

Avvocato Giancarlo Visciglio

Iscritto all'Ordine degli Avvocati di Lecce

TRIBUNALE DI PALERMO
SEZIONE LAVORO
RICORSO EX ART. 414 C.P.C.
con istanza ex art. 700 c.p.c.

PER: Stuto Anna, nata ad [REDACTED] e residente in [REDACTED] alla via [REDACTED] n. [REDACTED] (c.f.: STTNNA68S57A089J), 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 anche 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, domiciliata presso e nello studio dell'avv. Fabio Maggiore (MGGFBA70S27G273N), con studio in Palermo alla P.tta Francesco Bagnasco 31, P.E.C. fabiomaggiore@pecavvpa.it;

CONTRO: MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO, in persona del Ministro *pro tempore* (c.f.: 80185250588).

FATTO

La Ricorrente è docente di ruolo di scuola primaria, titolare su posto comune del C.D. "Rosolino Pilo" di Palermo (all. 1.1) nonché abilitata all'insegnamento nella scuola dell'infanzia (all. 1.2), ai sensi dell'art. 4, co. 1, del "Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici relativi al triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25, sottoscritto il giorno 18/5/2022",¹ che riconosce valore abilitante, ai fini dell'insegnamento, al diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002 (all. 2).

La stessa è madre del piccolo [REDACTED], nato ad [REDACTED], il cui padre [REDACTED] (all. 1.3), è collaboratore scolastico dell'I.C. "Don Milani" di Caltanissetta (all. 1.4).

La ricorrente, per il piccolo [REDACTED] (di età inferiore a sei anni alla data di presentazione della domanda di cui *infra*), versa, dunque, nelle condizioni di lavoratrice madre previste dall'art. 8, pt. IV, lett. 1, del "CCNI concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici 2019/20,

¹ V. nota 1 all'art. 4, co. 3, del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2017/2018 dell'11.4.2017: "Conservano valore di abilitazione all'insegnamento nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria i titoli di studio conseguiti al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale, entro l'anno scolastico 2001/2002, ai sensi del D.M. 10/3/1997 e del DPR del 15 marzo 2014."



2020/21 e 2021/22” dell’8.7.2020, prorogato anche per l’a.s. 2022/23 con decreto prot. n. 23439 del 17.6.2022 (all. 3), che, nelle operazioni di c.d. “assegnazione provvisoria”, ha previsto una precedenza *“ai sensi dell’art. 42 bis del D.lgs 151/01 (in favore di, n.d.r.) 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 ragione del suddetto *status*, intendendo richiedere i benefici previsti dall’art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001 come derogato [a mente del quale *“Il genitore con figli minori fino a tre anni di età (limite innalzato a sei per effetto della deroga in *melius* disposta dall’art. 8, co. 1, pt. IV, lett. L del CCNI, n.d.r.) ..., può essere assegnato, ... ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa”*], e potendo farlo, stante il recepimento, solo nell’ambito delle procedure disciplinate dal C.C.N.I., in data 4.7.2022, si determinava a presentare domanda di *“assegnazione provvisoria interprovinciale”* per la provincia di Agrigento.

Al momento della predisposizione ed inoltro, tuttavia, verificava che la piattaforma ministeriale *“Istanze on Line”*, per quanto fosse previsto dall’art. 42 bis cit., non consentiva la presentazione dell’istanza per più di una provincia oltre quella di Agrigento di residenza del coniuge (impedendola dunque in altre province ubicate *“nella stessa... regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa”*), né su posto non a cattedra *“di corrispondente posizione retributiva”* (come previsto dalla norma), né, tanto meno, su scuola di grado d’istruzione diverso da quello di titolarità, purché abilitata (la ricorrente è infatti abilitata all’insegnamento nella scuola per l’infanzia), senza passare in coda ai docenti titolari sullo stesso.

Ciò nonostante procedeva all’inoltro della domanda di assegnazione *“provvisoria”*, spuntando la precedenza prevista dall’art. 8, co. 1, pt. IV lett. l), richiamante, come detto, l’art. 42-bis cit., così chiedendo di essere assegnata nella sola provincia di Agrigento di residenza del coniuge, comuni di Favara, Agrigento, Canicattì, Porto Empedocle, Palma di Montechiaro, Licata, essendo preclusa per le altre province (all. 4).

In data 9.8.2022, pertanto, si vedeva necessitata a inoltrare agli AA.TT di Agrigento e Caltanissetta del M.I.M. ulteriore domanda con cui, ai sensi del combinato disposto degli artt. 8, pt. IV, lett. l, del vigente C.C.N.I. vigente e dell’art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001, chiedeva di essere *“assegnata ad una sede di servizio ubicata nella Regione Sicilia (isole escluse) e, in questa, in via preordinata e gradata, nelle province di **1) Agrigento** (limitatamente ai comuni di Favara, Agrigento, Canicattì, Porto Empedocle, Racalmuto, Grotte, Naro, Palma di Montechiaro, Licata, Aragona e Raffadali) e **2) Caltanissetta** (limitatamente ai comuni di Caltanissetta, San Cataldo, Serradifalco), su posto comune di scuola primaria o, in subordine, di scuola dell’infanzia o, in ulteriore subordine, di pari posizione retributiva (per mansioni diverse dall’insegnamento) presso gli Uffici Scolastici delle medesime province, nell’ordine di priorità espresso”* (all. 5).



È da rilevare che, con la domanda in questione, richiedeva espressamente il beneficio a decorrere dall'a.s. 2022/23 “e, in caso di indisponibilità di posti per un triennio continuativo, “...in modo frazionato”, come previsto dalla Legge”.

L'istanza veniva inoltrata anche all'A.T. di Palermo, amministrazione di provenienza, tenuto a comunicare l'assenso o gli eventuali motivi del dissenso, come previsto dall'art. 42-bis (*“previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione”*).

Con nota prot. 10517 dell'11.8.2022 (all. 6) l'A.T. di Agrigento rigettava la domanda con la seguente motivazione: *“Si riscontra l'istanza della S.V. relativa a quanto in oggetto, rilevando che, in esito alla mobilità della scuola primaria e della scuola dell'infanzia per l'a.s.2022/23, sia posto comune che sostegno, non sono residuati “posti vacanti e disponibili” in provincia di Agrigento la cui sussistenza è condizione tassativamente prevista dalla norma dalla S.V. citata, unitamente al divieto di copertura del posto di titolarità. Ciò si evince dal prospetto riassuntivo dopo i movimenti, pubblicato, unitamente agli esiti della mobilità territoriale, sul portale istituzionale dello scrivente Ufficio. Si evidenzia, inoltre, il superamento dell'età del proprio figlio, come prevista dalla norma di che trattasi ed infine, che il CCNI utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie per l'a.s.2022/23 prevede, nell'ambito della procedura, l'attribuzione di apposita precedenza con richiamo alla norma”*.

Nonostante il chiaro disposto dell'art. 42 bis, co. 1, del 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”*], gli AA.TT. di Palermo e Caltanissetta del M.I. non esitavano l'istanza.

A fronte di quanto sopra, va rilevata la sussistenza di posti comuni di scuola primaria e dell'infanzia in entrambe le province richieste, sulle sedi optate nella domanda di assegnazione temporanea, come riveniente dalle pubblicazioni degli AA.TT. di Agrigento e Caltanissetta del M.I.M. e, in particolare:

➤ per la provincia di Agrigento:

- quanto alla scuola primaria:

1. dalla pubblicazione del 25.07.2022 (all. 7), attestante la vacanza e disponibilità di **1 posto** presso la Casa Circondariale *“Di Lorenzo”* di Agrigento (cod. sc: AGEE714013) riservato alle immissioni in ruolo;
2. dalla nota prot. 9623 del 29.07.2022 (all. 8), attestante la vacanza e disponibilità di **5 posti** comuni destinati alle operazioni di assegnazione provvisoria: 2 presso l'I.C. *“Don Bosco”* di Canicattì (cod. sc: AGEE01104L); 1 presso l'I.C. *“Esseneto”* di Agrigento (cod. sc: AGEE82202X); 1 presso l'I.C. *“Francesco Giorgio”* di Licata (cod. sc: AGEE848013); 1 presso l'I.C. *“Garibaldi”* di Raffadali” (cod. sc: AGEE863015);



3. dalla nota prot. 10126 del 4.08.2022 (all. 9), attestante la vacanza e disponibilità di ulteriori **5 posti** comuni destinati alle operazioni di assegnazione provvisoria di cui: 4 presso l'I.C. "*Liotta*" di Licata (cod. sc: AGEE834015) e 1 presso l'I.C. "*Firriatu Clementi*" di Palma di Montechiaro e Licata (cod. sc: AGEE83802D e AGEE34015);

4. dalla nota prot. 12547 del 16.09.2022 (all. 10) attestante la vacanza e disponibilità di **4 posti** destinati al conferimento di incarichi a tempo determinato, di cui: 1 presso il C.T.P. "*IC Quasimodo*" di Agrigento (cod. sc: AGCT71400P); 1 di durata annuale, ossia fino al 31.8.2023, presso la "*Casa Circondariale Di Lorenzo*" di Agrigento (cod. sc: AGEE714013), il medesimo già in precedenza riservato alle immissioni in ruolo (v. all. 7); 1 presso la scuola primaria statale "*Liotta*" di Licata (cod. sc: AGEE834015); 1 presso l'I.C. "*Pirandello*" di Porto Empedocle (cod. sc: AGEE84001C);

- quanto alla scuola dell'infanzia:

5. dalla pubblicazione del 25.07.2022 (v. sempre all. 7), attestante la vacanza e disponibilità di **8 posti** destinati alle immissioni in ruolo: 1 presso l'I.C. "*Giacomo Leopardi*" (cod. sc: AGAA833003), 2 presso l'I.C. "*Marconi*" (cod. sc: AGAA83400V), 5 presso l'I.C. "*Francesco Giorgio*" (cod. sc: AGAA84800R), tutti di Licata;

6. dalla nota prot. 9623 del 29.07.2021 (v. sempre all. 8), attestante la vacanza e disponibilità di **1 posto** presso l'I.C. "*Anna Frank*" di Agrigento (cod. sc: AGAA820001) destinato alle operazioni di assegnazione provvisoria;

7. dalla nota prot. 10126 del 4.08.2022 (v. sempre all. 9), attestante la vacanza e disponibilità di **1 posto** comune destinato alle operazioni di assegnazione provvisoria presso l'I.C. "*Marconi*" di Licata (cod. sc: AGAA83400V);

8. dalla nota prot. 12547 del 16.09.2022 (v. sempre all. 10) attestante la vacanza e disponibilità di **2 posti** destinati al conferimento di incarichi a tempo determinato: 1 presso l'I.C. "*Rapisardi*" di Canicattì (cod. sc: AGAA82900B) e 1 presso l'I.C. "*Rita Levi Montalcini*" di Agrigento (cod. sc: AGAA85500X);

➤ per la provincia di Caltanissetta:

- quanto alla scuola primaria:

1. dalla nota prot. 12911 del 22.07.2022 (all. 11), attestante la vacanza e disponibilità di **2 posti**: 1 presso l'I.C. "*Antonino Caponnetto*" (cod. sc: CLEE82101B); 1 presso l'I.C. "*Vittorio Veneto*" di Caltanissetta (cod. sc: CLEE822017), entrambi destinati alle immissioni in ruolo;



2. dalla nota prot. 13662 del 2.08.2022 (all. 12), attestante la vacanza e disponibilità di **3 posti** comuni destinati alle operazioni di assegnazione provvisoria: 2 presso la D.D. “*1° Circolo*” di San Cataldo (cod. sc: CLEE024043) e 1 presso l’I.C. “*Puglisi*” di Serradifalco (cod. sc: CLEE82001D);

3. dalla nota prot. 15131 del 10.08.2022 (all. 13), attestante la vacanza e disponibilità di **2 posti** comuni destinati alle operazioni di assegnazione provvisoria: 1 presso l’I.C. “*Vittorio Veneto*” (cod. sc: CLEE822017) e 1 presso l’I.C. “*Lombardo Radice*” (cod. sc: CLEE828016), tutti di Caltanissetta;

- quanto alla scuola dell’infanzia:

4. dalla nota prot. 13623 del 2.08.2022 (all. 14), attestante la vacanza e disponibilità di **2 posti** destinati alle operazioni di assegnazione provvisoria: 1 presso la Direzione Didattica “*1° Circolo*” di San Cataldo e 1 presso l’I.C. “*Vittorio Veneto*” di Caltanissetta.

