

**TRIBUNALE DI MILANO**

**Sezione Controversie di lavoro**

**R.G. N. 9090/2017**

**Giudice: dott.ssa Francesca Saioni**

\*\*\*

**MEMORIA DIFENSIVA**

**ove occorra da convertire, *pro partem*, in**

**ISTANZA EX ARTT. 669-DUODECIES E 700 C.P.C.**

- per la sig.ra **GIUSEPPINA PORRETTO**, come difesa in atti;

- *ricorrente* -

**contro**

- **UFFICIO SCOLASTICO PER LA REGIONE LOMBARDIA**, Ambito territoriale per la provincia di Milano, via Pola 11, (c.f. 97254200153); **UFFICIO SCOLASTICO PER LA REGIONE LOMBARDIA**, Ufficio Scolastico Provinciale, Via Soderini 24, 20146 Milano, (c.f. 80099830152) in persona del legale rappresentante *pro-tempore*; **MINISTERO DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA – MIUR**, (c.f. 80255230585), in persona del Ministro *pro-tempore*, con sede in Roma, Piazza Kennedy 20; **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA REGIONE SICILIANA**, (c.f. 80018500829), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in Palermo (90146) via Fattori n. 60; **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA, UFFICIO I e XV- AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI PALERMO** (c.f. 80012100824), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in Palermo, via San Lorenzo Colli, 312/g, come difesi in atti;

## **PREMESSA**

**A)** All'udienza cautelare del 18.10.2017, il Giudice si è riservato di decidere e in data 26.10.2017 ha emanato l'ordinanza di accoglimento totale n. 26957 - ancorché in relazione ad una soltanto delle domande proposte dalla ricorrente intesa ad ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento di assegnazione temporanea ex art. 42-*bis* del d. lgs. n. 151/2001; mentre nulla il Giudice riteneva di statuire in ordine alla contestuale domanda intesa ad ottenere il diverso bene della vita costituito dal **trasferimento definitivo** presso gli ambiti territoriali prescelti dall'insegnante in seno alle procedure di mobilità straordinarie e in parte obbligatorie indette dal M.IU.R. negli a.s. 2016-2017 e 2017.2018.

**B)** Ritenendo però di insistere, nel merito, anche sulla prima domanda relativa all'assegnazione temporanea in ordine al risarcimento dei danni subiti e subendi in forma specifica o per equivalente, in quanto non eseguita in maniera soddisfattiva dall'Amministrazione nei termini che si esporranno, con la presente memoria la ricorrente sig.ra Porretto rassegna alcune precisazioni in ordine a quanto già dedotto nel ricorso e chiedere l'accoglimento di entrambe le domande proposte nei seguenti termini.

\* \* \*

### **I. SULLA DOMANDA DI DECLARATORIA DEL DIRITTO ALL'ASSEGNAZIONE TEMPORANEA; RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA E/O PER EQUIVALENTE.**

**1.** L'esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 26597/2017 emessa da questo Tribunale è tardiva nonché elusiva del *decisum* cautelare, in quanto tale suscettibile di

essere modificata *in melius* per la ricorrente e, nondimeno, foriera di danni in capo alla stessa.

2. E' tardiva atteso che, come già chiarito nell'ordinanza di questo Giudice emessa *ex art. 700 c.p.c.*, è stata effettuata ad anno scolastico già iniziato - con ovvie conseguenze in termini di disagio materiale e psicologico dell'insegnante nonché appunto mamma di due bimbi, uno dei quali con (allora) 18 mesi di vita - **una volta esaurita tutta la disponibilità su posti comuni.**

