent. 10/1/2014 n. 41 e 8/4/2014 n. 1677).

Sull'utilità di tali posti, il **T.A.R. Lazio, con ord. n. 5998/2021 REG.PROV.CAU., resa nel giudizio n. 9416/2021 REG.RIC. (all. 19)**, confermata con sentenza definitiva n. 6872/2022 (all. 20), esaminando il ricorso proposto da un Vigile del Fuoco avverso il diniego dell'assegnazione ex art. 42 bis cit., ha ritenuto non convincente *“ai fini della non utilizzabilità*



*di detti posti, opporre la circostanza che si tratti di scopertura soltanto temporanea di posti in organico (e quindi non propriamente “vacanti”), atteso che lo stesso trasferimento ai sensi dell’articolo 42-bis richiesto dal ricorrente, a propria volta, ha carattere temporaneo e può essere fruito anche in via frazionata, per periodi di tempo più ristretti rispetto al triennio (e quindi conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede)”.*

**Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 377/2022 REG.PROV.CAU. N. 10245/2021 REG.RIC. (all. 21)**, ha confermato la suddetta ordinanza censurando la tesi della P.A. resistente – secondo cui i posti indicati dal ricorrente non integrassero il requisito del “posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva” previsto dall’art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001, in quanto le disponibilità si erano determinate per effetto di trasferimenti temporanei che non intaccavano la conservazione, da parte dei soggetti trasferiti, della sede giuridica d’appartenenza – rilevandone l’infondatezza “*sia alla luce del contrario indirizzo espresso da questo giudice di appello (Cons. Stato, sez. II, n. 475/022; id., sez. VI, n. 3059/2021 e sez. IV n. 138 e 201/2021), sia in considerazione del fatto che il trasferimento ai sensi dell’articolo 42-bis è fruibile anche in via frazionata, per periodi di tempo più ristretti rispetto al triennio e, quindi, conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede”.*

Come meglio chiarito dal **T.A.R. del Lazio con la Sentenza n. 6872/2022** di conferma dell’ordinanza cautelare (all. 20): “4.3 Una siffatta tesi trova conferma nella lettera dell’art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, laddove si stabilisce che il beneficiario possa essere assegnato “anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a 3 anni”. In altre parole, se temporaneamente un posto è scoperto, sempre temporaneamente potrà essere occupato, mentre la tesi dell’Amministrazione sarebbe valida nel caso, diverso da quello in esame, di una nuova assegnazione, destinata ad occupare un posto vacante in via definitiva. 4.4 Ancora, l’opportunità di “allineare” la durata dei trasferimenti temporanei in entrata ed in uscita risponde ancor prima ad una semplice logica di buon andamento della P.A., anche alla luce del rilievo costituzionale dei valori coinvolti, quali quelli familiari e della genitorialità. 4.5 Una siffatta soluzione, la cui considerazione è stata pretermessa dall’Amministrazione, consente invero la fruizione del beneficio di legge di cui all’art. 42-bis, senza sacrificare in alcun modo le esigenze di servizio della P.A.”.

Tale orientamento è stato di recente abbracciato, per il comparto scuola, dal **Tribunale di Catania con le ordd. del 17/1/2023 e 27/2/2023 (all. 22 e 23)**, dal **Tribunale di Enna con ord. del 16/02/2023 (all. 24)**, dal **Tribunale di Trapani, con ord. coll. del 15/06/2023 RG n.**



**644/2023** (all. 25) e dalla recentissima **Tribunale della Spezia, ord. 17.10.2023, RG n. 870/2023** (all. 26).

\*\*\*

A fronte della sussistenza dei posti, il Ministero non ha addotto alcuna esigenza eccezionale che legittimi il diniego.

Dare priorità, in presenza di una domanda di assegnazione ex art. 42 bis cit., ad operazioni di **ordinaria amministrazione**, tra le quali rientra, a fronte dell'accantonamento (si badi) **di tutti i posti vacanti e disponibili**, lo scorrimento delle graduatorie di merito e delle supplenze (GPS e GAE) ai fini delle programmate assunzioni a tempo indeterminato e determinato, infatti, non integra le *esigenze eccezionali* richieste dalla norma.

