

Tribunale di Messina – Sezione Lavoro

Ricorso ex art. 414 c.p.c. con richiesta di fissazione a breve termine RICORRENTE:

Dott.ssa GENOVESE Domenica, , rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Chiara Isgrò (C.F.: SGRMCH79H66G377V) del Foro di Barcellona P.G. (ME), elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio presso l'indirizzo PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it, in virtù di mandato redatto su foglio separato allegato al presente atto.

CONTRO

RESISTENTI: 1) **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO**, in persona del Ministro *pro-tempore*, 2) **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA**, in persona del Direttore *pro tempore*, 3) **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI PISTOIA**, in persona del Direttore *pro-tempore*, 4) **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA** in persona del Direttore *pro tempore*, 3) **AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI MESSINA** in persona del Direttore *pro-tempore*: *tempore*: tutti domiciliati *ex lege*, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina via dei Mille is. 221 n.65 – Messina;

PREMESSO

La ricorrente quale personale DSGA – è titolare presso l'I.C. Statale “B. Sestini” di Pistoia, facente parte dell'Ambito Territoriale della Provincia di Pistoia (**Doc.1**), in assegnazione provvisoria, per il corrente anno scolastico 2022-23, presso l'Istituto Istruzione Superiore “Maurolico” di Messina (**Doc.2**).

La stessa è, altresì, residente con la famiglia in Sicilia e precisamente in Villafranca Tirrena (ME) (si allega certificato di residenza e stato di famiglia – **Doc.3**) ed il proprio nucleo familiare è composto oltre che dalla medesima, dal marito Sig. Sergi Antonino e dai figli, di cui il piccolo Sergi Alberto (nato a Messina il 03.07.2020) di due anni di età.

In concomitanza alle operazioni di mobilità annuale per l'anno scolastico 2022-2023 la ricorrente, con comunicazione del 20.07.2022 (**Doc.4**), inviata via PEC a firma anche del sottoscritto avvocato, **ha inoltrato domanda di assegnazione temporanea di durata triennale (ai sensi dell'art. 42 bis**



D. Lsg. 151/2001), chiedendo agli A.A. TT. di Messina e Pistoia di essere assegnata ad una sede di servizio ubicata nella Provincia di Messina, al fine di tutelare e garantire la crescita del minore (di appena due anni), senza ottenere alcun riscontro.

Purtroppo, tanto nella domanda di mobilità che in quella di assegnazione provvisoria, non è prevista materialmente la possibilità di inserire il suindicato beneficio (art. 42 bis del decreto legislativo 151/2001) e, quindi, di potere godere dell'assegnazione temporanea.

Ed ancora, nonostante il riconoscimento del beneficio previsto per l'assegnazione provvisoria, la mancata assegnazione temporanea ex art. 42 bis D. Lgs 151/01, nonché la mancanza di qualsivoglia motivazione da parte della P.A. sono da ritenersi illegittime, viziate e gravemente irregolari e devono, pertanto, essere annullate / dichiarate nulle e revocate per i seguenti

MOTIVI

ILLEGITTIMA MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 42 bis E 45 DEL D. L. 151/2001 E MANCATO RICONOSCIMENTO DELLA POSSIBILITÀ DI OTTENERE LA C.D. "assegnazione temporanea"

Il **Decreto Legislativo n. 151/2001**, denominato “Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità”, disciplina “*i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità*” e prevede un complesso di norme a tutela e sostegno della famiglia.

In particolare, tra le norme più importanti rientra certamente quella contenuta nell'**art. 42 bis** in cui il Legislatore, recependo le direttive comunitarie dirette a tutelare l'istituto della famiglia, ha previsto che: “*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*



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgro

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536

e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

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.”.

L'art. 42 bis D.lgs. n. 151/2001 mira, quindi, a tutelare i valori inerenti la famiglia ed, in particolare, la cura dei figli minori in tenerissima età, assicurati dagli art. 29, 30, 31 e 37 della Costituzione.

La norma ha la finalità di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, garantendo, in tal modo, la massima unità familiare.

L'unico limite posto è quello delle esigenze organizzative e funzionali della P.A., nella parte in cui tale previsione pone quale condizione di applicabilità del beneficio la “... *sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*”.

Il richiamo della norma alle “amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni” dispone che di tale beneficio ne possano godere i dipendenti della P. A, tra i quali i docenti.

Sostanzialmente, l'assegnazione temporanea disciplinata dall'art. 42 bis del D. Lgs. 151/01 può essere chiesta in presenza dei seguenti presupposti:

1. essere dipendente a tempo indeterminato di una P.A.;
2. essere genitore di un bambino di età inferiore a tre anni e avanzare l'istanza prima del compimento del terzo anno di vita del figlio;
3. essere in possesso della professionalità corrispondente al posto da ricoprire (ad es., l'insegnante abilitata all'insegnamento nella scuola dell'infanzia, non potrà richiedere l'assegnazione temporanea nella scuola primaria).