3. In tal senso si rileva che la suddetta tardività inevitabilmente è sfociata nella illiceità della condotta tenuta dalla pubblica Amministrazione, avendo pregiudicato la posizione giuridica soggettiva della ricorrente che, come agevolmente desumibile dalla documentazione prodotta, avrebbe avuto diritto ad una **sistemazione su posto comune**, seppur in via temporanea, presso una scuola ubicata nel luogo di residenza familiare (sito in Alcamo, provincia di Trapani): **invece, l'insegnante non solo ha avuto attribuita una assegnazione annuale ma addirittura è stato incaricata di svolgere le diverse funzioni di insegnante di sostegno - pur non essendo titolare della relativa specializzazione – su due distinti plessi scolastici distanti l'uno dall'altro circa una trentina di chilometri** (Alcamo e Buseto Palizzolo), nonostante alla data della notificazione dell'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* emessa in seno al presente giudizio in fase cautelare fossero ben disponibili posti (sempre in deroga su sostegno) nel comune di Alcamo nel quale la ricorrente ha il proprio domicilio esistenziale (ALL. n. 1), in linea peraltro con quanto ha disposto codesto Giudice nella precitata ordinanza.

4. Orbene, siffatti pregiudizi sono suscettibili di esecuzione specifica mediante la declaratoria del diritto all'assegnazione temporanea per un periodo pari a 3

anni decorrenti dal corrente anno scolastico (a.s. 2017-2018), prioritariamente su posto di potenziamento ovvero in subordine su posto di sostegno, con conseguente disapplicazione, limitatamente alla presente richiesta, del provvedimento di assegnazione della docente disposto *illo tempore* presso l'ICS Buonarroti di Palermo.

**5.** In subordine, ove non si ravvisassero i presupposti per una reintegrazione in forma specifica disporre l'estensione dell'assegnazione temporanea per ulteriori **quattro mesi** vale a dire per il periodo corrispondente a quello non usufruito a cagione della colpevole tardività nel provvedere (vengono in considerazione i mesi di settembre, ottobre e metà novembre 2016; ed i mesi settembre e ottobre 2017) con condanna dell'Amministrazione alla corresponsione degli emolumenti dovuti per le rispettive mensilità ad oggi non corrisposte.

**5.1.** In quest'ultimo caso, la ricorrente fa espressa richiesta di ulteriore risarcimento dei danni a cagione della lesione della pretesa dell'interessato al tempestivo adempimento, che è più di un'aspettativa come dimostra il fatto che vi corrisponde l'obbligo di provvedere e **che il ritardo nell'adempimento è risarcibile ex art. 2-bis della Legge n. 241/90**: essa costituisce un'utilità che entra nel patrimonio del suo titolare ed è conformata dalla legge del tempo in cui ciò si verifica.

Tale richiesta di risarcimento deve invero avere riguardo al danno alla sfera psico-esistenziale, per nervosismo, frustrazione e depressione, subito dalla ricorrente in conseguenza della coartazione del proprio diritto all'assegnazione temporanea in parola in relazione:

**i)** al disagio patito per aver dovuto richiedere il congedo familiare con decurtazione dello stipendio relativo alla mensilità di ottobre e novembre 2016 (pari a circa Euro 784: 397+397) e di settembre, ottobre e novembre 2017 (pari a circa Euro

1374: 397+397+690) 2017 nonché per non aver maturato il diritto alla tredicesima dell'anno 2016 (pari a circa Euro 800);

*ii)* al conseguente esborso economico per affrontare dal lunedì al mercoledì (tre giorni a settimana) una trasferta dal Comune di Alcamo al Comune di Buseto Palizzolo per una tratta pari a circa 60km (andata e ritorno), tenendo conto dei parametri di riferimento (costo del diesel al litro pari a circa 1,5 euro con cui un'auto media riesce a percorrere all'incirca 12km/l, la cui moltiplicazione dà luogo ad un importo pari a **864 Euro** (27 Euro settimanali - 108 Euro mensili moltiplicato per otto mesi novembre 2017- giugno 2018);

*iii)* all'ulteriore disagio subito dall'utilizzazione coatta su posto di sostegno in deroga, mentre la docente è titolare di un "posto comune", sprovvista di un titolo abilitante all'esercizio delle funzioni di sostegno.