Sul punto la Giurisprudenza è univoca.

Tra le tante la **Corte d'Appello Venezia, Sezione Lavoro, con sentenza del 12.10.2022, n. 487** (all. 27), ha affermato che *“alla luce del criterio di specialità prevale il diritto all'assegnazione temporanea, ossia la norma volta a proteggere l'unità familiare, rispetto all'interesse organizzativo dell'ente di appartenenza. Pertanto, il collegio ritiene che nel bilanciamento tra i beni costituzionalmente rilevanti tutelati dall'art. 42 bis del D. Lgs n. 151/2001 e l'interesse al buon funzionamento degli uffici pubblici prevalga l'interesse del genitore lavoratore all'unità familiare, rispetto alle esigenze tecnico organizzative dell'amministrazione, le quali possono prevalere solamente quando assumono il carattere di eccezionalità. A maggior ragione, in considerazione del fatto che si tratta di una misura temporanea, quindi, allo scadere del termine massimo di tre anni, il lavoratore riprenderà servizio nella sede di provenienza.”*.

Anche la **Corte d'Appello Roma, Sez. Lav., con sentenza del 20.07.2023 n. 2357** (all. 36), a fronte della difesa erariale secondo cui, una volta accantonati i posti, la domanda non potrebbe avere precedenza rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato, in quanto la scelta di procedere alla copertura mediante scorrimento rientrerebbe nell'esercizio della discrezionalità della P.A. e nell'esigenza di assicurare la funzionalità dei propri uffici, ha rilevato che: *“[...] è corretta l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui l'accantonamento generalizzato disposto dall'Amministrazione non può costituire quella esigenza eccezionale che legittimerebbe il diniego dell'assegnazione provvisoria [...] e, soprattutto, (il ministero, n.d.r.) non ha rappresentato quali fossero le specifiche esigenze di organizzazione e buon andamento idonee a giustificare un accantonamento generalizzato, a livello nazionale, di tutti i posti*



*vacanti, attuali e di quelli che si sarebbero resi ulteriormente vacanti, relativi al profilo professionale su richiamato.”.*

Sempre in tema, il **T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, Sent., (data ud. 19/04/2023) 12/05/2023, n. 471**, ha evidenziato che *“Infatti, come affermato dalla giurisprudenza, l'art. 42 bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, è norma che si riallaccia ad interessi di rango prioritario in quanto costituzionalmente garantiti che possono essere pretermessi soltanto a fronte di motivate esigenze di servizio di palese gravità. L'esigenza di rispettare le priorità delle ordinarie graduatorie (di per sé del tutto legittima) non può certo rappresentare una ragione di servizio, né, tantomeno essere ostativa o comunque essere di ostacolo ai ricongiungimenti familiari previsti dalla norma (a tutela della prole in tenera età).”.*

La recentissima **T. di Bergamo, ord. n. cronol. 2598/2023 del 25/05/2023 RG n. 850/2023 (all. 28)**, richiamando **Tribunale Roma, 25/05/2021, n. 5073**, ha condivisibilmente statuito che: *“[...] con tale norma (l'art. 42 bis del d.lgs. 151/01, n.d.r.) il legislatore ha inteso realizzare un giusto contemperamento tra contrapposti beni di rango costituzionale, quale l'interesse alla genitorialità e quello correlato del minore a beneficiarne (art. 30 e 31 Cost.), e l'interesse generale al buon funzionamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Più precisamente, tale contemperamento è realizzato attraverso il riconoscimento al pubblico dipendente non di un diritto, bensì di un interesse legittimo all'assegnazione provvisoria presso altra sede di servizio, avendo l'amministrazione la facoltà, e non il dovere di provvedere in tal senso. Tale discrezionalità amministrativa, tuttavia, non è illimitata, ma soggetta a stringenti condizioni volte a garantire la tutela preminente degli interessi coinvolti (quello appunto alla genitorialità ed alla salute dei minori), potendo la p.a. negare l'assegnazione al solo ricorrere di "casi o esigenze eccezionali", debitamente indicati. Sennonché l'Amministrazione deduce la indisponibilità dei posti vacanti a seguito del generale accantonamento disposto dall'amministrazione in vista dello scorrimento della graduatoria relativa al concorso per n. 800 posti di assistente giudiziario e sino alla concorrenza di n. 337 posti. Ebbene, ritiene allo stato il giudicante che tale accantonamento generalizzato disposto dall'amministrazione ai fini della "pianificazione assunzionale in atto ed in particolare allo scorrimento finale della graduatoria" suddetta, non possa costituire quell'esigenza eccezionale" che sola legittimerebbe l'Amministrazione a negare l'assegnazione provvisoria richiesta su posti risultati vacanti.”.*