Secondo la Giurisprudenza dominante, l'art. 42 bis - con l'unico limite obiettivo della disponibilità di posti ed in presenza degli specifici requisiti soggettivi - configura in capo al lavoratore richiedente un diritto soggettivo non assoluto e incompressibile, ovvero, "*diritto condizionato*", quello che la giurisprudenza amministrativa in materia qualifica come "interesse legittimo" cedevole di fronte a riconosciute superiori esigenze organizzative dell'Amministrazione, identificabili con il buon andamento del servizio.

A ciò si aggiunga che la norma è stata recentemente oggetto di importantissima modifica che rende ancora più ristretto lo *spatium deliberandi* del dissenso che la P.A. può opporre rispetto all'assegnazione temporanea.

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

Nel caso in questione, non è stato reso alcun riscontro, né dissenso motivato!

Per quanto riguarda, invece, i posti vacanti e disponibili sono quelli su cui manca un titolare e che vengono destinati, in prima battuta, alle immissioni in ruolo, ma che, se non coperti, possono essere destinati ai trasferimenti, utilizzazioni o assegnazioni provvisorie.

I posti di organico di diritto che avanzano dopo le operazioni di trasferimento o immissioni in ruolo possono essere coperti sia con le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie sia con le supplenze fino al 31 agosto.

Nel caso in esame:

A) Con decreto prot. n. 10684 del 20.05.2022 (**Doc.5**) avente ad oggetto: "*mobilità in organico di diritto del personale ATA a.s. 2022-23- pubblicazione dei posti disponibili prima dei trasferimenti*" (**Doc.6**), l'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina ha pubblicato i posti disponibili prima dei trasferimenti suddivisi per ciascun profilo;



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536

e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

nello specifico, per il profilo DSGA, è prevista la seguente disponibilità:

- 1) Presso l'I.C. Capizzi Cesarò – Capizzi, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 2) Presso l'Istituto Tusa di Tusa, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 3) Presso l'Istituto “Lipari” di Lipari, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 4) Presso l'Istituto “Isole Eolie” di Lipari, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 5) Presso l'Istituto “n. 15 Me – Vittorini” di Messina, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 6) Presso l'Istituto “Acquedolci” di Acquedolci, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 7) Presso l'Istituto C. “Giardini” di Giardini Naxos, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 8) Presso l'Istituto “Tommaso Aversa” di Mistretta, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 9) Presso l'Istituto “Longi” di Longi, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 10) Presso l'Istituto “San Filippo del Mela” di San Filippo del Mela, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 11) Presso l'Istituto “Santo Stefano Camastra” di Santo Stefano di Camastra, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 12) Presso l'Istituto “Terme Vigliatore” di Terme Vigliatore, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 13) Presso l'Istituto Comprensivo “N.12 Battisti – Foscolo” di Messina, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 14) Presso l'Istituto N.2 “Marconi” di S. Agata Militello, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 15) Presso l'Istituto Comprensivo “N. 1 Tortorici” di Tortorici, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 16) Presso l'Istituto S. “Mistretta – Manzoni” di Mistretta, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 17) Presso l'Istituto “Maurolico” di Messina, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 18) Presso l'Istituto T.S.S. “Pugliatti” di Taormina, vi è una disponibilità di n. 1 posto;
- 19) Presso l'Istituto T.E.T. “G. Tomasi di Lampedusa” di Sant’Agata di Militello, vi è una disponibilità di n. 1 posto;



B) Successivamente, in data 31.05.2022 con decreto prot. n. 11448 (**Doc.7**) l'Ufficio Scolastico di Messina ha pubblicato il bollettino dei movimenti relativo al personale ATA anno scolastico 2022-2023 (**Doc.8**), dal quale risulta, sempre per il profilo DSGA, nessun trasferimento interprovinciale, ma solo n.2 trasferimenti provinciali e precisamente:

- 1) trasferimento provinciale Cavallaro Rosaria, Terme Vigliatore, con uscita dall'Istituto D'Alcontres di Barcellona P.G.;
 - 2) trasferimento provinciale Patti Sebastiano, Tusa, con uscita dalla Provincia di Messina.
- ed ancora nessun movimento in uscita risulta dal bollettino trasferimenti interprovinciali "*in uscita*" (**Doc.9**).

Ne deriva che delle n.19 scuole / disponibilità indicate al superiore punto A), solo due scuole sono state assegnate ai trasferimenti (provinciali), **con la conseguenza che le restanti n. 17 scuole possono essere considerate come posti vacanti e disponibili e, quindi, destinati alla Dott.ssa Genovese.**

Ma vi è più.