Ed infatti, non soltanto, nel caso di specie, era ben possibile soddisfare nelle preferenze espresse dalla docente quanto meno in relazione alle assegnazioni su posto comune; ma era altresì illegittimamente previsto che l'Amministrazione desse priorità a quei docenti che usufruivano delle precedenza previste nell'art. 8 del CCNI 2017, nell'ordine previsto dal punto I) al punto V) per le utilizzazioni e fino al punto VII) per le assegnazioni provvisorie, **con la precisazione che la precedenza indicata al punto IV) lettera m), riguardante le lavoratrici madri e i lavoratori padri con figli di età superiore a 6 anni e inferiore a 12 anni, è valida esclusivamente per le assegnazioni provvisorie interprovinciali.**

Non è chi non veda come tale limitazione (la mancata precedenza) integri, *mutatis mutandis*, una fattispecie analoga a quelle giudicate illegittime dalla giurisprudenza che ha decretato la **nullità dell'art. 13 comma 4 del CCNI per la mobilità a.s. 2016/17 e**

2017/18 che escludeva il beneficio del diritto di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali, attribuito, invece, solo nella fase successiva delle assegnazioni provvisorie (v. *infra* per la giurisprudenza citata).

\*

**II. SULLA DOMANDA DI DECLARATORIA DEL DIRITTO ALLA MOBILITÀ DEFINITIVA A.S. 2017-2018.**

\*

1. Fermo restando quanto riversato in punto di fatto e di diritto sulla domanda in oggetto e ribadito quanto già rilevato all'udienza del 18.10.2017 circa la totale mancanza di documentazione comprovante le circostanze soltanto asserite dall'Amministrazione resistente in punto di candidati concorrenti aventi punteggio superiore a quello della ricorrente (peraltro smentite in atti anche dall'**accettazione del tentativo di conciliazione**: cfr. ALL. n. 5), si evidenzia in questa sede che, nel caso in esame, siamo al cospetto di una procedura di mobilità nella quale la docente è risultata coinvolta non soltanto per scelta sua personale ma in conseguenza delle opzioni organizzative valorizzate dall'Amministrazione di appartenenza, trattandosi di una **procedura straordinaria e coattiva**.

A tal riguardo non può non osservarsi che andava attentamente valutata **la pretesa della ricorrente ad una stabilizzazione** della sua posizione lavorativa presso la sede di assegnazione temporanea – *rectius* presso l'**ambito scolastico** prescelto - in seno alla procedura di **mobilità per l'a.s. 2017-2018**.

2. In tal senso, infatti, soccorre la normativa di cui all'**art. 30, comma 2-bis del d.lgs. n. 165 del 2001** - introdotto dall'art. 5, del decreto legislativo 31 gennaio 2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 31 marzo 2005, n. 43 - secondo il quale

*“le amministrazioni, prima di procedere all’espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all’immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell’area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria”.*

Un dato normativo che sotto il profilo testuale appare di agevole lettura: le procedure di mobilità esperite dall’Amministrazione nella fattispecie in oggetto non hanno in alcun modo conferito alcuna priorità all’istante sig.ra Porretto che invero si trovava in posizione utile allo scopo, in quanto **facente parte del (e/o assimilabile al) personale comandato o fuori ruolo** (su posto comune di potenziamento presso l’Istituto comprensivo Buonarroti di Palermo).

Com’è noto, il **comando** costituisce una modificazione del rapporto di servizio del lavoratore e si caratterizza per il fatto che il dipendente può essere inviato dall’ente o amministrazione di appartenenza a svolgere la sua attività lavorativa presso un ente o un’amministrazione differente dal proprio, previo accordo e per un periodo di tempo determinato .

Che la posizione dell’insegnante non abbia ricevuto alcun trattamento prioritario (anche rispetto ad altri dipendenti specie tra quelli assunti in ruolo presso la regione

Sicilia nell'a.s. 2017-2018) lo dimostra, in particolare, la sussistenza della **carenza di organico** che si rilevava nell'anzidetto Istituto Buonarroti, presupposto del sopravvenuto provvedimento di assegnazione temporanea ancorché annuale (circostanza pacificamente ammessa dalla stessa difesa dell'Amministrazione).