Anche il **Tribunale di Lucca, ord. 3227 del 30.12.2021 (all. 29)**, ha osservato che *“le esigenze organizzative e funzionali della PA sono recessive rispetto a quelle genitoriali. Tanto è dato inferire dal carattere vincolato del diniego e dal suo limite legislativamente imposto ai*



*soli casi o esigenze eccezionali. Pertanto, non qualunque esigenza correlata all'ordinaria gestione organizzativa dei servizi potrebbe essere frapposta come ostacolo alla richiesta di assegnazione provvisoria del dipendente ma solo un'esigenza eccezionale o una circostanza del tutto fuorviante dall'ordinario andamento della gestione e dell'organizzazione funzionale del servizio. Si tratta di ipotesi ed esigenze dal carattere straordinario che, in ogni caso, devono essere adeguatamente esternate ed eventualmente provate in giudizio.”.*

**Il Tribunale di Monza, ord. coll. 4.1.2021, RG 1887/2020**, infatti, sullo stesso tema, ha rilevato che: *“Come anticipato, la norma tutela interessi particolarmente sensibili, di rilievo costituzionale che, per le ragioni dianzi enunciate, in assenza di motivi eccezionali di dissenso, devono essere ritenuti dal MIUR prevalenti e non soccombenti rispetto al buon andamento della pubblica amministrazione ed, in particolare, alle immissioni in ruolo latamente considerate. A tal proposito, infatti, il Ministero evidenziava come, all'esito dei trasferimenti del 07/07/2020, non residuassero posti vacanti e disponibili da destinare alle assegnazioni temporanee ex art. 42bis poiché già destinati alle immissioni in ruolo (cfr. pag. 11 memoria). Un simile modus operandi risulta del tutto illegittimo nella misura in cui accorda concreta prevalenza alla gestione delle immissioni in ruolo dei docenti -e, dunque, al buon andamento dell'Amministrazione scolastica- rispetto alla tutela dei minori in tenerissima età, figli di docenti assegnati a plessi lontani dal nucleo familiare, che, all'opposto, per le ragioni dianzi enunciate, non può ritenersi soccombente.”.*

È utile, peraltro, rilevare, che la Giurisprudenza più recente si è espressa in senso favorevole al lavoratore anche in casi (identici a quello in esame), di assegnazione richiesta da pubblici dipendenti assunti a tempo determinato (finalizzato al ruolo, ai sensi dell'art. 59, co. 4, del D.L. 73/2021, per il comparto scuola: vd. Tribunale della Spezia, ord. del 17.10.2023, all. 26; Tribunale di Firenze, ord. del 16.12.2022, rg. 2219/22, all. 35; e, per altri comparti: Tribunale di Torino, Sent. 1565 del 15.9.2023, rg. 1205/23, all. 33; Tribunale di Roma, ord. n. 84167 del 9.8.2023, RG n. 22741/23, all. 34).

\*\*\*

Tirando le fila del discorso, il rifiuto immotivato opposto dal Ministero convenuto è illegittimo e avulso dalla *ratio* della disposizione invocata, non potendosi rilevare, nel caso concreto, l'espressione di un dissenso che, dopo la novella introdotta all'art. 42 bis dalla L. 124/2015, deve essere limitato a casi o esigenze eccezionali, che non possono coincidere né con il regolare corso delle operazioni di mobilità, né con la necessità di copertura delle sedi secondo le



disposizioni della contrattazione collettiva, corpo normativo di rango inferiore rispetto al Decreto Legislativo 151/2001, inderogabile in *peius* ai sensi dell'art. 1, co. 2.