C) Sempre successivamente ai trasferimenti, ma contestualmente alla pubblicazione degli elenchi del personale ATA che ha ottenuto l'utilizzazione e l'assegnazione **provvisoria provinciale** per l'a.s. 2022-23, avvenuta in data 09.08.2022 con decreto 18055 (**Doc.10**), l'USP di Messina ha pubblicato, un file in excel denominato "posti disponibili per la mobilità annuale" (**Doc.11**).

Analizzando quest'ultimo prospetto risulterebbero disponibilità (n. 1 unità di personale per singola scuola) in ben 20 scuole facenti parte tutte della Provincia di Messina:

trattasi delle stesse (n.17) scuole indicate al superiore punto A) (esclusa la Scuola di Tusa e quella di Terme Vigliatore, in quanto destinate ai trasferimenti provinciali), oltre alle scuole:

- 1) IC D'Alcontres di Barcellona P.G.;
- 2) IC Pascoli – Crispi di Messina;
- 3) Istituto "Sequenza" – Messina di Messina;



Ed ancora, dall'analisi del prospetto delle “**assegnazioni provvisorie provinciali**” pubblicato dall'USP di Messina il 09.08.2022 (**Doc.12**), contestualmente al suindicato decreto (cfr. Doc.9), risulta (per il profilo DSGA) solo n. 1 movimento provinciale e precisamente quello della dottoressa La Macchia Francesca che ha ottenuto l'assegnazione presso l'I.C. “D'Alcontres” di Barcellona P.G., **con la conseguenza che possono essere considerati vacanti e disponibili i posti nelle restanti 19 scuole facenti parte della provincia di Messina.**

D) Con decreto del 24.08.2022 prot. n. 18853 (**Doc.13**), l'USP di Messina ha pubblicato il file delle “**assegnazioni provvisorie interprovinciali**” (profilo DSGA – **Doc.14 pag.1**):

dalla disamina di quest'ultimo file (contenente i movimenti dei singoli funzionari con assegnazioni delle sedi scolastiche) si evince che sono state assegnate le seguenti sedi scolastiche:

- I C. “Giardini” alla Dott.ssa Riggio Claudia;
- IC “Battisti – Foscolo” di Messina alla Dott.ssa Puglisi Clelia;
- IIS “Maurolico” di Messina alla ricorrente;
- IC “Lipari” alla Dott.ssa Rando Susanna;
- IC “Vittorini” di Messina alla Dott.ssa Romeo Sabina;
- IC “Tortorici” alla Dott.ssa Saggio Iolanda;
- IIS “Pugliatti” di Taormina alla Dott.sa Principato Maria Angela;
- IIS “Sequenza” di Messina alla Dott.ssa Colafati Francesca;
- IC “Pascoli – Crispi” di Messina alla Dott.ssa Iannello Alessia;
- IC “E. Drago” di Messina alla Dott.ssa Gasparo Adriana;

Ed ancora, confrontando quest'ultimo file con il prospetto iniziale delle “*disponibilità dei posti per la mobilità annuale*” (cfr. Doc.6), **residuano dei posti liberi e, quindi, vacanti e disponibili nelle seguenti scuole:**

- 1) Presso l'I.C. Capizzi Cesarò – Capizzi;**
- 2) Presso l'Istituto “Lipari” di Lipari;**



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536

e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

- 3) Presso l'Istituto "Acquedolci" di Acquedolci;**
- 4) Presso l'Istituto "Tommaso Aversa" di Mistretta;**
- 5) Presso l'Istituto "Longi" di Longi;**
- 6) Presso l'Istituto "San Filippo del Mela" di San Filippo del Mela;**
- 7) Presso l'Istituto "Santo Stefano Camastra" di Santo Stefano di Camastra;**
- 8) Presso l'Istituto N.2 "Marconi" di S. Agata Militello;**
- 9) Presso l'Istituto S. "Mistretta – Manzoni" di Mistretta;**
- 10) Presso l'Istituto T.E.T. "G. Tomasi di Lampedusa" di Sant'Agata di Militello;**

E' evidente che trattasi quest'ultimi di posti che non sono stati destinati alle assegnazioni o utilizzazioni e di cui l'amministrazione poteva disporre.

Alla luce di quanto illustrato ai superiori punti A), B), C) e D), si ritiene che la ricorrente abbia fornito la prova circa la presenza di posti vacanti e disponibili nelle scuole facenti parte della Provincia di Messina.

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

La ricorrente, pertanto, ha il diritto di vedere riconosciuto il proprio diritto alla "assegnazione temporanea" ai sensi della normativa vigente e di essere assegnata temporaneamente, per il periodo di tre anni, presso la sede richiesta, ovvero presso la Provincia di Messina, dove esiste il proprio nucleo familiare.

La giurisprudenza e la dottrina sono conformi nel ritenere che le ragioni di ricongiungimento familiare e le motivazioni poste alla base della domanda di assegnazione temporanea sono prevalenti rispetto alle esigenze di servizio della pubblica amministrazione.