Era, pertanto, ben possibile - **già in astratto** - il trasferimento del personale docente richiedente nei limiti dei posti vacanti, che peraltro hanno legittimato l'indizione dei concorsi per l'assunzione del restante 50% nei posti disponibili che ogni anno l'Amministrazione individua secondo la tempistica dettata normativamente.

Ove tale circostanza fosse messa in discussione dalla difesa dell'Amministrazione, si chiede in proposito a codesto Organo giudicante l'acquisizione del materiale probatorio che dovesse ritenere indispensabile ai fini del giudizio.

Beninteso: la corsia preferenziale contemplata dalla normativa di cui all'art. 30, comma 2-bis, del d. lgs. n. 151/2001, non è sancita *i) vis a vis le procedure concorsuali* per l'assunzione in ruolo dei pubblici dipendenti in posizione e qualifiche analoghe, ma *ii)* altresì, per quel che più in questa sede maggiormente rileva, **all'interno delle procedure di mobilità** nel senso che tra coloro che potevano e volevano fruire di siffatto beneficio assumevano priorità e precedenza i soggetti posti in posizione di comando o fuori ruolo.

Su tale istituto, nel senso prospettato dianzi, si è pronunciato il supremo giudice amministrativo, il quale ha affermato che il dipendente pubblico trasferito in una sede di lavoro per fini di assistenza a un familiare portatore di *handicap* - ipotesi sovrapponibile al ricongiungimento familiare ex art. 42-bis del d. lgs. n. 151/2001 stante la *ratio* di entrambi gli istituti ispirantisi ai diritti fondamentali - ha diritto alla



stabilizzazione nella stessa sede, attribuendosi pertanto a tale dipendente una **ulteriore** priorità, rispetto ad altri aspiranti, nell'assegnazione di un incarico di funzione (Cons. Stato, sez. VI, 10/01/2011, n. 29).

**2.1.** A suffragio di quanto addotto in astratto è intervento, da ultimo, il **Tribunale di Lanciano** che, con la sentenza n. 167 del 24 luglio 2017, ha affermato che la disciplina prevista dal CCNI sulla mobilità del personale del comparto scuola 2017 risulta illegittima per violazione di legge, laddove riserva il 60% dei posti disponibili alle nuove assunzioni e limita la mobilità interprovinciale e professionale al restante 40%, all'uopo rammentando che l'**art. 30 del D. Lgs. 165 del 2001** precisa "**in ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale**": tutte le disposizioni vanno considerate nulle per contrarietà a norme imperative, giusta il disposto di cui agli artt. 1418 ss. cod. civ.

Nello stesso senso, l'art. 6, del D. Lgs. n.165/2001, secondo cui "*Le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale*"

Ricorda poi lo stesso Giudice che la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica - ha impartito precise disposizioni (DFP 0013731 P-1. 2. 3. 4 del 19/03/2010), con le quali si ricorda che "*l'art. 30, comma 2-bis, del D.Lgs 30 marzo 2001, n. 165 non lascia dubbi circa il fatto che le procedure concorsuali debbano essere precedute dall'esperimento delle procedure di mobilità*".

Consapevole della necessità di arginare tale fenomeno, peraltro, il legislatore non solo ha emanato le citate disposizioni legislative, ma con **legge costituzionale n. 1/2012**

ha introdotto in Costituzione **il principio del pareggio di bilancio**, modificando a tal fine gli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione.

Una volta di più, pertanto, l'amministrazione scolastica ha agito illegittimamente nel caso di specie, ai danni della ricorrente.

**2.1.1.** Ma laddove dovessero residuare dubbi applicativi, il giudice del Tribunale di Lanciano rinviene una normativa specifica in materia scolastica contenuta nell'art. 470 del D. Lgs. n. 297/1994 (c.d. "*Testo Unico della Scuola*"), secondo il quale *“specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e di quella territoriale, nonché per la ripartizione tra posti riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”*.