L'eccezionalità non può infatti derivare da mere difficoltà organizzative di gestione del personale disponibile (peraltro neppure opposte) o da generiche esigenze di copertura degli organici (cfr. Cons. Stato, sez. III, ordinanza n. 685/2016; sez. III, sentenza n. 1317/2016; sez. IV, ordinanza n. 2243/2017; sez. IV, ordinanza, n. 5288/2017).

Proprio per questo, il comportamento assunto dal Ministero non è adeguato allo spirito della norma.

Contrasta con la *ratio legis* e, soprattutto con gli obblighi assunti in sede internazionale ed europea, il rifiuto di rendere disponibile uno dei posti richiesti dalla Ricorrente sul presupposto di una errata interpretazione del beneficio rivendicato, a prescindere dalle superiori esigenze di tutela dei fanciulli.

Invero, proprio il contemperamento delle esigenze di tutela del fanciullo, sancite dalla Costituzione e dalla Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia, con quelle del buon andamento della amministrazione ex art. 97 C., ha imposto la emanazione del Decreto Legislativo n. 151/2001.

La motivazione data dal M.I. collide, quindi, con l'art. 24, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., che stabilisce che “*In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*”, e con l'art. 2, della L. n. 176/91, di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti del fanciullo, che sancisce **divieto di discriminazione e pone una garanzia di tutela per ogni fanciullo sottoposto alla giurisdizione dello Stato.**

Invero, il trasferimento della ricorrente in una sede più prossima a quella dove l'altro genitore lavora, costituisce l'esclusiva condizione per attuare idonee prestazioni di accudimento ad un soggetto che, per la propria tenerissima età, è particolarmente bisognoso, e per l'adozione di soluzioni organizzative in ambito professionale non irrealizzabili.

In ragione del comportamento tenuto dal ministero nell'odierna vicenda, pertanto, la ricorrente ha diritto all'assegnazione, per un triennio, **presso una sede di servizio ubicata in uno dei comuni indicati in atti (nei quali ha dimostrato la sussistenza, al momento della domanda, di posti vacanti e disponibili) o, in estremo subordine, nella provincia, anche in soprannumero, non potendosi imputarle alcuna responsabilità in caso di sopravvenuta insussistenza del posto.**



Dunque, vi sono elementi sufficienti a sostenere che nella fattispecie sia mancata un'effettiva e ragionevole comparazione: a) dell'interesse della ricorrente a garantire cura e assistenza al figlio minore di 3 anni; b) del diritto del minore a ricevere accudimento/assistenza continuativa da parte di entrambi i genitori; c) delle esigenze organizzative e lavorative delle sedi indicate.

Ciò vieppiù in considerazione del fatto che tali insopprimibili esigenze non sono suscettibili di essere surrogate o soddisfatte in altra maniera, men che meno differite.

Peraltro, non mancano numerose pronunce giurisprudenziali, che corroborino quanto sopra, in virtù delle quali è possibile concludere che l'art. 42-bis, D. Lgs. n. 151/2001, soprattutto alla luce della sua recente novella, è norma che va letta ed applicata con il giusto rigore, che consenta di conciliare i contrapposti interessi, pubblici e privati, in essa coinvolti ed eviti i consueti e ripetuti abusi del diritto (cfr. in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sent. 3 dicembre 2010, n. 8527).

Sul punto, si segnalano e producono: **Tribunale di Cremona, ordinanza n. 1242/2022 del 6.10.2022, RG. 427/2022 (all. 30)**: *“I casi o esigenze eccezionali, che legittimano il diniego di assegnazione temporanea, devono consistere in circostanze – il cui onere di specifica e circostanziata allegazione grava sull'amministrazione – atte a dimostrare un irrimediabile pregiudizio al servizio svolto dall'amministrazione di destinazione”*.