Ciascun docente -- genitore con figli minori fino a tre anni e per un periodo della durata complessiva non superiore a tre anni -- oltre alla domanda di "assegnazione provvisoria", ha diritto a presentare un'ulteriore diversa domanda c.d. di "assegnazione temporanea" ed avvalersi così della "priorità – precedenza" prevista dalla normativa di cui al D.Lgs. 151/2001.

In realtà, detta "precedenza" non è contemplata né in occasione della c.d. mobilità e nemmeno nella successiva fase della c.d. "assegnazione provvisoria" per l'anno scolastico 2022/2023.

Tuttavia, i diversi tribunali investiti della questione in maniera conforme hanno ormai definitivamente sancito il diritto del docente con figli di età inferiore a tre anni, ai sensi e per gli effetti dell'art. 42bis D.lgs. 151/01, di godere della c.d. "assegnazione temporanea" per un periodo della durata complessiva non superiore a tre anni, presso 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 di destinazione.

Tra le più recenti pronunce si evidenzia quella di codesto **Tribunale adito Giudice Dott.ssa Bellino (Doc.15), che, con sentenza n. 548 del 10.03.2021**, ha espressamente riconosciuto *"il diritto all'assegnazione provvisoria di cui all'art. 42 bis d. Lgs 151/01 presso una sede di servizio ubicata presso il Comune di Misilmeri con conseguente condanna del MIUR a provvedere a tale assegnazione"*.

Il Giudice motiva la sentenza statuendo quanto segue: *"Orbene come evidenziato nella sentenza n. 2087/2019 del Tribunale di Catania che si condivide la norma è volta a tutelare l'unità familiare, l'esercizio delle funzioni genitoriali e il diritto dei fanciulli in tenera età di ricevere cura ed assistenza materiale affettiva da parte di entrambi i genitori. Come emerge dal tenore letterale della disposizione, al fine di contemperare tale valore con le esigenze di servizio della P.A. di provenienza, il diritto è subordinato alla sussistenza di due condizioni: che sia presente un posto vacante e disponibile presso l'Amministrazione di destinazione e che la permanenza in servizio nell'originaria sede del dipendente non sia necessaria a garantirne il regolare funzionamento, sicché non sia*



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

*Ora, poiché si è in presenza di una disposizione normativa sopravvenuta, l’art. 42 bis riportato è da ritenersi applicabile, in assenza di una disposizione escludente dalla sua portata applicativa l’ambito scolastico. Ciò premesso occorre, dunque, accertare la sussistenza nel caso di specie delle condizioni necessarie per l’assegnazione temporanea. Dalla documentazione in atti risulta che la ricorrente, docente di scuola primaria, in servizio a Me. presso la scuola “Fraz. Camaro Superiore” ha presentato, in data 9.08.2020, richiesta di assegnazione temporanea presso la sede scolastica di Mi. o presso la provincia di Pa...**Tuttavia né l’ambito territoriale di Pa. né quello di Me. hanno specificato le ragioni del dissenso all’assegnazione temporanea, non riscontrando la domanda.***

Orbene sebbene l’art. 42 bis citato richiede “l’assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione per l’assegnazione temporanea”, tuttavia è espressamente previsto che “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”.

Al riguardo, secondo giurisprudenza di merito che si richiama “l’ente pubblico chiamato a resistere in giudizio avverso una domanda volta ad ottenere il distacco, ai sensi dell’art. 42 bis d.lg. n. 151/2001, è tenuto a dare enunciazione in modo specifico e dettagliato del motivo di diniego e a dimostrare l’insussistenza di posti vacanti e disponibili in organico presso la sede di destinazione.



In caso di soccombenza dell'ente, il Tribunale può disporre il distacco del lavoratore presso la sede desiderata” (Tribunale Milano, sez. lav., 16/04/2014).

Per quanto riguarda le condizioni necessarie per l’assegnazione temporanea, la ricorrente ha inoltre provato la sussistenza “di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva”, come si evince dalla documentazione allegata (v. in particolare all. 3) e non contestato da controparte, presso il comune di Misilmeri. Ha, inoltre, dimostrato, con gli atti depositati, che è madre di una bimba, che al momento della presentazione della domanda aveva età minore di anni tre e che il proprio coniuge, genitore della minore, esercita attività lavorativa a Misilmeri (PA).

Alla luce delle superiori considerazioni va riconosciuto il diritto della ricorrente all’assegnazione temporanea ex art. 42 bis D. Lgs. 151/01 presso una sede di servizio ubicata presso il comune di Misilmeri con conseguente condanna del MI. di provvedere a tale assegnazione temporanea.”