**2.2.** Ma v'è di più.

A ben vedere, nel caso di specie, tratta vasi di una mobilità obbligatoria prima ancora che volontaria e pertanto avrebbe dovuto trovare (contestuale) applicazione l'istituto della **mobilità obbligatoria per riorganizzazione degli enti** - da connettere direttamente alle esigenze di programmazione in un'ottica di razionalizzazione della distribuzione del personale in una stessa amministrazione o tra più amministrazioni in correlazione con la **sentenza Mascolo** – previsto e disciplinato dall'art. 30, comma 2, del d.lgs 165/2001 giusta il quale *“nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra*

*amministrazione...”; disposizioni che in ogni caso “si applicano ai dipendenti con figli di età inferiore a tre anni, che hanno diritto al congedo parentale, e ai soggetti di cui all’articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, con il consenso degli stessi alla prestazione della propria attività lavorativa in un’altra sede”.*

Non è chi non veda come, al riguardo, l’odierna ricorrente, genitore di un figlio inferiore ai tre anni, avesse nel caso di specie espresso **il proprio dissenso** - adeguatamente **espresso nella forma di preferenza dell’ambito scolastico** - che, all’uopo, poteva e doveva essere valutata dall’Amministrazione anche **alla stregua di una richiesta di provvedimento d’eccezione e/o di assegnazione temporanea al pari dei richiedenti ex lege n. 104/1992.**

E’ oltremodo evidente, a tal riguardo, il vizio di eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di istruttoria nonché per violazione del principio di tutela dell’affidamento in cui è incorsa l’Amministrazione procedente per aver colpevolmente obliato le particolari ed eccezionali, ulteriori, esigenze familiari, che dovevano essere compendiate nella procedura di mobilità, limitatasi, invece, **a valutare unicamente (peraltro parzialmente: v. *infra*) i presupposti per la concessione dei benefici di cui alla Legge n. 104/1992.**

La valutazione delle condizioni necessarie per adottare un provvedimento d’eccezione non va finalizzata soltanto alla concessione dei benefici di cui all’art. 33 suddetto, ma altresì alla concessione dei benefici di cui all’art. 42-*bis* del d. lgs. n. 151/2001 (assegnazione temporanea).

Ciò è ricavabile, del resto, *mutatis mutandis*, da quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di mobilità dei docenti di scuola primaria e secondaria, giusta

la quale va dichiarata **la nullità dell'art. 13 comma 4 del CCNI per la mobilità a.s. 2016/17 e 2017/18 che escludeva il beneficio del diritto di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali, attribuito, invece, solo nella fase successiva delle assegnazioni provvisorie**, in quanto detta norma di rango secondario si pone in contrasto con quella imperativa ed inderogabile dell'art. 33 comma 5 della Legge n. 104/92 che riconosce al docente che assiste il familiare portatore di handicap il **“diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”** (ordinanze del Tribunale di Messina, sez. lavoro, n. 62 del 31.08.2017 e di Cagliari n.12060/17 del 07.09.17; Trib. Messina Sez. lav. ord. n.14819 dell'01.08.2017 e ord. n.24 del 07.08.2017; Trib. Taranto, ord. del 13.08.13; Cass. Sez. lav. n. 7945/2008 e n. 1396/2006; T.A.R. Lazio, Roma, n. 6609 del 2008).

Anche nel caso di specie, il complessivo operato dell'Amministrazione resistente lascia trasparire una palese confusione operativa e procedimentale ulteriormente sintomatica dell'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta, atteso che i presupposti dell'assegnazione temporanea *ex art. 42-bis* - per l'appunto prioritari per la loro afferenza a diritti fondamentali di rilievo costituzionale - sarebbero dovute confluire nelle operazioni valutative (condensatisi nell'algoritmo, è proprio il caso di dire) degli elementi sottesi ad entrambe le fattispecie procedimentali, in un'ottica di giustizia sostanziale.