**Tribunale di Venezia, sentenza n. 300/2022 del 28.04.2022, RG. 1660/2021 cit. (all. 31)**: *“l'art. 42 bis del D.Lgs. 151/01, nel momento in cui dispone che “il dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali”, deve ritenersi prevalente – per i principi di successione cronologica e specialità – rispetto alla previsione dell'art. 461 D.Lgs. 294/97, finalizzata a tutelare ordinarie e generali esigenze organizzative”*.

**Tribunale di Napoli, ordinanza collegiale del 14 febbraio 2022 (all. 32)**: *“In proposito, appare, però significativo che l'art. 14, comma 7, della legge n.124/2015 ha aggiunto alla previsione dell'obbligo di motivazione l'ulteriore condizione che il rigetto sia “limitato a casi ed esigenze eccezionali”. Ritiene, pertanto, il Collegio che nell'ipotesi di applicazione dell'art. 42-bis, che colloca il diniego in un ambito di chiara residualità (“eventuale dissenso”), limitandone l'opponibilità alla richiesta di trasferimento a “casi o esigenze eccezionali”, la motivazione dell'atto non può omettere di dare conto, nel quadro della ponderativa comparazione fra l'interesse pubblico e le ragioni di tutela della famiglia (rectius: della genitorialità e dei figli minori), della eventuale subvalenza di queste ultime. (...) Tali eccezionali circostanze debbono, in altri termini, riguardare –come si è detto- la specifica*





*posizione lavorativa del dipendente, sicché si rende necessario, affinché la domanda possa essere legittimamente rigettata, che venga comprovata l'indispensabilità e/o insostituibilità del dipendente medesimo il cui trasferimento potrebbe arrecare irrimediabile pregiudizio all'amministrazione (Tar Bolzano, 19 dicembre 2018, n. 358; Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1317; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4.5.2018, n. 1208; v. anche per la casistica più dettagliata, con riferimento alle percentuali di scopertura e alle condizioni di emergenza ovvero di insostituibilità per peculiarità della qualifica o della professionalità, Cons. Stato 11-2-2022 n. 1025; Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2021, n. 1368; id. Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1418; id. sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; id 24-1-2022 n. 475)."*

La motivazione addotta dal M.I. nella presente fattispecie collide in conclusione:

- con l'obbligo assunto ex art. 3 citata legge di ratifica ed esecuzione, da valere per tutte le decisioni relative alle condizioni di vita dei fanciulli, anche prese in sede amministrativa, secondo cui l'*"interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"*;
- con l'obbligo assunto nell'articolo 4 citata legge di ratifica ed esecuzione che impone allo Stato di adottare, oltre ai provvedimenti legislativi, anche gli idonei atti amministrativi al fine di garantire e dare attuazione alle disposizioni della Convenzione;
- con l'obbligo assunto per rendere operativa la previsione dell'art. 7 citata legge che assicura il diritto del fanciullo ad essere allevato dai genitori e di conoscerli;
- con l'obbligo assunto all'art. 18, che affida agli Stati il compito di garantire che entrambi i genitori possano provvedere all'educazione e allo sviluppo del fanciullo nonché ottemperare alla loro responsabilità di allevare i figli.

Si confida, pertanto, nell'accoglimento del presente ricorso.

\*\*\* \* \*\*\*

### **Il *periculum in mora***

Il pericolo che dalla presente vicenda possa derivare alla prole della ricorrente un pregiudizio grave ed irreparabile, vertendo su posizioni soggettive dotate di rilievo e protezione costituzionale, è imminente.

L'art. 24, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., stabilisce che: *"I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere..."*, e, ai sensi del successivo comma 3, che il minore ha *"diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse"*.

Orbene, il diniego del beneficio ha comportato il rientro della ricorrente in servizio a



Treviso e ha determinato una situazione **già oggi** idonea a comprimere il diritto all'unità familiare e ad impedire alla famiglia di prestare il giusto accudimento alla minore.