Sussistevano, dunque, alla data della presentazione della domanda e in sua pendenza, tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi previsti dalla Legge, ivi inclusi i posti, vacanti e disponibili anche solo temporaneamente, utili per l’accoglimento per un triennio anche “in modo frazionato”.

Di qui la presente istanza di tutela giudiziale, in via d’urgenza, atteso l’evidente buon diritto dell’istante ed il periculum ad essa sotteso.

In mancanza di un provvedimento di assegnazione che, dati i tempi tecnici di un giudizio ordinario, solo una procedura d’urgenza è in grado di utilmente assicurare, la ricorrente è costretta a continuare a prestare servizio in provincia di Palermo, con conseguente disgregazione del nucleo familiare ed esposizione del minore al rischio di gravi ed irreparabili pregiudizi.

Stanti i tempi necessari per raggiungere la sede di Palermo partendo da Favara, l’orario di servizio con gli alunni, gli impegni scolastici extra-didattici e i tempi necessari per il rientro a casa (v. *infra*, all. 26-28), la ricorrente non può conciliare l’attività lavorativa col ruolo di madre senza pregiudizio per il minore, che verrebbe di fatto privato per l’intera giornata della figura materna e dell’accudimento di cui ha bisogno.

Vi è il rischio concreto di vedere irrimediabilmente pregiudicato il diritto del minore di ricevere costanti cure da entrambi i genitori, nell’ambito di un nucleo familiare coeso ed unito, in un momento particolarmente delicato per la sua 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 tecnico necessario per l’esaurimento dell’iter processuale ordinario. 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 anche di difficile liquidazione per equivalente.

I tempi del giudizio ordinario che la ricorrente intende avviare per il riconoscimento del proprio diritto di godere dell'assegnazione temporanea ex art. 42-bis del D.lgs. 151/2001 e per il risarcimento del danno dovuto al tardivo riconoscimento dello stesso, in sostanza, inducono a ritenere che verrebbe frustrata l'efficacia pratica della decisione finale nelle more dell'accertamento definitivo del merito.

*** * ***

DIRITTO

Premessa

La Ricorrente ha chiesto per il piccolo [REDACTED] (nato il [REDACTED] e, quindi, di età superiore ai tre anni alla data del 9.8.2022, di presentazione della domanda), di essere ammessa a godere del beneficio previsto dall'art. 42 bis del D.lgs. 151/2001 come "recepto" e derogato in *melius* dal CCNI.

La questione sottoposta all'attenzione del Giudicante, già favorevolmente deliberata, tra gli altri, dal **Tribunale di Marsala con sentenza n. 1056 dell'8.11.2022, G.d.L. Immordino** (all. 15), dal **Tribunale di Termini Imerese, con ordinanza del 2.12.2020, G.d.L. C. Gagliano** (all. 16), dal **Tribunale di Catania, con ordinanza del 5.5.2020, G.d.L. dott.ssa Cutrona** (all. 17) e dal **Tribunale di Palermo, con Sentenza n. 1452 del 4.6.2020, GDL dott.ssa Marino** (all. 18), va dunque esaminata alla luce della regolamentazione di accesso al beneficio introdotta dal C.C.N.I. e, dunque, delle deroghe *in melius* e (purtroppo, come vedremo) *in peius* alla norma primaria derivanti dal suo recepimento, sicché può dirsi che la Ricorrente versi nelle condizioni di lavoratrice madre previste dall'art. 42 bis cit. come "recepto" dall'art. 8, pt. IV, lett. 1, del CCNI, che ha **elevato dai tre ai sei anni** il limite di età del bambino entro cui presentare l'istanza.

Il recepimento in parola, tuttavia, se da un lato ha consentito alla ricorrente di richiedere il beneficio nonostante il compimento dei tre anni di età del figlio (limite tuttora valido in altri comparti della P.A.), dall'altro, come potrà verificarsi, ne ha di fatto impedito l'accesso, assicurandone uno notevolmente differente da quello previsto dalla Legge, attesa la parziale illegittimità della normativa contrattuale, come di seguito esposto.

IL DECRETO LEGISLATIVO 26 MARZO 2001, N. 151 (TESTO UNICO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE IN MATERIA DI TUTELA E SOSTEGNO DELLA MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ) E LA SUA RATIO. LA PREVISIONE DI CUI AGLI ARTT. 1 E 42-BIS E LE CARATTERISTICHE DEL



BENEFICIO VOLUTO DAL LEGISLATORE E INVOCATO DALLA RICORRENTE.

Per un corretto inquadramento sistematico, va preliminarmente osservato che il Decreto Legislativo 26.3.2001 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.**”.*

La suddetta disposizione, attraverso l'inciso “*Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da ..., contratti collettivi...*”, stabilisce dunque espressamente **la sola derogabilità in melius** del Decreto Legislativo n. 151/2001, di tal che la tutela offerta dal Legislatore attraverso tale corpo normativo è **incomprimibile**, 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”.*

Non sarà certamente inopportuno evidenziare che 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., i quali, 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 rendere effettivo l'esercizio di tale attività.

Lungi dal mirare a riconoscere un beneficio al lavoratore, infatti, l'art. 42 bis D.lgs. n. 151/2001, **nell'interesse esclusivo del minore**, ha la finalità di favorire il



ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la contemporanea presenza degli stessi accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, garantendo la massima unità familiare e salvaguardando esclusivamente le esigenze organizzative e funzionali della P.A. allorché pone quale condizione di applicabilità del beneficio la “... *sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*”.

Giova a questo punto rilevare che il beneficio offerto dall'art. 42bis del D.lgs. 151/2001 presenta ben precise caratteristiche, e richiede il possesso da parte del dipendente pubblico di taluni **presupposti, soggettivi ed oggettivi**.

In particolare, quanto ai presupposti soggettivi, è necessario che il lavoratore:

1. sia dipendente di una P.A. e sia in possesso della professionalità (nel caso di specie, le abilitazioni all'insegnamento) corrispondente al posto da ricoprire;
2. sia genitore di un figlio di età inferiore a tre anni al momento della presentazione dell'istanza (con la precisazione, è anche qui opportuno rilevarlo, che nel comparto scuola la regolamentazione di accesso al beneficio predisposta dalla Contrattazione Collettiva col recepimento dell'art. 42-bis nell'art. 8, pt. IV, lett. 1, del CCNI per le assegnazioni provvisorie, **ha innalzato l'età del minore da tre a sei anni, stabilendo che 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 deroga quindi all'art. 42-bis del D.lgs. 151/01 in senso più favorevole al lavoratore);
3. che l'altro genitore del minore eserciti l'attività lavorativa nella provincia o regione in cui si richiede il ricongiungimento.

Dal punto di vista oggettivo, invece, è necessaria:

4. la vacanza e disponibilità di un posto “di corrispondente posizione retributiva”;
5. l'assenso della p.a. di provenienza e destinazione.

È importante rilevare che, **in presenza di tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi**, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 42-bis dall'art. 14, co. 7, della L. 124/2015, **il dissenso dell'Amministrazione deve essere non solo specificamente motivato** (già prima, infatti, la completezza e puntualità della motivazione costituiva il mezzo di tutela del lavoratore, consentendo a quest'ultimo e, in caso di contrasto, al Giudice, di verificare l'effettività delle ragioni addotte dal proprio datore di lavoro, per ritenere prevalenti le esigenze di servizio rispetto a quelle di tutela dell'unità familiare), ma anche **limitato a “casi o esigenze eccezionali”** (in cui non possono ricomprendersi difficoltà applicative e ordinarie esigenze organizzative della P.A.), atteso che la modifica introdotta dalla L. 124/15 è volta proprio a “*bilanciare, a favore del lavoratore, la ponderazione di interessi che il datore di lavoro può compiere nel momento in cui individua ostacoli all'esercizio*”.



della prerogativa di riunione del nucleo familiare che la disposizione tende a favorire”
(T. Perugia, ord. 30.11.2015, confermata da ord. coll. 28.3.2016).

Per via della nuova formulazione della norma, quindi, la motivazione del dissenso deve essere contenuta a **casi limitatissimi** e ad **esigenze talmente eccezionali** da non essere più identificabili col mero disagio all’attività della p.a., ma con l’effettivo **pregiudizio** al buon andamento della stessa (art. 97 Cost.).

Le ragioni del diniego, in fase giudiziale, dovranno essere anche dimostrate da parte dell’amministrazione [Consiglio di Stato, Ord. n. 405/2013], tenuta a **provare la legittimità del proprio operato** e gli specifici e oggettivi impedimenti sottesi al rigetto. L’elemento del pregiudizio per l’amministrazione è stato ribadito anche in Cassazione Civile, Sez. Un., sentenza n. 16102 del 9.07.2009 che, per quanto resa su fattispecie analoga (l’avvicinamento del dipendente ai sensi della L. 104/92), ha chiarito che la richiesta di concessione del beneficio non deve *“ledere in maniera consistente”* le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro, ma che **incombe sull’amministrazione l’onere della prova della lesione “consistente”** in caso del distacco del proprio dipendente.

L’INTERVENTO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 42-BIS, D.LGS. N. 151/2001, SI’ COME RECEPITO DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA. VIOLAZIONE ART. 3, CONV. DI NEW YORK SUI DIRITTI DEL FANCIULLO (20.11.1989), SI’ 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’.

Come già rilevato, l’accesso al beneficio previsto dall’art. 42-*bis* del D.lgs. 151/2001, nel comparto scuola, è stato regolamentato dal C.C.N.I. dell’8.7.2020, prorogato anche per l’a.s. 2022/23 (v. all. 3).