**2.2.1.** Ma la abnormità e contraddittorietà del comportamento tenuto dall'Amministrazione scolastica è ravvisabile anche in concreto, ove si ponga mente al nesso che avvince, in una intricata dinamica relazionale, l'azione amministrativa sottesa

alle domande di trasferimento definitivo e di assegnazione temporanea *ex art. 42-bis* del d. lgs. n. 151/2001.

Orbene, da tale rapporto emerge **un dato fattuale incontrovertibile e sopravvenuto rispetto all'assetto iniziale della presente vicenda**, foriero di gravi conseguenze giuridiche nei seguenti termini di illegittimità.

**Il sopravvenuto dato fattuale consiste nel buon esito del procedimento volto al provvedimento di assegnazione temporanea:** se è vero che in un quadro di possibilità limitate la connotazione temporale dell'incarico temporaneo *ex art. 42-bis* è direttamente proporzionale alla (e conseguenza della) incompatibilità tra il perseguimento dell'interesse pubblico a un efficace ed efficiente svolgimento dei compiti afferenti alla docenza con il soddisfacimento dei *desiderata* di tutti gli insegnanti in un'ottica di solidarietà sociale, è altrettanto vero che nella specie siffatta incompatibilità evidentemente non sussiste avendo l'Amministrazione concesso i provvedimenti di assegnazione temporanea a.s. 2016 ed a.s. 2017.

**Il che induce a ritenere inverata la principale condizione dedotta dalla norma a presupposto della concessione del provvedimento vale a dire la previa verifica della “sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva”.**

Non è chi non veda, quindi, come i presupposti ostativi invocabili in astratto dall'Amministrazione (inesistenza di un posto vacante nella sede richiesta, carenza di organico presso la sede di appartenenza) non soltanto erano stati soltanto genericamente adombrati in assenza di ogni riferimento a concreti dati istruttori ma erano da ritenersi **insussistenti in concreto** *secundum alligata et probata* in ordine all'assegnazione temporanea operata sull'organico di diritto (vista la sua durata fino al 31.08.2017 e

2018; mentre per l'organico di fatto il rapporto termina, com'è noto, al 30 giugno dell'anno di riferimento).

**2.2.2.** Ma a ben vedere, il cerchio della presente doglianza si chiude allargando lo sguardo al connesso profilo attinente alla domanda di trasferimento definitivo.

Si è già detto sopra che si è assistito nel caso di specie ad una operazione di mobilità conseguente alla riorganizzazione complessiva dell'Amministrazione scolastica.

Senonché, il rigetto della richiesta di trasferimento definitivo a domanda è stato determinato da mere valutazioni di opportunità, **senza dimostrare di aver effettuato una reale comparazione tra queste e le motivazioni dell'istanza connesse alla situazione familiare del ricorrente**: altrimenti detto e riallacciandoci con i precedenti rilievi posti in astratto, l'Amministrazione non ha dimostrato di essersi profusa nello sforzo proteso ad adempiere ad un **obbligo di motivazione specifica** e comunque rinforzata proprio sul punto relativo *i*) alla **omessa priorità** nei confronti dell'istante sig.ra Porretto all'interno delle operazioni di mobilità obbligatoria, come richiesto dalla legge a presidio del legittimo esercizio del potere datoriale (cfr. il precitato art. 30, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 165/2001); ovvero *ii*) alle **ragioni di superamento**, laddove ritenuto prevalente (ipotesi da escludere in quanto "*in claris non fit interpretatio*"), **del mancato consenso** richiesto imprescindibilmente ai dipendenti ai fini del buon esito delle operazioni di mobilità da riorganizzazione (art. 30, comma 2, d. lgs. n. 165/2001).