Nel qual caso, infatti, data la distanza tra la sede di servizio della ricorrente e la Sicilia (ove il coniuge lavora e vive), sta comportando il **venir meno per il minore della figura materna**, certamente infungibile in questa delicatissima fase della sua vita. Del tutto impraticabile, peraltro, si presenta la soluzione di un trasferimento a Treviso con la prole che, nella circostanza, verrebbe **privata del supporto e della presenza del padre**, necessitato per ragioni lavorative a rimanere in Sicilia, e vedrebbe comunque **stravolgersi radicalmente l'habitat domestico e familiare** in cui attualmente vive.

Il pericolo di un danno grave e irreparabile – già preparato dallo stato sopra descritto – può dunque essere scongiurato solo dalla presente azione, posto che i **tempi di un giudizio di merito potrebbero aggravare la situazione e incidere significativamente sul beneficio**, quantomeno **differendone la fruizione oltre la fase più delicata dei primi anni di vita**, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre e del padre in ogni momento della vita quotidiana e, corrispondentemente, maggiore l'impegno dei genitori, specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di un'attività lavorativa svolta fuori sede, e comunque **oltre il periodo per quale il Legislatore ha inteso inequivocabilmente assicurarla**.

La volontà del Legislatore è stata infatti quella di creare, nell'esclusivo interesse del minore, un istituto volto a garantire 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 del bambino**, i quali coincidono con la fascia d'età compresa tra **zero e sei anni**, come desumibile dal fatto che la norma prevede sia il limite massimo entro cui presentare la domanda [quello dei primi tre anni di età del bambino di cui all'inciso "*Il genitore con figli minori fino a tre anni*"], che la durata massima del beneficio [quella non superiore a tre anni di cui all'inciso "*per un periodo complessivamente non superiore a tre anni*"].

L'unico strumento idoneo a tutelare la situazione dedotta in giudizio, dunque, è l'auspicata tutela cautelare atipica del ricorso ex art. 700 c.p.c., essendo evidente che **il diritto azionato non è suscettibile di essere differito all'esito di un giudizio di merito** e che, nel tempo necessario a farlo valere in via ordinaria, è **minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, non risarcibile per equivalente monetario**, consistente nella **lesione del diritto alla salute e del diritto all'unità familiare** nei primissimi anni di vita della minore, che il Legislatore ha inteso tutelare allorquando ha elaborato la norma.



\*\*\* \* \*\*\*

Per tutto l'ordine di ragioni sopra esposto la Ricorrente, ut *supra* rappresentata, domiciliata e difesa

### CHIEDE

che l'Ill.mo Tribunale adito in funzione di Giudice del Lavoro, riconosciuta la propria competenza, previi gli incombeni di Legge e l'assunzione delle provvidenze ritenute di necessità, ove occorra, previa disapplicazione in tutto o in parte di ogni atto, anche di contenuto ignoto, in contrasto con la normativa primaria del Decreto Legislativo n. 151/2001, in accoglimento dell'istanza cautelare proposta, per le ragioni sopra esposte con riferimento al *periculum in mora, contrariis reiectis*:

### VOGLIA

- **in via principale**, **accertare e dichiarare** che la ricorrente ha diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/01, su una sede di servizio ubicata in provincia di Catania (isole escluse), e, **per l'effetto, ordinare** al Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, di assegnarla a prestare servizio, per tre anni solari, anche frazionati, presso una sede ubicata nel comune di **Catania o Nicolosi** (molto prossimi alla sede di lavoro e residenza del padre del minore e in cui è provata la sussistenza del posto alla data della domanda), o, in subordine, nella provincia di Catania (isole escluse), disponendo l'applicazione del principio di viciniorietà alla sede di lavoro dell'altro genitore ed anche in soprannumero, in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti per causa non imputabile alla ricorrente;

- **in via residuale**, **accertare e dichiarare** che la ricorrente ha diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/01 su una sede di servizio ubicata in provincia di Messina (isole escluse), e, **per l'effetto, ordinare** al Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, di assegnarla a prestare servizio, per tre anni solari, anche frazionati, presso una sede ubicata nel comune di **Messina** (in cui è provata la sussistenza del posto alla data della domanda), o, in subordine, nella provincia di Messina (isole escluse), disponendo l'applicazione del principio di viciniorietà alla sede di lavoro dell'altro genitore ed anche in soprannumero, in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti per causa non imputabile alla ricorrente;

- **In ogni caso**, con vittoria di spese e competenze di lite, con distrazione.