L’*“Art. 8 – Precedenze nelle operazioni di utilizzazione e di assegnazione provvisoria”, nella sezione “IV. ASSISTENZA”, alla lett. l), prevede infatti una precedenza “ai sensi dell’art. 42 bis del D.lgs 151/01 (in favore di, n.d.r.) 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”.*

Il recepimento ha indubbiamente prodotto una serie di effetti sulla portata applicativa della norma.



Da un lato, per il dipendente del comparto scuola della P.A., **ha reso inapplicabile in via diretta e autonoma l'art. 42 bis cit.**

Tale inapplicabilità autonoma è tanto più evidente ove si consideri che l'art. 8, pt. IV, lett. l), si rivolge a **tutti i genitori con figli di età inferiore a sei anni**, senza esclusione dei genitori con figli di età inferiore a tre, per i quali, dunque, non è prevista una diversa modalità di accesso. Già alla luce di tale considerazione, pertanto, la motivazione opposta dal Ministero - su cui, in ogni caso, torneremo ampiamente a breve - secondo cui *“il superamento dell'età del proprio figlio, come prevista dalla norma di che trattasi ed infine, che il CCNI utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie per l'a.s.2022/23 prevede, nell'ambito della procedura, l'attribuzione di apposita precedenza con richiamo alla norma”*, è **ictu oculi infondata**. Il limite di età del minore da non superare nella vicenda che occupa, non è quello dei tre anni (stabilito dall'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001, appunto non più applicabile autonomamente), quanto, piuttosto, quello dei **sei**, indicato dall'art. 8, pt. IV, lett.l, del C.C.N.I. 8.7.2020, valido anche per l'a.s. 2022/23, e **la ricorrente è pienamente dentro tale limite**.

Dall'altro lato, poi, ulteriore effetto prodotto dal recepimento è proprio l'estensione del limite di età del minore entro cui richiedere il beneficio dell'assegnazione ex art. 42 bis cit., portato, appunto, da 3 a 6 anni.

L'art. 8, pt. IV, lett. l, del C.C.N.I. 8.7.2020 prevede infatti che:

“Art. 8 - Precedenze nelle operazioni di utilizzazione e di assegnazione provvisoria. 1. Le precedenze riportate nel presente articolo, raggruppate sistematicamente per categoria, sono funzionalmente inserite secondo il seguente ordine di priorità, nella sequenza operativa di cui all'art. 9 del presente C.C.N.I., in sostanziale coerenza con le disposizioni in materia, previste dal C.C.N.I. 6.3.2019.. ... l) 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 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;”.

Non pare possa dubitarsi, quindi, che il significato da attribuire al richiamo dell'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001 nell'art. 8 del CCNI e all'inciso *“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...”*, non possa che essere quello suggerito dal senso letterale delle parole, suffragato anche dalla giurisprudenza più recente, la quale ha ritenuto, da un lato, legittima (poiché deroga *in melius*, in linea con l'art. 1 co. 2 D.Lgs. 151/2001) l'estensione da tre a sei anni del limite di età del bambino entro cui presentare l'istanza, e, dall'altro, illegittima la compressione della portata del beneficio voluto dal Legislatore (quanto a *ratio*, durata, applicazione con esclusione dei posti vacanti, estensione geografica, ecc.).



Su vicende identiche a quella oggi in scrutinio (di istanza avanzata con figli di età superiore a tre anni e inferiore a sei), peraltro, è già intervenuta non poche volte la Magistratura del Lavoro.

Il **Tribunale di Palermo, con Sent. n. 1452 del 6.4.2020** (all. 18) resa in giudizio promosso avverso simile diniego, aderendo alle osservazioni svolte dal **Tribunale di Catania con ord. 5.5.2020** (all. 17), ha rilevato che: *“come evidenziato in precedenti di altre Curie (Tribunale di Vicenza del 06/03/18, nel proc. N. 1519/17 confermata da ordinanza collegiale 7.6.2018, R.G. n. 358/2018 e 363/2018 riuniti, Pres. Esten. Dott. Campo) con riferimento a casi analoghi a quello al vaglio di codesta Giustizia, l’art. 42-bis, d.lgs 151/01 trova evidente applicazione nel comparto scuola e specialmente in ambito di trasferimenti provvisori (utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie), “se non altro per effetto della volontà stessa delle parti che ne hanno fatto esplicito richiamo all’art. 8 del CCNI sottoscritto il 21 giugno 2017 che regola le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed a.t.a. per l’anno scolastico 2017/18”. Invero, la suddetta clausola, non felicemente redatta, si presta a essere interpretata nel senso di estendere il beneficio di cui all’art. 42-bis, d.lgs 151/01, ai genitori con prole fino a sei anni senza quindi porre la limitazione ai genitori con prole fino a sei anni, in ragione del riferimento alla normativa (il D.lgs 80/15) in tema di << Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell’articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183 >>, (cfr ordinanza Trib. Vicenza 06/03/18 citata confermata in sede di reclamo sul punto; cfr altresì ord. collegiale Trib. Vicenza 7.6.2018 che così argomenta: “... che la norma di cui all’art. 42 bis D Lgs. 151/2001 debba essere applicata nella sua interezza, considerando come la norma disciplini in modo specifico la situazione dei lavoratori titolari degli interessi tutelati, ponendoli su un piano di tutela privilegiata e prevalente rispetto alle esigenze delle amministrazioni, ciò per il rilievo costituzionale che hanno i valori tutelati, con riferimento alla famiglia e alla cura dei figli con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa. In questo senso, le esigenze di tutela dell’unità familiare e di tutela dei figli in tenera età portano ad un’applicazione completa della disposizione di legge anche con riferimento alla durata complessiva, non superiore a tre anni.”). L’art. 8 CCNI del 12 giugno 2019 (che qui viene in considerazione) regolando il diritto di precedenza nello svolgimento delle operazioni di utilizzazione e di assegnazione provvisoria, prevede al punto IV, lett. l), la precedenza di cui all’art. 42 bis del D.lgs 151/01 in favore delle “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” così elevando da tre a sei anni il limite di età del bambino entro il quale presentare l’istanza (cfr ord. Tribunale Palermo – est dott. G. Tango – del 20/08/2019).”*

Il **Tribunale di Verona, con ord. coll. del 21/02/2019 RG n. 2227/2018**, in merito al limite di età già esteso dal precedente CCNI 28.6.2018, ha coerentemente osservato che: *“Tale disciplina, anche in base al tenore letterale dell’art. 8 CCNI, ha legittimamente*



(quanto all'art. 42 bis la legge pone un limite certamente derogabile in melius dall'amministrazione in sede di contrattazione collettiva, come peraltro espressamente previsto dall'art. 1, comma 2 dello stesso dlgs 151/2001) ampliato la platea dei destinatari del beneficio de quo estendendo l'applicazione dei due diversi istituti (assegnazione provvisoria e temporanea) ai genitori di figli fino a sei anni, seppur utilizzando un'espressione equivoca: "ai sensi del D.lgs 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono i sei anni"; il citato decreto ("Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183") come rilevato in fase monocratica non modifica infatti la disciplina legale dell'istituto di cui all'art. 42 bis, ma seguendo l'interpretazione della clausola contrattuale come prospettato dall'amministrazione scolastica, si finirebbe per privare di significato la stessa o per ritenerla applicabile alle sole assegnazioni provvisorie appunto, andando contro il senso letterale delle parole e finendo per creare una disciplina che crea una differenziazione che non trova alcuna ragionevole giustificazione (sul punto si condividono le considerazioni di cui all'ordinanza collegiale del Tribunale di Vicenza del 7.6.2018, est. Campo, RG 358/18 a cui è stato riunito il 363/18). La stessa amministrazione scolastica (Ufficio Scolastico di Verona) peraltro nel concedere il nulla osta alla docente ha riconosciuto la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa vigente ed in particolare la "presenza di un figlio di età inferiore ad anni sei" (doc. 6 parte reclamante), di fatto avallando tale interpretazione, per poi rinnegarla in sede giudiziale."

Anche il **Tribunale di Termini Imerese, con ordinanza del 2.12.2020** (all. 16), dopo aver rilevato che "L'art. 8, pt. IV, lett. L, del "Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2018/2019" ha poi elevato da tre a sei anni il limite di età del bambino entro cui presentare l'istanza ...", ha sottolineato che "I requisiti necessari per l'applicazione del combinato disposto delle citate disposizioni sono quindi: 1) la qualità di genitore di minore di sei anni di età; 2) il rapporto di dipendenza con una delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 co.2° dlgs. 165/2001; 3) l'esistenza di una sede di servizio vacante, con corrispondente posizione retributiva, ubicata nella provincia o regione ove l'altro genitore esercita l'attività lavorativa; 4) l'esistenza di un provvedimento di assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione".

Sulla stessa scia si sono posti anche: **T. Palermo, ord. 32093/2019 del 20/8/2019, RG n. 5716/2019-1, G.d.L. Tango** (all. 19); **T. Milano n. 31374 dell'11.12.2017, R.G. 10663/2017** (all. 20) e **T. Foggia, ord. 41221 del 15.11.2017, RG n. 7257/2017** (all. 21), oltre ai già citati **Tribunale di Vicenza, ord. coll. del 6.7.2018, R.G. 358/18 e 363/18 riuniti** (all. 22), che ha esteso il beneficio ad un triennio, a parziale riforma del precedente provvedimento monocratico **n. 764 del 06/03/2018, R.G. 1519/2017** già favorevole alla ricorrente (all. 23).

A fugare ogni dubbio, in ogni caso, è intervenuto **lo stesso Ministero dell'Istruzione** che, avallando la suddetta interpretazione, ha già applicato spontaneamente l'estensione



del limite di età non solo con il provvedimento datoriale citato nell'ordinanza collegiale del Tribunale di Verona, ma anche con il decreto protocollo n. 3669 dell'11.9.2018 (pubblicato all'indirizzo www.uspsiena.it/nuovo/images/ALBO-PRETORIO/2018/m_pi.AOOUSPSI.REGISTRO_UFFICIALEU.0003669.11-09-2018.pdf (all. 24), con cui l'Ambito Territoriale di Siena, a fronte della richiesta di assegnazione ex art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001 ricevuta da altra docente, dopo aver ***“PRESO ATTO... che il C.C.N.I. concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'anno scolastico 2018/2019” sottoscritto il 28.6.2018, ha esteso il limite di età fino a sei anni per le lavoratrici madri e i lavoratori padri anche adottivi o affidatari con prole (ai sensi del D.lgs. 80/15 sono presi in considerazione i figli che compiono 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)”, ha concesso “l'assegnazione temporanea per l'a.s. 2018/19 nei termini e con le modalità di cui in premessa PRESSO L'IC DI MONTERIGGIONI, SU POSTO DELLA classe A028 a decorrere dal 12 settembre 2018.”.***

I suddetti provvedimenti datoriali, pertanto, avallano l'interpretazione (letterale) offerta dalla ricorrente, rinnegata dal Ministero con la motivazione opposta.