### **III. SULLA DISPARITA' DI TRATTAMENTO TRA DOCENTI ASSUNTI NELL'A.S. 2014-2015 E DOCENTI ASSUNTI NELLE FASI 0 ED A AI FINI DELLA MOBILITA' A.S. 2015-2016**

1. Limitatamente al profilo di disparità di trattamento e violazione dell'art. 3 della Costituzione giusta quanto argomentato con il motivo di ricorso n. III, viene in soccorso quanto di recente statuito dal T.A.R. Lazio, con la pronuncia n. 11164/2017, chiamato ad occuparsi del raffronto tra la posizione dei docenti assunti entro l'anno 2014/2015 attraverso i normali canali di reclutamento e quella, per nulla identica, dei docenti reclutati tramite il Piano straordinario di cui al DDG n.767/2016 che avevano partecipato volontariamente ("a domanda") alle **fasi B e C del Piano straordinario di reclutamento** ai sensi del DDG n.767/2015 e, quindi, avevano preliminarmente acconsentito all'assunzione anche in province diverse da quelle della GAE di provenienza (v. art.1 comma 100 legge n.107/2015 e art. 4 DDG 767/2015, non impugnato), senza alcuna garanzia che la sede assegnata in via provvisoria nell'anno 2015 fosse mantenuta ai fini dell'assegnazione della sede definitiva per il successivo triennio.

Orbenne, afferma il giudice amministrativo capitolino che *“mentre i docenti reclutati entro l'anno 2014/2016 sono stati assunti o in virtù di concorsi espletati su base regionale (con il vincolo, lo si ricorda, di presentare domanda per una sola regione) o in virtù di chiamata da graduatorie di prima fascia organizzate su base provinciale (cosicché i docenti abilitati inseriti in una provincia, mai avrebbero potuto essere chiamati per l'assunzione in un'altra), per quanto riguarda i docenti reclutati da GAE tramite il Piano straordinario di reclutamento del 2015, senza espletamento di un pubblico concorso, è stata consentita la possibilità di ottenere l'assunzione, in deroga, anche in regioni e province diverse da quella della GAE di provenienza. Risulta, pertanto, del tutto logico che ai docenti reclutati nel 2014/2015 tramite i canali ordinari sia stata garantita la possibilità di ottenere il trasferimento in una*

*sede più ambita precedentemente all'assegnazione della sede definitiva ai docenti reclutati nel 2015 tramite Piano straordinario. Né i ricorrenti possono dolersi che l'O.M. n.241 abbia, in tal modo, consentito a docenti assunti nel 2014/2015 con un minore punteggio di "scavalcare" in sede di trasferimento i docenti assunti nel 2016 ancora in attesa di assegnazione destinazione definitiva, in quanto anche tale valutazione è stata compiuta, a monte, dal legislatore, che ha ritenuto di tutelare innanzitutto le ragioni dei docenti reclutati con canali ordinari l'anno precedente al sistema attuato con la c.d. legge "Buona Scuola".*

Evidente appare quindi l'ingiustizia dell'inserimento della docente nella Fase D della mobilità a.s. 2016-2017, a fronte della posizione rivestita dalla ricorrente sussumibile nell'ambito di applicazione dell'art. 399 del d. lgs. 297/1994 precitato, da intendersi quale canale ordinario di reclutamento, con la diretta conseguenza della palese disparità di trattamento diffusamente argomentata in atti.

#### **IV SULLA ILLEGITTIMITA' DELLA MOBILITA' A.S. 2016-2017 PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI SANCITI DALLA SENTENZA MASCOLO**

1. La stabilizzazione prevista dalla Legge n. 107 del 2015 ha peraltro depotenziato gli effetti di sistema discendenti dalla sentenza Mascolo, che ha dichiarato la contrarietà alla Direttiva UE 1999/70 del sistema di reclutamento scolastico la Legge n. 107 del 2015 nonché dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 187/2016, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, della legge 124/1999 che consentiva la reiterazione infinita dei contratti a termine.