Ed ancora, si richiama la **sentenza n. 34/2021 (Doc.16)**, emessa dal **Tribunale di Bergamo Giudice Dott.ssa Bertoncini nel procedimento R.G. n. 1428/2020**, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto avvocato, con la quale è stato accolto il ricorso di una docente, statuendo che *“Il mancato assolvimento di tale onere probatorio determina l’accoglimento della domanda della ricorrente, stante l’ingiustificatezza del diniego dell’amministrazione, considerato che in base all’art. 42 bis d.lgs. 151/01 l’eventuale dissenso, oltre ad essere motivato, deve essere “limitato a casi o esigenze eccezionali”.*

E poi ancora, il **Tribunale di Pordenone, con Ordinanza del 17.1.2017**, ha condannato il MIUR a disporre l’assegnazione temporanea triennale di un’insegnante nella Regione Sicilia, ai sensi dell’art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001, accogliendo il ricorso d’urgenza con cui la stessa non aveva ottenuto il riconoscimento del diritto ad ottenere il ricongiungimento familiare (cfr. ordinanze del Tribunale di Pordenone 17.1.2017 e del Tribunale di Lanciano del 08.5.2017).

Si richiama, altresì, quanto statuito, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto avvocato avanti al **Tribunale di Barcellona P.G. che, con sentenza del 6.6.2019 n. 339/19 (Doc.17)**, ha disposto



che “la norma primaria è generale e tassativa nella sua struttura e non vi sono elementi per escludere la sua applicazione diretta nel comparto scolastico”.

Ed ancora, in merito alla circostanza sostenuta dal MIUR che, costituendosi in giudizio, ha affermato che “le istanze di assegnazione temporanea vengono discrezionalmente accolte “qualora si accerti la sussistenza di posti vacanti e disponibili dopo le operazioni di mobilità annuale” e solo nei “casi di acclamate esigenze eccezionali” il Giudice con la suindicata sentenza ha disposto che “**la predetta interpretazione implica la sostanziale vanificazione della norma in commento, dovendosi ritenere altamente improbabile che, al termine delle operazioni di mobilità provinciale ed interprovinciali, residuino posti disponibili nell’organico di diritto** (v. così Trib. Termini Imerese 14.2.2018). Infine, contrariamente a quanto sostenuto dal resistente, **l’eccezionalità delle esigenze è presupposto non per concedere l’assegnazione temporanea, bensì per negarla**”.

Nel caso in esame, la ricorrente nella sua istanza ha documentato di essere in possesso di tutti i presupposti previsti dalla legge (essendo assunta a tempo indeterminato, abilitata all’insegnamento ed avendo un figlio di età inferiore a tre anni), ma il M.I.U.R. nonostante la disponibilità dei posti, non ha accolto l’istanza, omettendo persino di comunicare le obbligatorie ragioni del dissenso e/o fornendo motivazioni del tutto generiche.

Sul punto, si richiama quanto statuito, in un caso analogo patrocinato dal sottoscritto avvocato, dal **Tribunale di Chieti che, con ordinanza del 29.11.2017 (Doc.18)**, così ha statuito “*l’assenso e l’eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali e devono essere comunicati entro trenta giorni dalla domanda (cfr. CdS sentenza 1 aprile 2016 n, 1317), secondo la quale, trattandosi di disposizione rivolta a dare protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nella relativa applicazione deve essere, comunque, espressamente detta e congruamente motivata. Non vi è prova in atti, gravante sulle amministrazioni convenute, dell’avvenuta comunicazione da parte dell’ufficio di provenienza, nel termine di legge, di un diniego, congruamente motivato...*”



Dello stesso avviso anche il Tribunale di Biella con sentenza n. 45 del 03.5.2018 ed il Tribunale di Ivrea con sentenza n. 102 del 12.4.2018 (che si allegano **Doc.19** e **Doc. 20**).

Ed ancora, il **Tribunale di Siracusa (ordinanza collegiale del 29.10.2012)** ha evidenziato che *“l’istituto invocato, consentendo l’avvicinamento del pubblico dipendente alla casa familiare, predispone una tutela forte a presidio di valori costituzionali quali il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 29 Cost.), le esigenze proprie del nucleo familiare, meritevole di provvidenze anche di tipo economico per l’adempimento dei propri compiti (art. 31 Cost.), la maternità e l’infanzia (art. 31 comma 2 Cost.). Ciò rende apprezzabile in questa sede il paventato pregiudizio che i tempi di un giudizio di merito possano significativamente incidere sulla funzione del beneficio, almeno riducendone considerevolmente la durata, ed in ogni caso differendone la fruizione oltre la delicata fase dei primi anni di vita del bambino, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre in ogni momento della vita quotidiana e corrispondentemente maggiore l’impegno materno – specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di un’attività lavorativa svolta fuori sede – sì da far apparire non suscettibile di riparazione economica il connesso pregiudizio”*.