Conclusivamente, il Ministero ha facoltà di estendere la fruizione del beneficio ad una platea più ampia (quella dei genitori con figli di età inferiore a sei e non a tre anni), e la modifica è pienamente applicabile anche al caso che occupa, dal momento che il recepimento ha reso del tutto inapplicabile autonomamente l'art. 42 bis (anche in caso di genitori con figli di età inferiore a tre anni).

Seguendo l'interpretazione della clausola contrattuale come prospettata dalla motivazione opposta dal Ministero, si finirebbe infatti per privarla di significato o per ritenerla applicabile alle sole assegnazioni provvisorie, andando contro il senso letterale delle parole e finendo per dar luogo ad una disciplina che crea una differenziazione che non trova alcuna ragionevole giustificazione (v. Tribunale di Verona, ord. cit.).

*** * ***

A questo punto, però, occorre verificare se e in che misura la regolamentazione contrattuale assicuri il beneficio triennale previsto dall'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001 e consenta di accedere a quello voluto dal Legislatore, e, dunque, se sia legittima.

Ebbene, il recepimento in parola, oltre ad estendere (legittimamente, in quanto previsto dall'art. 1, co. 2, D.lgs. 151/2001: *“Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite dalle leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione”*) il limite di età del minore entro cui presentare l'istanza, ha prodotto un beneficio che **non ha nulla in comune** con l'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del D.Lgs. 151/01.



Quello assicurato dal CCNI è infatti beneficio radicalmente diverso da quello voluto dal Legislatore del 2001 allorquando ha elaborato la norma.

Non deve infatti sfuggire che:

1. il C.C.N.I. per le assegnazioni provvisorie del personale docente, ha una **ratio ben diversa rispetto a quella sottesa all'art. 42-bis cit.** (v., *supra*), essendo questo *“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”* (art. 7, co. 10, C.C.N.I.), e sono dunque subordinate alla sussistenza solo di posti **a cattedra**², presupposto oggettivo ben diverso da quello previsto dall'art. 42-bis che evoca solo il posto vacante e disponibile *“di corrispondente posizione retributiva”*³ [Tribunale di Palermo, ord. 20.10.2020, RG 7978/2020-1, ord. 14.9.2020, RG 7816/2020-1, conformi a Tribunale di Palermo, ord. coll. 11.02.2019, RG 13775/2019: *“L'esame delle disposizioni citate evidenzia la palese diversità del requisito oggettivo presupposto nei due istituti: “posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva” per l'assegnazione temporanea ex art.42 bis D.L.vo 151/01 e “posti e cattedre la cui vacanza sia accertata per l'intero anno scolastico e per l'intero orario di cattedra” per l'assegnazione provvisoria disciplinata dalla norma collettiva, laddove l'espressione letterale utilizzata dal citato art.42 bis è ben più ampia e generica di quella utilizzata dal CCNI per l'assegnazione provvisoria, nel quale quindi non può essere sussunto. Detta interpretazione appare, peraltro, fondata anche sulla preminenza dello specifico interesse protetto dalla norma di cui qui si chiede l'applicazione, tutelato costituzionalmente, della salvaguardia dell'integrità*

² In tal senso: Tribunale di Bari, ord. coll. 20.03.2012; Tribunale di Brindisi, ord. coll. 19.12.2012, Tribunale di Monza, ord. 22.9.2015, Tribunale di Verona, ordd. 14.4.2015 e 18.5.2015.

³ Vd. **T. Catania, decr. coll. 14.3.2018** in atti, che nel censurare il gemello CCNI 2017/18, ha rilevato: *“L'esame delle due disposizioni evidenzia, come rilevato, la palese diversità del requisito oggettivo, presupposto nei due istituti: “posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva” per l'assegnazione temporanea ex art.42 bis D.L.vo 151/01 e “posti e cattedre la cui vacanza sia accertata per l'intero anno scolastico e per l'intero orario di cattedra” per l'assegnazione provvisoria disciplinata dalla norma collettiva, sicché appare inequivocabilmente che l'espressione letterale utilizzata dal citato art.42 bis sia un concetto diverso, più ampio e generico, di quella utilizzata dal CCNI per l'assegnazione provvisoria, nel quale quindi non può essere sussunto, e ciò in aderenza con il preminente principio, tutelato costituzionalmente, della salvaguardia dell'integrità fisica del minore in tenera età che la disposizione tutela, in applicazione dei principi sovranazionali sanciti nella Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia proprio con il d.lgs. 151/2002”* (v. anche **T. Ragusa, ord. 20.8.2018 in atti**); in senso conforme: **Tribunale di Verona, ordd. 14.4.2015 e 18.5.2015**; **Trib. di Bari, Ord. Coll. del 20/03/2012**; **Tribunale di Brindisi, ord. coll. 19.12.2012**; **Trib. di Monza, Ord. del 20.12.2010**, confermata da **Trib. di Monza, Ord. Coll. del 15.02.2011**.

fisica del minore in tenera età, in applicazione anche dei principi sovranazionali sanciti nella Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia proprio con il d.lgs. 151/2002”; conforme a **Tribunale di Catania, ord. coll. 14.3.2018; Tribunale di Ragusa, sent. 758 del 29.10.2018** che, nel censurare identica previsione contenuta nel gemello CCNI 2017/18 ha evidenziato: *“l’esame delle due norme evidenzia inoltre la palese diversità del requisito oggettivo, presupposto nei due istituti: ‘posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva’ per l’assegnazione temporanea ex art. 42 bis cit., ‘posti e cattedre la cui vacanza sia accertata per l’intero anno scolastico e per l’intero orario di cattedra’ per l’assegnazione provvisoria disciplinata dalla norma collettiva”*].⁴

Solo con l’istanza di assegnazione ex art. 42 bis inoltrata autonomamente, infatti, la Ricorrente ha potuto richiedere di essere assegnata e adibita a mansioni diverse dall’insegnamento, su posto (non a cattedra) vacante e disponibile presso gli Uffici amministrativi delle strutture periferiche del M.I., dato che tale opportunità non è contemplata dal CCNI;

3. ai sensi dell’art. 7 co. 3 del CCNI, l’assegnazione provvisoria “... *può essere richiesta per una sola provincia*”, laddove, invece, quella temporanea ex art 42-bis, può essere richiesta nella “... stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa”.

Da un lato, dunque, il C.C.N.I. impedisce la presentazione della domanda anche per altre province della stessa regione; dall’altro, la consente solo nella provincia di residenza del coniuge/parte dell’unione civile [si noti, infatti, che l’art. 1 co. 7 del CCNI, ai fini dell’assegnazione del punteggio aggiuntivo utile per la definizione della posizione in graduatoria, richiede la residenza “*da almeno tre mesi*” nel comune di ricongiungimento (v. nota 6 alla tabella II “*Esigenze di famiglia*”, pag. 47 del CCNI)] e non in quella in cui “l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa” (circostanza non irrilevante essendo evidente che, per quanto non sia in caso che occupa, ove l’altro genitore conservasse la residenza con il minore, ma svolgesse l’attività lavorativa, ad esempio, a 1000 Km di distanza, il ricongiungimento voluto dal Legislatore del 2001 non sarebbe certamente attuabile attraverso la previsione contrattuale).

A tal proposito, si evidenzia che, quella di presentare la domanda di assegnazione provvisoria per la sola provincia di Agrigento e non anche per quella di Caltanissetta (non consentita dalla piattaforma ministeriale “istanze on line”), non è stata una libera scelta della ricorrente, ma è stata determinata

⁴ V., in atti e in senso conforme: Trib. Catania, Ord. Coll. 14.03.2018; Trib. di Monza, Ord. del 20.12.2010, confermata da Trib. di Monza, Ord. Coll. del 15.02.2011; Trib. di Bari, Ord. Coll. del 20/03/2012; Tribunale di Brindisi, ord. coll. 19.12.2012; Tribunale di Verona, ordd. 14.4.2015 e 18.5.2015.



dalle limitazioni poste all'applicazione dell'art. 42 bis cit. dalla contrattazione collettiva!!!

4. L'art. 7 comma 1 del CCNI consente la possibilità di richiedere il ricongiungimento (come detto, però, nel luogo di residenza) solo *“ai figli...”* **o** *“...al coniuge”*, e non anche ai figli **e** a *“...l'altro genitore”*, obiettivo realizzato dal legislatore del 2001 con il *“ricongiungimento familiare”* nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore *“esercita la propria attività lavorativa”*⁵;
5. l'art. 7, co. 2 del CCNI, prevede la limitazione, non prevista dalla norma primaria, per la quale l'assegnazione provvisoria per altra provincia può essere richiesta solo dal personale docente *“assunto con decorrenza giuridica antecedente all'anno scolastico per il quale si effettuano le operazioni di utilizzazione e assegnazione provvisoria. Non sono consentite le assegnazioni provvisorie nei confronti di personale scolastico assunto a tempo indeterminato con decorrenza giuridica coincidente all'inizio dell'anno scolastico 2019/20 ovvero 2020/21 e 2021/22, fatto salvo per i docenti che sono stati assunti con DDG 85/2018”*, con ciò escludendo illegittimamente la fascia dei docenti neo immessi o immessi da poco, non esclusa dal Legislatore del 2001.
6. 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. 6.3.2019, ovvero per altra tipologia di posto per il quale si possiede 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”*). Inoltre, il successivo co. 5, 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.”*.

Quanto sopra, diversamente dall'art. 42 bis cit. che prevede **solo** che l'assegnazione può essere richiesta su posto *“di corrispondente posizione*

⁵ Art. 7, co. 1, CCNI: *“L'assegnazione provvisoria all'interno della provincia in cui è ubicato l'ambito o la scuola di titolarità può essere richiesta dai docenti di ogni ordine e grado, purché ricorra **uno** dei seguenti motivi:*

a) ricongiungimento ai figli o agli affidati di minore età con provvedimento giudiziario;

b) ricongiungimento al coniuge o alla parte dell'unione civile o al convivente, purché la stabilità della convivenza risulti da certificazione anagrafica...”.



retributiva”, senza lasciare spazio ad inammissibili deroghe in *peius*, ovvero ad impedimenti e compressioni della norma primaria;

7. il CCNI prevede l’assegnazione provvisoria per la **durata di un solo anno scolastico** – senza alcuna clausola che garantisca la conferma per gli anni successivi al primo e, dunque, il pieno godimento del triennio riconosciuto dalla norma primaria – e non assicura, quindi, la **stabilità e continuità della fruizione del beneficio “per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”**, come previsto **inderogabilmente** dall’art. 42-bis cit..

La riduzione della durata del beneficio costituisce una deroga in *peius* alla norma primaria non legittimabile neppure per la particolarità del settore scolastico o perché l’assegnazione avviene su posti disponibili solo per un anno scolastico (così **Tribunale di Vicenza, ord. coll. 7.6.2018**, nonché **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.”*). In merito alla durata triennale del beneficio, si aggiunga che la Giurisprudenza ha chiarito che *“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., conforme a CONSIGLIO DI STATO, sent. 51/2014 REG.PROV.COLL., N. 08021/2013 REG.RIC.; nonché, nello stesso senso: CDS, Sez. III, sent. 10/1/2014 n. 41 e 8/4/2014 n. 1677);

8. la nota del M.I. prot. 23439 del 17.6.2022 (all. 3), nel dettare le indicazioni operative per la presentazione della domanda di assegnazione provvisoria, ha previsto l’apertura dell’area *“Istanze On Line”* solo dal 20 giugno al 4 luglio 2022, stabilendo, quindi, un’unica finestra temporale, non prevista dalla norma primaria e con la stessa incompatibile laddove, ad esempio, la nascita del minore dovesse verificarsi successivamente.