Con riserva di qualsivoglia ulteriore azione, anche di risarcimento del danno.

*Ai fini della determinazione del C.U. si dichiara che la presente controversia è di valore indeterminabile ed è esente per reddito come da allegata dichiarazione.*



**In via istruttoria** si producono i seguenti documenti:

1. 1. contratto di assunzione della ricorrente per l'a.s. 2022/23; 2. contratto di assunzione della ricorrente per l'a.s. 2023/24; 3. Estratto per riassunto dell'atto di nascita e atto di nascita del minore; 4. Attestazione attività lavorativa altro genitore del minore;
2. domanda di Assegnazione temporanea del 17.9.2023;
3. Rigetto dell'AT di Messina, prot. 23330 del 26.9.2023;
4. Rigetto dell'AT di Treviso prot. 12037 del 28.09.2023;
5. Pubblicazione del 19.9.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
6. Nota prot. n. 22289 del 21.09.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
7. Pubblicazione del 27.09.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
8. Pubblicazione del 4.10.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
9. Pubblicazione dell'11.10.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
10. Pubblicazione del 19.10.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
11. Pubblicazione del 24.10.2023 – posti vacanti A.T. Catania;
12. Nota prot. 22966 del 22.10.2023 – posti vacanti A.T. Messina;
13. Nota prot. 24248 del 5.10.2023 – posti vacanti A.T. Messina;
14. Nota prot. 25479 del 24.10.2023 – posti vacanti A.T. Messina;
15. Nota prot. 25541 del 24.10.2023 – posti vacanti A.T. Messina;
16. Pareri n. 192 e 4496 del 2004 Presidenza Consiglio dei Ministri;
17. Provvedimenti di accoglimento di autonoma domanda di assegnazione ex art. 42 bis cit.;
18. CCNI 8.7.2020, con nota prot. 34778 del 14.6.2023 di proroga per l'a.s. 2023/24;
19. Ordinanza T.A.R. Lazio n. 5998/2021 REG.PROV.CAU., 09416/2021 REG.RIC.;
20. Sentenza T.A.R. Lazio n. 6872/2022, 09416/2021 REG.RIC.;
21. Ordinanza C.D.S. n. 377/2022 REG.PROV.CAU. N. 10245/2021 REG.RIC.;
22. Tribunale di Catania, ordinanza del 17/1/2023;
23. Tribunale di Catania, ordinanza del 27/2/2023;
24. Tribunale di Enna, ordinanza del 16/02/2023;
25. T. di Trapani, ord. coll. 15.06.2023, R.G. n. 644/2023;
26. Tribunale della Spezia, ord. 17.10.2023, RG n. 870/2023;
27. Corte d'Appello Venezia, sentenza del 12.10.2022, n. 487;
28. Tribunale di Bergamo, ord. n. cronol. 2598/2023 del 25/05/2023 RG n. 850/2023;
29. Tribunale di Lucca, ord. 3227 del 30.12.2021;
30. Tribunale di Cremona, ordinanza n. 1242/2022 del 6.10.2022, RG. 427/2022;



31. Tribunale di Venezia, sentenza n. 300/2022 del 28.04.2022, RG. 1660/2021;
  32. Tribunale di Napoli, ordinanza collegiale del 14 febbraio 2022;
  33. Tribunale di Torino, Sentenza n.1565 del 15.9.2023;
  34. Tribunale di Roma, Ordinanza n. 84167, RG n. 22741/23 dell'8.8.2023;
  35. Tribunale di Firenze, RG 2219/22 del 16.12.2022;
  36. Corte Appello di Roma, sentenza 2357/2023 del 20.7.2023;
- giurisprudenza citata in ricorso in materia di assegnazione ex art. 42 bis cit..  
Salvezze illimitate.

Copertino (LE), lì 8.11.2023

**Avv. Giancarlo Visciglio**