In definitiva, la normativa sopra citata tutela i valori inerenti la famiglia (in particolare, mira a tutelare la salute fisico-psichica della lavoratrice madre, preservare la salute del piccolo ed, infine, garantire il diritto del figlio a godere dell’assistenza materiale e affettiva di entrambi i genitori durante i primi anni di vita) garantiti dagli artt. 29, 30, 31 e 37 della Costituzione.

Nel caso di specie, è pacifico che:

- a) Il piccolo Alberto (figlio della ricorrente) è ancora in tenera età;
- b) il papà Sig. Sergi Antonino (nato a Messina il 26.04.1972 e residente in Villafranca Tirrena Via Nazionale n. 158) è un dipendente a tempo indeterminato della Società Fire S.p.A. di Messina, la cui sede contrattuale di lavoro e di svolgimento dell’attività è quella ubicata presso la Filiale di Pace del Mela - Messina (si allega contratto di assunzione **Doc.21**);



- c) la dottoressa Genovese ha presentato all'Ufficio Scolastico Provinciale di Messina domanda di assegnazione temporanea ex art. 42 bis D. Lgs. 151/2001 di durata triennale, che avrebbe dovuto essere sicuramente accolta dall'amministrazione, sussistendo tutte le ragioni di tutela del diritto al ricongiungimento familiare, nell'esclusivo interesse della minore.
- d) L'amministrazione scolastica resistente non ha mai dato alcun riscontro alla predetta istanza: anzi, la stessa - nonostante la sussistenza di tutti i presupposti legislativi e di fatto - ha opposto alla legittima e documentata richiesta della ricorrente soltanto un silenzio-rifiuto.

Per ultimo e sotto altro profilo, occorre rimarcare la **differenza tra il provvedimento di assegnazione provvisoria e quello di assegnazione temporanea.**

Non si tratta semplicemente di una differenza terminologica, ma di istituti diversi sia nei presupposti che nella durata e, pertanto, non può obiettarsi che nel comparto scuola l'unico istituto applicabile sarebbe l'assegnazione provvisoria disciplinata dal CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie.

Invero, l'utilizzazione e l'**assegnazione provvisoria** sono previste per il reimpiego del personale in soprannumero e per favorire la mobilità territoriale di durata annuale, in ragione di specifiche e soggettive condizioni del richiedente, mentre, come si è visto, è totalmente diversa la finalità perseguita dal Legislatore con il citato art. 42 bis.

A fronte di ciò, a nulla rileva che il CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie non abbia recepito il predetto istituto disciplinato con legge.

Invero, l'art.42 bis non mira a 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 e proprio il contemperamento delle esigenze di tutela del fanciullo - sancite dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia - con quelle del buon andamento della P.A. sancite dall'art.97 Cost. e ciò ha imposto l'emanazione della disposizione legislativa in esame.



Né potrebbe altresì sostenersi, che l'istituto dell'assegnazione provvisoria disciplinato dal CCNI darebbe, comunque, attuazione alla disposizione di favore prevista dall'art.42 bis, nemmeno sotto forma di riconoscimento di una mera precedenza ai fini delle assegnazioni provvisorie, in quanto detta lettura si porrebbe **in contrasto insanabile:**

- a) **con l'art.2 della L. 176/91 di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea dei diritti del fanciullo**, che sancisce il divieto di discriminazione e pone una garanzia di tutela per ogni fanciullo sottoposto alla giurisdizione dello Stato;
- b) con l'obbligo assunto ai sensi dell'art.3 della predetta legge di ratifica, 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 dev'essere una condizione preminente”**;
- c) con l'obbligo assunto nell'art.4 della legge di ratifica, che impone allo Stato di adottare, oltre che provvedimenti legislativi, anche gli idonei atti amministrativi, al fine di garantire e dare attuazione alle disposizioni della Convenzione;
- d) con l'obbligo assunto per rendere operativa la previsione di cui all'art. 7, che assicura il diritto del fanciullo ad essere allevato dai genitori e di conoscerli;
- e) 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 alle loro responsabilità di allevare i figli.

In ogni caso, qualora le previsioni di cui al CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie per l'a.s. 2022/23 dovessero ritenersi ostative all'assegnazione temporanea richiesta, in quanto istituto non espressamente richiamato dalle norme pattizie ed il richiamo al solo scopo di riconoscere una semplice precedenza nelle operazioni non dà certo attuazione al dettato dell'art.42 bis, lo stesso dovrebbe ritenersi nullo in parte qua ex art.1418 cod. civ. per contrasto con norma imperativa (l'art.42 bis del D. Lvo 151/2001).