La contrattazione collettiva, peraltro, diversamente da quanto previsto dall’art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001, non consente di concorrere all’assegnazione di un posto “vacante e disponibile” per un triennio (certamente sussistente quanto meno prima delle operazioni di mobilità e dopo il loro espletamento, nonché prima dell’accantonamento per le immissioni in ruolo), pur essendo, tale tipologia di posti, proprio quella che il Legislatore, con una scelta politica netta in favore della famiglia, ha stimato idoneo ad assicurare un’assegnazione di durata triennale che meglio garantirebbe la continuità del ricongiungimento.



Tali elementi delineano, quindi, un beneficio (quello dell'assegnazione provvisoria) diverso da quello strutturato dall'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001, maggiormente ove si consideri che la regolamentazione di accesso introdotta dal CCNI ha anche illegittimamente eliminato (sostituendosi, di fatto, al Legislatore) l'**obbligo di motivazione del dissenso entro 30 giorni limitatamente a "casi o esigenze eccezionali"**, nonché **graduato i richiedenti all'interno di un'unica graduatoria non prevista dalla norma primaria** – di cui fanno parte, però, anche soggetti che aspirano al movimento per esigenze del tutto diverse (i.e., ad esempio: i docenti assistenti di portatore di handicap ex L. 104/92) – che si risolve nell'introduzione surrettizia di un **nuovo limite** non corrispondente ai "casi o esigenze eccezionali" che il Legislatore, in caso di sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi, ha indicato come **unica** ipotesi legittimante il diniego.

Il sistema di precedenza stabilito dal CCNI, infatti, è illegittimo in quanto colloca lavoratrici madri/lavoratori padri con figli di età inferiore a sei anni **in posizione deteriore** (lettera l dell'art. 8, pt. IV) rispetto all'assistente del portatore di handicap grave ai sensi della L. 104/92, art. 33 co. 5 e 7 (lettere g, h ed i). Al contrario, 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, **appartengano a categorie perfettamente equi ordinate** – 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).⁶

Non a caso la recentissima **Tribunale di Monza, ord. 13.12.2019** in atti, sulla questione della gradazione delle precedenza, ha dichiarato illegittimo l'operato del MIUR nel valutare l'istanza all'interno delle procedure previste dal CCNI rilevando che: *"Invero, stando alle previsioni negoziali, entrambe le operazioni [di assegnazione provvisoria e temporanea, n.d.r.] risultano unificate e soggette ad un unitario ordine di preferenze; dunque, in occasione delle operazioni di mobilità annuale la contrattazione integrativa, concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie, riconosce in favore del lavoratore con figli minori, la possibilità di fruire di un'apposita precedenza inserita funzionalmente nella sequenza operativa in cui si articolano tutte le relative operazioni. A tale stregua, nonostante la vigenza di una [norma, n.d.r.] ad hoc, le esigenze tutelate*

⁶ Come rilevato in caso identico dal **Tribunale di Brindisi, con ordd. del 13 e 14/10/2014 in atti**: "... 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".



dall'art. 42bis d.lgs. 151/2001 risultano postergate a quelle di cui ai punti I. II. e III dell'art. 8 del CCNI che, peraltro, non pare rispettoso in parte qua neppure dell'art. 1 del d.lgs. 151/2001 secondo cui "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", **con conseguente relativa disapplicazione sostanziale.** ... *Né si ritiene che una diversa articolazione delle preferenze pregiudichi la continuità didattica, refluendo ambo gli istituti nella mobilità annuale del personale docente.*".

Sul punto, per quanto rese in ipotesi di domanda di assegnazione per figli di età inferiore a tre anni, il **Tribunale di Catania, con ord. coll. 14.03.2018, RG. 11600/2017, pres. Renda, rel. Resta**, facendo propria **Tribunale. di 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 che: "*L'art. 42 bis D.Lgs. 151/01 non consente di subordinare l'assegnazione temporanea del pubblico dipendente ad una analisi comparativa tra aspiranti, né, tantomeno ad una diversa individuazione delle esigenze meritevoli di tutela, operata dalla contrattazione collettiva. L'imposizione di un ambito concorsuale, con la collocazione della domanda della ricorrente in una ipotetica graduatoria, non è supportata dalla norma primaria che non consente di negoziare sul riconoscimento del beneficio (come sul riconoscimento dell'analogo beneficio previsto dalla legge 104/91) poiché volta ad attuare il principio costituzionale di salvaguardia dell'unità familiare. L'ambito concorsuale è previsto esclusivamente per il riconoscimento dei diversi benefici dell'assegnazione provvisoria, fissati contrattualmente dai contratti collettivi della durata di un anno...*".

Anche il **Tribunale di Roma, con ord. coll. 13.2.2017** in atti ha osservato: "*Non è legittimo assimilare la tutela riconosciuta dalla legge in ossequio a precisi canoni costituzionali a quella riconosciuta contrattualmente al dipendente in presenza di specifiche condizioni personali e familiari.* Solo tali condizioni potranno, infatti, essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di un punteggio preferenziale in comparazione con gli altri aspiranti, non già quelle previste dalla legge quale condizione necessaria e sufficiente per fruire del beneficio di cui all'art. 42 bis d.lgs. 151/2001".

La regolamentazione di accesso all'assegnazione prevista dall'art. 42 bis, D.lgs. 151/2001, così come introdotta dalla Contrattazione Collettiva, assicura quindi un beneficio diverso da quello voluto dal Legislatore, come evincibile dalla durata **annuale** del beneficio assicurato e dalla richiedibilità del **posto solo a cattedra** e **solo nella provincia di residenza** del soggetto cui si chiede il ricongiungimento (il C.C.N.I. infatti **non richiede al docente, neppure in autocertificazione, alcuna dichiarazione da cui risulti che l'altro genitore del bambino eserciti l'attività lavorativa nella provincia richiesta,** come previsto dall'art. 42 bis cit.).



Detta regolamentazione introdotta dalla Contrattazione Collettiva è, dunque, illegittima nella parte in cui deroga in peius alla norma primaria e impone limiti e condizioni non previste dalla Legge, sterilizzandone la portata applicativa.

La sussistenza dei presupposti di accesso all'assegnazione temporanea richiesta dalla ricorrente, dovrà quindi verificarsi alla luce del disposto dell'art. 42 bis cit., come derogato in *melius* quanto al limite di età del minore entro cui richiedere l'accesso al beneficio di durata triennale.

La contrattazione collettiva può infatti svolgersi “*su tutte le materie relative al rapporto di lavoro*” (art. 40, co. 1, D.lgs. 165/2001), ma deve pur 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.).

L'art. 40 del D.Lgs. 165/2001, comma 1, prevede espressamente che “*la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*”.

Ai sensi del successivo **comma 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.*” (v. **T. Forlì, ord. coll. 15.2.2019**, conforme a **T. Pisa, ord. coll. 30.4.2018** in atti).

Le suddette limitazioni e condizioni sono quindi nulle ex art. 1418 c.c. per violazione dell'art. 1, co. 2 del D.lgs. 151/2001⁷ e dei limiti di competenza imposti dalla Legge e vanno sostituite con la previsione di Legge (*ex plurimis*: T. Palermo, Ord. Coll. 11.2.2019; T. Ragusa, sent. cit.; T. Vicenza, ord. coll. 7.6.2018; T. Catania, ord. coll. 14.3.2018; T. Forlì, ord. coll. 12.6.2018; T. Firenze, ord. coll. 10.7.2018; T. Pisa, ord. coll. 30.4.2018 cit.; T. Roma, ord. coll. 13.2.2017; T. Vicenza, sent. 242/2018; T. Bolzano, sent. 109/2018).

*** * ***

⁷ **Tribunale di Perugia, ord. coll. 28.3.2016**: “*Va poi considerato che per espressa clausola generale contenuta nell'art. 1 co. 2 d.lgs.vo 151/2001 cit. la categoria dei lavoratori padri e delle lavoratrici madri è titolare di interessi che hanno tutela prioritaria, non derogabile in peius da alcuna norma o previsione collettiva: disposizione di natura speciale che rende superflua ogni considerazione in ordine al contenuto della clausola generale di cui all'art. 2 d.lgs.vo 165/2001 nella vecchia formulazione (norma che all'epoca consentiva modifica successiva di fonte contrattuale solo in difetto, come nel caso di specie, di diverse e contrarie previsioni di natura legale)*”; **Tribunale della Spezia, ord. 24.01.2017 (confermata da ord. coll. 9.3.2017)**: “*Ora, è già stato evidenziato (Trib. Firenze, 8 apr. 2016, n. 335) - e va qui ribadito - che l'art. 42 bis, d.lgs. n. 151, cit., è disposizione speciale rispetto all'art. 35, comma 5 bis, d.lgs. n. 165 del 2001 (t.u. sul pubblico impiego), poiché tutela specifici beni (le esigenze dei minori in tenera età a poter fruire dell'assistenza affettiva, morale e materiale del genitore lavoratore) ed è rivolta ad una più ristretta cerchia di beneficiari (i lavoratori con figli di età inferiore a tre anni), mentre l'art. 35, comma 5 bis, t.u. cit., prende in considerazione le esigenze dell'Amministrazione ed è rivolto a tutti i pubblici dipendenti privatizzati (l'art. 35, comma 5, come è noto, vieta i trasferimenti del personale per i primi cinque anni dalla iniziale assegnazione)*”.

IL VIZIO DELLA MOTIVAZIONE. SULLA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI, SOGGETTIVI ED OGGETTIVI, PREVISTI DAL COMBINATO DISPOSTO DELL'ART. 42 BIS DEL D.LGS. N. 151/2001 E DELL'ART. 8, PT. IV, LETT. L) DEL CCNI E SULL'OMESSA INDICAZIONE DI CASI O ESIGENZE ECCEZIONALI IDONEI A LEGITTIMARE IL DISSENSO.

Partendo dalle superiori considerazioni, la motivazione opposta dall'A.T. di Agrigento del Ministero deve dichiararsi **illegittima**, sussistendo tutte le condizioni di accesso al beneficio previsto dal combinato disposto dell'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001 e dell'art. 8, pt. IV, lett. 1, del CCNI 8.7.2020 (che appunto ha derogato *in melius* la norma), e mancando l'indicazione delle esigenze eccezionali **sempre** necessarie legittimare il dissenso.

L'accertamento del diritto della ricorrente va affidato alla verifica della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti dalla norma e al vaglio delle “*esigenze eccezionali*”, se e quando opposte dalla P.A..

Orbene, quanto alla sussistenza dei **presupposti soggettivi**, risulta documentato:

- il rapporto di dipendenza della ricorrente col Ministero dell'Istruzione;
- che il figlio, nato il [REDACTED], fosse di età inferiore a sei anni alla data di presentazione della domanda (4.07.2022 e 9.08.2022);
- lo svolgimento dell'attività lavorativa in provincia di Agrigento da parte del padre del bambino.

Dal punto di vista oggettivo, circa l'assenso dell'amministrazione di provenienza, va rilevato che l'A.T. di Palermo, nonostante il chiaro disposto del co. 1 dell'art. 42-bis D.Lgs. 151/01 [*“L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda”*], **non ha esitato la domanda, omettendone l'istruttoria e la comunicazione dei motivi del dissenso.**

L'atteggiamento dell'A.T. di Palermo, nonché, si badi, di quello di Caltanissetta (seconda provincia richiesta dopo quella di Agrigento), è in chiara violazione di Legge, atteso che la norma **non esonera l'amministrazione dall'obbligo di comunicare** i motivi del dissenso in nessun caso, neppure in quello, peraltro non attagliato alla fattispecie in esame, di insussistenza del posto vacante e disponibile, di cui il richiedente ha sempre diritto di essere informato (cfr. Tribunale di Pisa, ord. coll. del 30.4.2018, RG n. 188/2018: “...poiché l'art. 42bis onera l'amministrazione di comunicare all'interessato il consenso o il dissenso, deve ritenersi che avrebbe dovuto essere il MIUR a documentare l'eventuale dissenso della scuola pisana, anche perché l'amministrazione è la stessa (cioè, appunto, il MIUR)”); in senso conforme: T. di Modena, ord. 4.11.2017: “... la manca(ta, n.d.r.) esplicitazione dei motivi di eventuale dissenso rende illegittima la condotta della P.A. ed il silenzio implica di per sé l'assenza di motivi passibili di essere



fatti valere nei confronti della lavoratrice.”).

In questo senso si sono espressi anche: **Tribunale di Bergamo, ord. del 24.11.2021, R.G. 1199/21**, secondo cui *“l’omessa adozione di un provvedimento di diniego motivato preclude il sindacato giudiziale sulla legittimità e sulla correttezza delle decisione dell’ente datoriale pubblico di non dare corso alla richiesta assegnazione”* (nello stesso senso: Tribunale di Monza, Ord. Coll. del 4.1.2021, R.G. 1887/2020, in atti); **Tribunale di Padova, ord. del 12.10.2020, RG. 1825/20**: *“nel caso di specie è pacifico che nel termine di 30 giorni dalla domanda l’amministrazione datrice di lavoro non ha esplicitato il proprio dissenso, e nemmeno ha indicato quali sarebbero le esigenze eccezionali che impedirebbero l’assegnazione temporanea della ricorrente; -perciò solo la domanda deve essere accolta, essendo a questo punto precluso al giudice qualsivoglia sindacato circa le ragioni del diniego implicitamente opposto”*; **Tribunale di Palermo, ord. coll. dell’11.2.2109, RG. 13775/2018, Pres. Civiletti, Rel. P. Marino** in atti: *“l’omessa esplicitazione delle ragioni del rigetto, da parte dell’ambito territoriale di Palermo e dell’U.S.R. Sicilia, sopra menzionata, sarebbe già sufficiente a far ritenere la probabile fondatezza della pretesa della reclamante, anche considerando che le argomentazioni successivamente addotte dal ministero in giudizio (mancanza del posto vacante e disponibile) non possono condividersi per le ragioni dette.”*; **T. di Catania, ord. del 29.6.2018, GDL Di Gesu**: *“La mancata risposta sulla predetta istanza nei termini di legge, quindi, consente di escludere la sussistenza di motivi di servizio prevalenti sulla richiesta di assegnazione temporanea della ricorrente ad altra sede, diversa da quella dove attualmente presta servizio”*; **Tribunale di Roma, Ord. Coll. 13.02.2017, Pres. Pangia, Rel. Garzia** 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”*; **Tribunale di Monza, sentenza 384 del 28.9.2017** in atti: *“In assenza di un provvedimento di diniego motivato al Tribunale è preclusa qualsiasi valutazione circa la correttezza della decisione del Ministero ...”*; **Tribunale di Bolzano, ord. 22.1.2018** in atti: *“Il mancato riscontro da parte del MIUR dell’istanza amministrativa presentata dal ricorrente, nei termini (30 giorni) e con le modalità previste dalla legge (motivazione scritta dell’eventuale dissenso limitato a casi o esigenze eccezionali) osta all’esame in questa sede delle argomentazioni difensive del convenuto, che sono evidentemente tardive. L’implicito rigetto tacito dell’istanza, contrastando con il dovere di esprimere entro 30 giorni l’eventuale dissenso motivato con riferimento a esigenze eccezionali previsto per legge, è preclusivo della possibilità di sindacato da parte del giudice rispetto alle argomentazioni addotte dal Ministero resistente nella sola fase giudiziaria.”*; **Tribunale di Milano, ord. 5.12.2016, est. dott.**



Mariani, RG n. 11795/2016 in atti: *“A fronte di tali confliggenti interessi (entrambi di rango costituzionale), la P.A., in caso di rifiuto dell’assegnazione, deve fornire specifica motivazione delle ragioni di carattere organizzativo che inducono a negare l’assenso all’assegnazione temporanea del dipendente [...] Le argomentazioni addotte dal Ministero resistente solo nella fase giudiziaria non valgono in ogni caso a giustificare, ex post, il rigetto dell’istanza, secondo quanto argomentatamente deciso già da due precedenti di questo Tribunale (ord. 9 ottobre 2015, est. Bertoli, e ord. 2 dicembre 2016 est. Saioni). [...] A nulla rileva poi che il Ministero adduca che i posti vacanti e disponibili indicati dal ricorrente in atti siano stati almeno in parte successivamente coperti; in assenza di un tempestivo provvedimento di diniego motivato, è infatti preclusa al Tribunale qualsiasi valutazione circa la correttezza della decisione dell’amministrazione di dar corso ad altri trasferimenti, anziché accogliere l’istanza della odierna Ricorrente”*; Tribunale di Milano (v., ordd. 9.10.2015 e 2.12.2016 in atti), nonché a Tribunale di Torino, ord. 11.7.2016, R.G.L. 4561/2016 (in atti), il quale, nell’accogliere la domanda cautelare, ha statuito che *“la mancata risposta del MIUR sulla predetta istanza nei termini di legge consente 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”*.

Dall’omessa comunicazione dei motivi del dissenso da parte dell’A.T. di Palermo e Caltanissetta, dunque, ne consegue l’esclusione della sussistenza di *“esigenze eccezionali”* prevalenti su quella di ricongiungimento familiare, senza possibilità per l’amministrazione di sanare in giudizio (tardivamente) la violazione.

Quanto all’**ulteriore presupposto oggettivo**, l’insussistenza del posto vacante e disponibile in provincia di Agrigento è motivazione non corrispondente al vero ed è, dunque, infondata ed illegittima.

Innanzitutto, stante la motivazione opposta dal solo A.T. agrigentino (secondo cui *“in esito alla mobilità della scuola primaria e della scuola dell’infanzia per l’a.s.2022/23, sia posto comune che sostegno, non sono residuati “posti vacanti e disponibili”... Ciò si evince dal prospetto riassuntivo dopo i movimenti, pubblicato, unitamente agli esiti della mobilità territoriale, sul portale istituzionale dello scrivente Ufficio*), va rilevato che la verifica della sussistenza del posto non poteva affidarsi, sic et simpliciter, alla lettura dei tabulati riassuntivi relativi all’anno scolastico il 2022/23.

Tali tabulati, infatti, sono stati elaborati il 17.5.2022 (all. 25), all’esito della mobilità per l’a.s. 2022/23, 2-3 mesi prima della presentazione delle domande di assegnazione provvisoria e temporanea ex art. 42 bis della Ricorrente (4.7.2022 – 9.8.2022), e non avrebbero potuto contenere, quindi, né, di fatto, contenevano, dati aggiornati con le vacanze e disponibilità sopravvenute fino a quel momento. Date le molteplici vicende che possono determinare la vacanza di un posto nel corso dell’anno scolastico (decesso del titolare, pensionamento, variazioni di stato giuridico e, quindi, dimissioni, collocamento a riposo, decadenza, sopravvenuta inabilità lavorativa assoluta e permanente, ecc.), una



verifica come quella eseguita dal M.I. è del tutto inidonea a garantire la corretta verifica dell'effettiva insussistenza (circostanza invece smentita per *tabulas*), oltre che non conforme al dettato normativo.

La verifica della sussistenza del posto avrebbe dovuto essere svolta accedendo ai dati dell'organico **al momento della presentazione della domanda** o, al più, nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 42 bis, accertando, **in quel preciso momento**, la reale sussistenza di eventuali vacanze e carenze organiche utili ai fini dell'assegnazione richiesta.

Una tale verifica non è stata svolta dall'A.T. di Agrigento e, se svolta, non ha certamente tenuto conto di tutti i posti effettivamente sussistenti **al momento della domanda**, essendo documentata la sussistenza di **decine di posti** in provincia di Agrigento (all. 7-10) e di Caltanissetta (all. 11-14), vacanti sia per un intero triennio, che per una sua frazione.

Vacante e disponibile alla data della domanda, infatti, era certamente il posto presso la “Casa Circondariale Di Lorenzo” di Agrigento (cod. sc: AGEE714013). Tale posto, già sussistente fin dal 25.7.2022 in quanto riservato alle immissioni in ruolo (v. all. 7) e, poi, assegnato alla stipula di contratti a tempo determinato per supplenza “ANNUALE”, giusto provvedimento prot. 12547 del 16.09.2022 (all. 10), in ragione della sua scadenza (31 agosto), deve considerarsi per certo vacante e disponibile e, dunque, utile ai fini dell'assegnazione richiesta dalla ricorrente.

Infatti, ai sensi dell'art. 4, co. 1 e 2, della L. n. 124 del 1999, recante disposizioni in materia di supplenze: “1. *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.* 2. *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario*”.

La Suprema Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, con Sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016, ha più chiaramente affermato che: “Le supplenze annuali (c. 1), cosiddette su “organico di diritto”, riguardano posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto): si tratta di posti che risultano effettivamente vacanti



entro la data del 31 dicembre e che rimarranno scoperti per l'intero anno, perché relativi a sedi disagiate o comunque di scarso gradimento, per i quali non vi siano domande di assegnazione da parte del personale di ruolo. La scopertura di questi posti si manifesta solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, assegnazione provvisoria, utilizzazione del personale soprannumerario e immissioni in ruolo, mediante assegnazione delle supplenze.”

In questo senso, proprio nella medesima fattispecie, si veda anche **Tribunale di Monza, ord. 5991/21 dell'1.12.2021, G.D.L. Sommariva, e Tribunale di Brescia, ord. del 16.12.2020, RG. 1937/20**, che si producono.