Ora, **poiché si è in presenza di una disposizione normativa sopravvenuta, l'art. 42 bis richiamato è da ritenersi applicabile, in assenza di una disposizione escludente dalla sua portata applicativa l'ambito scolastico.**

Circa l'ambito di operatività dell'art. 42 bis cit., la prevalente giurisprudenza cautelare ha affermato che esso costituisce istituto diverso dall'assegnazione provvisoria di fonte contrattuale - la quale, invece, è diretta a favorire la mobilità territoriale dei dipendenti in funzione delle singole e soggettive condizioni del richiedente - e che è applicabile anche ai casi di mobilità interna alla medesima amministrazione, ivi compresi i docenti dipendenti del MIUR. (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza n. 32285/2016)".

L'assegnazione provvisoria può essere richiesta per **generiche "esigenze di famiglia"**, quali il ricongiungimento al coniuge, o ai genitori, oppure ai figli; recentemente, i benefici di tale istituto sono stati estesi anche in favore del convivente, atteso il riconoscimento giuridico della cosiddetta "famiglia di fatto".

L'assegnazione temporanea, invece, può essere concessa solo **in caso di figli in tenerissima età** (con meno di tre anni) e **qualora il coniuge sia a sua volta dipendente da una pubblica amministrazione.**

Ricorrendo questi particolari presupposti, il dipendente ha diritto ad un complessivo periodo di tre anni (mentre l'assegnazione provvisoria ha la durata massima di un anno) in una sede disponibile nella provincia richiesta o, in mancanza, in un'altra provincia della regione (quando, invece, l'assegnazione provvisoria può essere richiesta solo in una provincia).

Dunque, se da un lato le condizioni per ottenere l'assegnazione temporanea sono più stringenti, è anche vero che i benefici concessi sono più ampi, vista le particolari situazioni che tale istituto intende tutelare (principi costituzionali posti a tutela della famiglia ed in special modo dei minori).

Ed ancora, sotto il profilo normativo:

- a) **L'assegnazione provvisoria è un beneficio previsto da una norma contrattuale e precisamente dal CCNI** concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente educativo



ed Ata per l'anno scolastico 2022-23 ed, in particolare, dall'art. 7), può essere richiesta per un anno indifferente per uno dei motivi suindicati.

b) **L'assegnazione temporanea è un beneficio previsto da una norma di legge** e, precisamente, **dall'art. 42 bis del D.Lgs 151/2001** che riguarda tutti i pubblici dipendenti a prescindere dal comparto di appartenenza diretto a tutelare i valori costituzionalmente garantiti, quali la **cura dei figli minori**. Si tratta, tuttavia, di un beneficio la cui concessione è condizionata alla sussistenza di alcuni requisiti e, quindi, non costituisce un vero e proprio diritto soggettivo.

Ne deriva che, l'assegnazione provvisoria non esclude, né sostituisce o annulla l'assegnazione temporanea, la quale ha e conserva, anche nel comparto scuola, una disciplina autonoma non interferibile dalla norma pattizia.

Gli specifici benefici previsti dall'assegnazione temporanea, già ampiamente sopra illustrati, **non possono, pertanto, essere dati per concessi attraverso l'accoglimento della diversa domanda di assegnazione provvisoria** (cfr. ordinanza del Giudice del Lavoro del Tribunale di Brindisi del 25.11.2014)

All'assegnazione temporanea, quindi, non può essere opposto alcun titolo di precedenza poiché, essendo essa prevista da una norma di legge, la fattispecie contemplata non può essere abrogata o derogata dalla contrattazione collettiva o coinvolta nella disciplina e nel sistema delle precedenze di cui all'art. 8 CCNI.

In ordine al *fumus boni iuris*, parte ricorrente richiama i motivi di diritto sopra esposti che meritano accoglimento.

Tenuto conto che la presente causa ha natura prettamente documentale e che l'assegnazione provvisoria effettuata dall'USP di Messina avrà efficacia fino al 31.8.2023, si confida in una fissazione dell'udienza di comparizione a breve termine, in quanto la ricorrente ha necessità di una definizione del giudizio in tempi celeri e, comunque, prima dell'inizio del prossimo anno scolastico, fermo restando la finalità della norma, che tende a tutelare un bambino di due anni e i



rapporti tra quest'ultimo ed i genitori, con lesione tanto degli interessi del minore, quanto dei diritti connessi alla genitorialità.

Si rileva come il rapporto genitore/figlio potrebbe subire effetti negativi, a causa di una persistente distanza di uno dei componenti del nucleo familiare e dalla perdita di possibilità per uno dei genitori di occuparsi in maniera adeguata di un figlio di due anni di età e come tale particolarmente bisognoso di continuità affettiva.

La distanza tra la sede di lavoro (Pistoia) ed il Comune di Villafranca Tirrena (ove risiede il piccolo Alberto insieme al papà ed alla sorella maggiore), nonché l'orario di servizio osservato, impedirebbero alla ricorrente di poter affrontare quotidianamente questo tragitto, togliendole la possibilità di assistere il proprio bambino, con le attenzioni ed il tempo che richiede con grave compromissione dell'unità familiare.