Parimenti utili ai fini dell'assegnazione temporanea, devono ritenersi i posti destinati alle assegnazioni provvisorie (v. all. 8-9 e 12-13), che, stante la durata annuale del beneficio (fino al 31.8.2023), ricadono nella stessa fattispecie appena esaminata, cui si fa espresso rinvio.

Lo stesso dicasi per i posti riservati alle immissioni in ruolo. Come correttamente rilevato dal **Tribunale di Venezia con sentenza n. 300 del 28.4.2022, R.G. 1660/21** (all. 33), infatti, detti posti debbono ritenersi “vacanti e disponibili”, poiché si tratta “*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”*.

Ma non è tutto.

Abbiamo infatti rilevato che la ricorrente, con domanda di agosto 2022, ha anche richiesto il beneficio “in caso di indisponibilità di posti per un triennio continuativo, “...in modo frazionato”...”).

Ebbene, secondo l'orientamento espresso in materia di assegnazione ex art. 42 bis cit. da autorevole Giurisprudenza, anche i posti “temporaneamente” vacanti e disponibili (quelli che, nel nostro caso, sono stati destinati alla stipula dei contratti a tempo determinato aventi durata fino al 30 giugno, v. all. 10) devono considerarsi utili per l'assegnazione *de qua* laddove l'accesso al beneficio si stato richiesto “*anche in modo frazionato*”, come previsto dalla legge.

Il **T.A.R. del Lazio, con ordinanza n. 5998/2021 REG.PROV.CAU. N. 9416/2021 REG.RIC.** (confermata con sentenza non appellata n. 6872/2022, v. all. 29 e all. 30), nell'esaminare il ricorso proposto da un Vigile del Fuoco avverso il diniego dell'assegnazione ex art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, ha infatti 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)”.

Nel confermare la predetta ordinanza, il **Consiglio di Stato, con ordinanza n. 377/2022 REG.PROV.CAU. N. 10245/2021 REG.RIC.** (all. 31), censurando la tesi dell’Amministrazione 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, ne ha rilevata 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”.

Ammesso e non concesso che i posti allegati dalla ricorrente non potessero considerarsi tecnicamente “vacanti e disponibili” (circostanza, invero, smentita documentalmente), pertanto, avrebbero ugualmente potuto utilizzarsi per l’assegnazione ex art. 42 bis della ricorrente in via frazionata, in quanto **conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede.**

Come ancor meglio chiarito dalla **Sentenza n. 6872/2022 con cui il T.A.R. del Lazio** ha confermato l’ordinanza cautelare, infatti: “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.”.

La medesima posizione è stata recentemente assunta dal **Tribunale di Catania che, con ordinanza n. cronol. 1534/2023 del 17.1.2023, resa nel giudizio iscritto a R.G. n. 5159/2022** (all. 32), ha anche rilevato che “Per quanto concerne la nozione di posto



"vacante e disponibile", essa, in rapporto al carattere temporaneo dell'assegnazione ex art. 42 bis, alla possibilità che la stessa possa essere goduta anche in modo frazionato, alle esigenze preminenti di tutela del minore, non richiede necessariamente che vi sia una scopertura in organico definitiva, ma che, anche in via di mero fatto, sussista un posto temporaneamente vacante e disponibile, utile ai fini dell'assegnazione temporanea in questione."

La ricorrente, quindi, alla luce di quanto sin qui espresso, ha dato prova della sussistenza del posto utile ai fini della sua assegnazione in provincia di Agrigento e Caltanissetta.

Pare allora evidente che la verifica della sussistenza del posto vacante e disponibile al momento dalle domande in atti non sia stata svolta né dall'A.T. di Caltanissetta (rimasto silente), né da quello di Agrigento, e, se svolta, non abbia tenuto conto di tutti i posti.

Sono stati infatti esclusi sia quelli destinati alle immissioni in ruolo, alle operazioni di mobilità che quelli destinati alle supplenze annuali del personale non di ruolo, oltre ai posti di *corrispondente posizione retributiva*. Il tutto, si ribadisce, pur avendo la ricorrente richiesto un beneficio al quale il Legislatore ha riservato il massimo rilievo, al punto di limitare il dissenso alla sola ipotesi di sussistenza di **casi o esigenze eccezionali**.

Sul punto, la Giurisprudenza più recente è univoca. Si vedano, *ex plurimis*, tutte in atti:

Tribunale di Cremona, ordinanza n. 1242/2022 del 6.10.2022, RG. 427/2022: *"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: *"peraltro, 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: *"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).”.

Quanto sopra, si badi, senza inversione degli oneri probatori, incombendo sulla P.A. l'onere di provare l'insussistenza del posto con la produzione di un prospetto dei posti disponibili all'inizio dell'anno scolastico e con la prova della loro copertura.

Va infatti rilevato che l'onere della prova è ripartito tra le parti in modo che l'attore debba provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e il convenuto quelli modificativi, impeditivi o estintivi. I fatti costitutivi del diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/2001 sono pacificamente rappresentati dai presupposti soggettivi previsti dalla norma, nel qual caso tutti documentalmente provati (l'essere dipendente pubblico con contratto a tempo indeterminato; l'essere genitore di un bambino di età inferiore a tre anni; l'essere in possesso della professionalità corrispondente al posto da ricoprire; che l'altro genitore del bambino svolga attività lavorativa nella provincia o Regione in cui si chiede il ricongiungimento). L'insussistenza del posto, invece, si configura come fatto impeditivo del diritto all'assegnazione, come causa della sua esclusione (non come fatto costitutivo negativo), ragion per cui, l'onere di provare la sussistenza dell'impedimento oggettivo sotteso al rigetto della domanda grava sul datore di lavoro ai sensi dell'articolo 2697 c.c., co. 2.

L'onere della prova, altresì, incombe su parte datoriale anche in ragione “*del principio – riconducibile all'art. 24, Cost. e al divieto di interpretare la Legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente, ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa*” (Cass. Civ., sent. 20484/2008).

Porre a carico del lavoratore l'onere di provare l'insussistenza del posto, significherebbe gravarlo di un onere eccessivamente gravoso che finirebbe per impedirgli, di fatto, l'esercizio dell'azione. Come è di immediata apprezzabilità, una tale scelta sarebbe in palese violazione del principio di vicinanza alla prova (ormai pacificamente ribadito da anni dalla stessa Corte di Cassazione⁸), in chiaro contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 della CEDU, essendo improponibile

⁸ *Ex multis*: Cass. civ. Sez. III, 31/03/2016, n. 6209 (rv. 639386); Cass. civ. Sez. III, 25/03/2016, n. 5961 (rv. 639331); Cass. civ. Sez. V, 09/03/2016, n. 4623; Cass. civ. Sez. lavoro, 14/01/2016, n. 486 (rv. 638521); Cass. civ. Sez. V, 02/12/2015, n. 24492.



che il lavoratore possa essere in grado di portare nel giudizio, talvolta anche d'urgenza, i dati di fatto utili a conoscere la sussistenza o a valutare la vacanza o meno del posto di lavoro, peraltro in una struttura macroeconomica nazionale, retta da una normativa complessa ed intricata, come quella scolastica, predisposta dallo stesso datore di lavoro e sconosciuta al docente.

In materia di oneri probatori e di principio di vicinanza alla prova, infatti, la **Corte di Cassazione, Civile, Sez. Lav., sentenza 20484/2008**, ha da tempo rilevato che *“La ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio – riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa.”*⁹

La citata pronuncia ha trovato applicazione, per quel che maggiormente qui interessa e rileva, anche in riferimento all'ipotesi di assegnazione del posto di lavoro. **Cassazione Civile, Sezione Lavoro, con sentenza n. 15406/2009**, ha infatti ribadito che *“In tema di riparto dell'onere della prova in ordine alla richiesta del lavoratore di promozione automatica ai sensi dell'art. 2103, cod. civ., grava sul datore di lavoro la prova che il lavoratore sostituito aveva diritto alla conservazione del posto, dovendosi ritenere che tale fatto abbia carattere impeditivo e non costitutivo negativo, in quanto previsto come causa di esclusione del diritto all'assegnazione definitiva per insussistenza della vacanza del posto e rispondendo la suddetta ripartizione dell'onere probatorio - attesa la piena disponibilità e prossimità della circostanza solamente in capo al datore di lavoro - alla finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore”*.

Tirando le fila del discorso, pare evidente che il rifiuto immotivato opposto dal M.I., sia illegittimo e del tutto avulso dalla *ratio* della disposizione invocata, **non potendosi rilevare, nel caso concreto, l'espressione di un dissenso che, a seguito della novella introdotta all'art. 42 bis dalla L. 124/2015, avrebbe dovuto essere motivato limitatamente a “casi o esigenze eccezionali”**, che non possono coincidere con il regolare corso delle operazioni di mobilità o con la necessità di copertura delle sedi secondo le disposizioni della contrattazione collettiva, corpo normativo di rango inferiore, inderogabile in *peius* ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.lgs. 151/2001.

⁹ Conforme a Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, Sentenza 17 aprile 2012, n. 6008; Trib. di Monza, Ord. 3124/10 del 20/12/2010 in atti, quest'ultima su questione identica.



Merita infatti rilevare che il bene tutelato dall'art. 42 bis del D.lgs. 151/01 non è certo quello di garantire ai genitori del minore la sede di lavoro nel luogo ove lavora l'altro genitore per tre anni, bensì quello di salvaguardare l'integrità psico fisica del minore in tenera età.

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

Contrasta, infatti, 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 della citata disposizione di legge.

La motivazione data dal MIUR, collide 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.**

Peraltro, la motivazione addotta dal MIUR nella presente fattispecie collide:

- 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.

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.



Se è vero, infatti, che l'accoglimento dell'istanza avrebbe comportato la permanenza della ricorrente nella provincia di Agrigento o, in subordine, di Caltanissetta *“per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”* o, in via minimale, almeno per un anno o sua frazione (alla luce della richiesta di fruizione del beneficio *“anche in modo frazionato”*), non v'è chi non veda come l'immotivato diniego sia immediatamente idoneo a comprimere il diritto all'unità familiare e ad impedire obiettivamente alla ricorrente di prestare la dovuta assistenza al proprio figlio!

L'allontanamento della ricorrente dal bambino, sostanzialmente per l'intera giornata, rende assolutamente urgente un provvedimento di assegnazione in uno dei comuni richiesti, ove sussisteva disponibilità del posto al momento della sua presentazione.

Considerata infatti la distanza di circa 150 km tra il comune di residenza (██████) e quello di servizio (Palermo), i tempi di percorrenza in auto di circa 2h30 (all. 26) e l'orario di servizio con gli alunni, dalle 8:00 alle 14:00 quasi ogni giorno (all. 27), non v'è chi non veda come la ricorrente sia costretta a ritmi inconciliabili con la necessità di assicurare alla propria prole l'accudimento di cui questa ha bisogno, dovendo mettersi in viaggio per Palermo ogni giorno dalle ore 5:15 ca. del mattino, per rientrare a Favara non prima delle 16:45 ca.

Questo, però, solo nei giorni in cui l'attività lavorativa si esaurisca con il servizio in classe con gli alunni.

Ma l'orario dell'insegnamento è altra cosa rispetto all'orario di lavoro (la durata della prestazione lavorativa), che comprende tutta una serie di attività relative al profilo professionale e alla specifica mansione. Ed infatti, oltre alle ore di lezione, la deducente è tenuta a svolgere tutte quelle attività richiamate dall'art. 29 CCNL, per un totale complessivo fino a 40 ore settimanali, partecipando a riunioni del collegio, di programmazione (coordinamento per materia, dipartimento, ecc.), di informazione alle famiglie dei risultati degli scrutini, e fino a 40 ore ulteriori per la partecipazione ai Consigli di classe, interclasse e intersezione, riunioni con i genitori, ecc. (all. 28).

Non v'è dubbio pertanto che i gli impegni didattici ed extra-didattici che la ricorrente avrà nel corso dell'anno scolastico, certamente tali da non consentirle, se non per uno/due giorni a settimana, il rientro in famiglia prima delle 21:30 circa, dovendo trattenersi a scuola anche fino alle ore 18:00 per le anzidette attività.

Questo è il rapporto con la famiglia cui è destinato il minore in caso di diniego della cautela, salvo il ricorso all'aspettativa non retribuita, con conseguente ingente danno patrimoniale determinato dalla rinuncia al proprio stipendio.

Come di evidenza, allora, tale stato comporta la palese compromissione del diritto all'unità familiare e del diritto - dovere di assistenza dei figli.

In considerazione della ratio sottesa all'istituto [consentire l'avvicinamento del pubblico dipendente alla casa familiare, predisponendo una tutela forte a presidio di valori



costituzionali quali il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 29 Cost.), meritevole di provvidenze anche di tipo economico per l'adempimento dei compiti del nucleo familiare (art. 31 Cost.), la maternità e l'infanzia (art. 31 co. 2 Cost.)), v'è dunque il concreto pericolo, che può essere scongiurato solo dalla presente azione, che *"... i tempi di un giudizio di merito possano significativamente incidere sulla fruizione del beneficio, almeno riducendone considerevolmente la durata, ed in ogni caso differendone la fruizione oltre la delicata fase dei primi anni di vita del bambino, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre in ogni momento della vita quotidiana e corrispondentemente maggiore l'impegno materno – specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di un'attività lavorativa svolta fuori sede – sì da far apparire non suscettibile di riparazione economica il connesso pregiudizio"*.

Si consideri, infatti, che la volontà del Legislatore è stata quella 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 (a seconda, ovviamente, del momento in cui sarà presentata la domanda, nel senso che, se presentata un giorno prima del compimento del tre anni, il beneficio potrà godersi fino alla soglia dei sei), come desumibile dal fatto che la norma prevede sia il limite massimo entro cui può presentarsi 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"*].

Il solo differimento della fruizione del beneficio ad uno, due o forse più anni e, quindi, all'esito del giudizio di merito, vanificherebbe del tutto le intenzioni poste dal Legislatore alla base della norma per come è stata concepita.

L'unico strumento idoneo a tutelare la situazione dedotta in giudizio, dunque, è la 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, esso 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.

Non v'è dubbio, allora, sulla necessità dell'intervento urgente del Giudice posto che l'iter che conduce all'evento dannoso è già direttamente ed univocamente preparato dall'implicito rigetto dell'istanza.

*** * ***

Tutto ciò premesso, la ricorrente, come sopra rappresentata, domiciliata e difesa, ricorre all'Ill.mo Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro per sentir accogliere le seguenti



CONCLUSIONI

Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, ai sensi degli artt. 409 e ss. c.p.c., 669 bis e 700 c.p.c., previ accertamenti e dichiarazioni occorrente e, ove occorra, previa disapplicazione del “C.C.N.I. *concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed a.t.a. per il triennio 2019/20, 2020/21 e 2021/22*” dell'8.7.2020, prorogato anche per l'a.s. 2022/23, nella parte in cui deroga *in peius* all'art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, nonché di tutti gli atti, *infra* menzionati e non, anche di contenuto ignoto, in contrasto col D.lgs. 151/2001, *contrariis reiectis*:

In via cautelare e nel merito:

- **in via preordinata**, **accertare** e **dichiarare** l'illegittimità delle deroghe *in peius* all'art. 42 bis D.Lgs. 151/01 disposte dal C.C.N.I. dell'8.7.2020, prorogato anche per l'a.s. 2022/23, e il diritto della ricorrente di fruire, ai sensi del combinato disposto degli art. 42 bis D.Lgs. 151/2001 e 8, pt. IV, lett. l) del CCNI dell'8.7.2020, dell'assegnazione per un triennio in provincia di Agrigento, limitatamente ai comuni di *Favara, Agrigento, Canicattì, Porto Empedocle, Racalmuto, Grotte, Naro, Palma di Montechiaro, Licata, Aragona e Raffadali*;
- per l'effetto, **ordinare e/o condannare** il Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, a disporre l'assegnazione della Ricorrente in provincia di Agrigento, limitatamente ai comuni di *Favara, Agrigento, Canicattì, Porto Empedocle, Racalmuto, Grotte, Naro, Palma di Montechiaro, Licata, Aragona e Raffadali*, per un triennio solare, ove occorra anche in soprannumero in caso di attuale insussistenza di posti per causa non imputabile alla ricorrente;
- **in via subordinata**, **accertare** e **dichiarare** l'illegittimità delle deroghe *in peius* all'art. 42 bis D.Lgs. 151/01 disposte dal CCNI dell'8.7.2020 prorogato anche per l'a.s. 2022/23, e il diritto della ricorrente di fruire, ai sensi del combinato disposto degli art. 42 bis D.Lgs. 151/2001 e 8, pt. IV, lett. l) del CCNI dell'8.7.2020, dell'assegnazione per un triennio in provincia di Caltanissetta limitatamente ai comuni di *Caltanissetta, San Cataldo, Serradifalco*;
- per l'effetto, **ordinare e/o condannare** il Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, a disporre l'assegnazione della Ricorrente in provincia di Caltanissetta, limitatamente ai comuni di *Caltanissetta, San Cataldo, Serradifalco*, per un triennio solare, ove occorra anche in soprannumero in caso di attuale insussistenza di posti per causa non imputabile alla ricorrente;
- **in ogni caso**, con vittoria di spese e competenze di lite, con distrazione.

Si riserva ogni istanza istruttoria in ragione delle difese del convenuto Ministero e, all'esito, ogni ulteriore azione, anche di risarcimento del danno.



Ai fini della determinazione del C.U. si dichiara che la presente controversia ha valore indeterminabile ed è soggetta al pagamento del C.U. in misura pari ad € 259,00.

In via istruttoria si producono i seguenti documenti:

1. 1.1: Attestazione attività lavorativa della Ricorrente; 1.2: attestazione abilitazione all'insegnamento nella scuola dell'infanzia – diploma magistrale; 1.3 Certificato di stato di famiglia e estratto per riassunto dei registri degli atti di nascita; 1.4: attestazione dell'attività lavorativa del padre del bambino;
2. Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per gli anni scolastici relativi al triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25 sottoscritto il 18/05/2022;
3. C.C.N.I. per gli aa.ss. 2019/20, 2020/21 e 2021/22 dell'8.7.2020 dell'8.7.2020, pubblicato con prot. 18134 del 9.7.2020, prorogato anche per l'a.s. 2022/23 con nota prot. n. 23439 del 17.6.2022;
4. Domanda di assegnazione provvisoria interprovinciale del 4.7.2022;
5. Domanda di assegnazione ex art. 42 bis del 9/8/2022;
6. Rigetto A.T. di Agrigento, nota prot. n. 10517 dell'11.8.2022;
7. Pubblicazione del 25.07.2022 dell'A.T. di Agrigento, posti vacanti e disponibili di scuola primaria e dell'infanzia riservati alle immissioni in ruolo;
8. Nota prot. 9623 del 29.07.2022 dell'A.T. di Agrigento, posti vacanti e disponibili di scuola primaria e dell'infanzia riservati alle assegnazioni provvisorie provinciali (anche in cartella zippata contenente i documenti integrali in formato *excel*);
9. Nota prot. 10125 del 4.08.2022 dell'A.T. di Agrigento attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola primaria e dell'infanzia riservati alle assegnazioni provvisorie interprovinciali (anche in cartella zippata contenente i documenti integrali in formato *excel*);
10. Nota prot. n. 12547 del 16.09.2022 dell'A.T. di Agrigento attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola primaria e dell'infanzia riservati alla stipula di contratti a tempo determinato;
11. Nota prot. 12911 del 22.07.2022 dell'A.T. di Caltanissetta – Enna attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola primaria riservati alle immissioni in ruolo;
12. Nota prot. n. 13662 del 2.08.2022 dell'A.T. di Caltanissetta attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola primaria riservati alle assegnazioni provvisorie provinciali (anche in cartella zippata contenente i documenti integrali in formato *excel*);
13. Nota prot. n. 15131 del 10.08.2022 dell'A.T. di Caltanissetta attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola primaria riservati alle assegnazioni provvisorie interprovinciali;
14. Nota prot. 13623 del 2.8.2022 014 dell'A.T. di Caltanissetta attestante la vacanza e disponibilità di posti di scuola dell'infanzia riservati alle assegnazioni provvisorie interprovinciali;
15. Ordinanza del Tribunale di Marsala dell'8.11.2022, GdL Cinzia Immordino;



16. ordinanza del Tribunale di Termini Imerese del 2.12.2020, G.d.l. C. Gagliano;
17. Ordinanza del Tribunale di Catania del 5.5.2020, GDL Cutrona;
18. Sentenza del Tribunale di Palermo n. 1452 del 4.6.2020, GDL Marino;
19. Ordinanza del Tribunale di Palermo del 20.08.2019, GDL Tango;
20. Ordinanza del Tribunale di Milano dell'11.12.2017, GDL Tomasi;
21. Ordinanza del Tribunale di Foggia del 15.11.2017, GDL Simonelli;
22. Ordinanza collegiale del Tribunale di Vicenza del 7.6.2018, Presidente Relatore Campo;
23. Ordinanza del Tribunale di Vicenza del 6.03.2018, GDL Talamo;
24. Decreti n. 4615 del 15.9.2020 e n. 3669 dell'11.9.2018 dell'A.T. di Siena;
25. Nota prot. n. 6090 del 17.05.2022 dell'A.T. di Agrigento;
26. Progressiva chilometrica Favara/Palermo tratto da www.viamichelin.it;
27. Orario di classe a.s. 2022/23 della ricorrente presso l'I.C. "Rosilino Pilo";
28. Piano annuale delle attività funzionali;
29. TAR Lazio - ord. 5998/2021, reg. ric. 9416/2021;
30. TAR Lazio - sent. 6872 del 27.5.2022;
31. Consiglio di Stato - ord. 377/22, reg. ric. 10245/2021;
32. Tribunale di Catania - ord. 1534/2023, RG 9159/2022;
33. T. di Venezia, Sent. 300/2022, RG 1660/2021.

Salvezze illimitate.

Copertino (Le), lì 20 gennaio 2023

AVV. GIANCARLO VISCIGLIO