In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza di merito e, più precisamente, il Tribunale di Siracusa con ordinanza collegiale del 29.10.2012, *“i tempi dedicati ai quotidiani spostamenti per raggiungere la sede di lavoro e per fare rientro a casa a fine giornata finiscono col comprimere in modo apprezzabile i tempi dedicati dalla ricorrente alla cura del figlio”*.

Peraltro, l'istituto invocato ha la finalità di consentire l'avvicinamento del docente alla casa familiare a presidio dei valori costituzionali quali l'art. 29 Cost, l'art. 31 commi 1 e 2, che tutelano in modo chiarissimo l'unità familiare e, soprattutto la delicata fase dei primi anni di vita del bambino, nei quali, notoriamente, vige un fortissimo bisogno delle cure materne.

Inoltre, il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto con provvedimento del 13.9.2017 ha ritenuto che *“la mancata concessione del nulla osta impedisce all'istante, titolare presso l'Istituto F. Lippi di Prato, di dedicarsi in maniera adeguata alla cura del proprio figlio in tenerissima età unitamente al marito, che risiede e lavora a Messina, e rischia quindi di pregiudicare in modo irreparabile quell'interesse del minore che la norma invocata mira appunto a tutelare”*.

In ultimo, anche il Tribunale di Napoli Nord, ha acclarato che *“Osserva il Tribunale che sussiste il pericolo di un grave ed irreparabile danno posto che la mancata concessione del nulla osta*



impedisce all'istante di dedicarsi in maniera adeguata alla cura del proprio figlio in tenerissima età unitamente al marito, che risiede e lavora a Messina, e rischia quindi di pregiudicare in modo irreparabile quell'interesse del minore che la norma invocata mira appunto a tutelare (ord. cronol. 52007/2017 del 28/11/2017 RG n. 13996/2017).

E' evidente, dunque, che la Dott.ssa Genovese -- pur di non perdere il diritto a lavorare -- sarà costretta a dover riorganizzare la propria vita familiare ed a distaccarsi dal proprio nucleo familiare con gravissimo pregiudizio per la sua famiglia ed, in particolare, per il piccolo Alberto, **con conseguente irreparabile danno insuscettibile di risarcimento per equivalente** (lesione di diritti e/o beni essenziali della vita).

E' fondamentale, pertanto, tutelare la salute fisico-psichica della lavoratrice madre, preservare la salute del nascituro ed, infine, garantire il diritto del piccolo Alberto a godere dell'assistenza materiale e affettiva di entrambi di genitori durante i primi anni di vita.

Tutto ciò premesso e considerato, la Dottoressa Genovese, a mezzo del sottoscritto avvocato

RICORRE

Al Tribunale di Messina Giudice del Lavoro affinché previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

- 1) Accertare il diritto della ricorrente all'assegnazione temporanea di durata triennale presso una sede scolastica facenti parte della Provincia di Messina e precisamente presso l'Istituto "San Filippo del Mela" di San Filippo del Mela e/o l'Istituto "Lipari" di Lipari e/o l'Istituto "Acquedolci" di Acquedolci e/o l'Istituto "Capizzi Cesarò" di Capizzi e/o l'Istituto "Tommaso Aversa" di Mistretta e/o l'Istituto "Longi" di Longi e/o l'Istituto "Santo Stefano Camastra" di Santo Stefano di Camastra e/o l'Istituto N.2 "Marconi" di S. Agata Militello e/o l'Istituto S. "Mistretta – Manzoni" di Mistretta e/o l'Istituto T.E.T. "G. Tomasi di Lampedusa" di Sant'Agata di Militello, su posto di corrispondente posizione retributiva facendo ricorso, ove occorra, alla somma di ore / cattedre in part-time e/o spezzoni di cattedra, fermo restando, in ipotesi di



Studio Legale Avv. Maria Chiara Isgrò

Via Nazionale n. 195 – 98042 Pace del Mela (ME) -- Fax 090.938.52.32 cell. 349.12.54.536

e-mail: chiaraisgro79@hotmail.it -- PEC: mariachiaraisgro@pec.giuffre.it

indisponibilità per un triennio continuativo la concessione del beneficio in modo frazionato, anche in sovrannumero.

- 2) Condannare le amministrazioni resistenti, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore alla rifusione delle spese processuali, comprensivi di diritti, onorari, spese non imponibili, spese generali, cassa ed iva da distrarsi in favore del sottoscritto avvocato che se ne dichiara anticipatario.

Si allegano i documenti indicati in premessa dal n. 1 al n.21.

Dichiarazione fiscale: Il sottoscritto avvocato dichiara che la presente controversia di lavoro è di valore indeterminabile e che il contributo unificato ammonta ad Euro 259,00.

Pace del Mela, lì 06 aprile 2023

Avv. Maria Chiara Isgrò