Ed invero, la scelta del legislatore di procedere alla stabilizzazione dei soggetti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento ha comportato la chiamata in cattedra di **iscritti alle GAE che non avevano mai insegnato**, rimanendo tralaticciamente iscritti nelle



graduatorie, senza neppure un giorno di insegnamento, magari essendosi poi impegnati in tutt’altre attività, soprattutto al sud: di talché essi hanno così avuto il “regalo” di un posto di lavoro fisso al quale non avevano mai sperato di accedere, mentre i docenti con più di 36 mesi (a volte anche più di dieci-quindici anni) sono stati di fatto posposti nella procedura di mobilità (che – è bene ribadirlo – fa un tutt’uno con la procedura di assunzione nella misura in cui ***“qualificando come “mobilità” quella che in realtà altro non è che la fase conclusiva del procedimento pubblicistico di reclutamento straordinario di cui al comma 95 della medesima legge (che, come è noto, è stato disciplinato, nella prima fase, con D.D.G. n.767/2015), illegittimamente avrebbe attribuito alla contrattazione collettiva anziché alla potestà pubblica il potere di disciplinare tale fase”***: T.A.R. Lazio, sez. III-bis, n. 1164 del 9 novembre 2017).

Sotto questo profilo, oltre ad evidenziare ulteriori profili di illegittimità della procedura di mobilità 2016, si fa istanza di rimessione degli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 267 T.F.U.E.

**V. SULLA ILLEGITTIMITÀ DELLA MOBILITÀ A.S. 2016-2017 PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL MERITO EX ART. 97 COST.**

Stante che risulta acclarato che molti docenti che hanno presentato domanda di trasferimento per l’a.s. 2016/17, partecipando alla fase C, si sono visti ingiustamente scavalcare nell’assegnazione delle sede da colleghi con minore punteggio perché il sistema informatico (cd. algoritmo) non ha funzionato correttamente, non par dubbio che tale vicenda risulta ancor più grave nei confronti del personale docente che avrebbe dovuto fruire del regime impiegatizio di cui all’art. 399 del d. lgs. n. 297/1994 (cfr. motivo n. III del ricorso principale).

In proposito è stato affermato che **non è l'ordine delle sedi così come indicato nella domanda di trasferimento a regolare i movimenti del personale docente nelle procedure di mobilità territoriale, ma il criterio meritocratico del punteggio, così come previsto dalla normativa contrattuale di settore** (Tribunale di Velletri, sezione Lavoro, sentenze del 26/09/2017, n. 1275/2017; n. 1276/2017 stessa data): viene infatti affermato il principio secondo cui la graduatoria non viene determinata con riguardo a ciascuna delle operazioni, *ma “per ciascuna preferenza, il che significa che vi sono tante graduatorie quante sono le preferenze complessivamente espresse. Da ciò consegue che quando si afferma che “l’ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio” si fa riferimento alle graduatorie in relazione alle quali il punteggio è stato attribuito, ossia alle distinte graduatorie formulate per ciascuna preferenza espressa (nello stesso senso Tribunale di Avellino, 19.9.2016)”*.

Ne consegue, anche nel caso di specie, **l’illegittimità dell’azione dell’amministrazione convenuta per aver esaminato le richieste all’interno delle graduatorie elaborate con riguardo ai singoli ambiti, in relazione alle singole preferenze espresse.**

\* \* \*

Tutto ciò premesso e ritenuto, la ricorrente insegnante Giuseppina Porretto, come sopra rappresentata e difesa rassegna le seguenti

### **CONCLUSIONI**

"Voglia l'Ill.mo Sig. Giudice adito, respinta ogni contraria domanda, eccezione e difesa così giudicare:

- **IN VIA PRINCIPALE:**

**sulla domanda di mobilità definitiva a.s. 2017/2018:**

1) CONDANNARE l'Amministrazione al risarcimento in forma specifica e per l'effetto RITENERE E DICHIARARE il diritto della ricorrente ad essere inserita nella graduatoria della **mobilità 2017/2018** della scuola primaria (posto comune) in posizione utile al trasferimento con decorrenza 01.09.2017 presso uno degli Ambiti della Sicilia prescelti secondo l'ordine di preferenza di cui alla domanda di mobilità e, in chiave integrativa, del principio di viciniorietà al proprio luogo di residenza e/o domicilio esistenziale familiare;

2) IN SUBORDINE, con riguardo alla **mobilità a.s. 2016-2017**, EMETTERE pronuncia ai sensi dell'art. 420-bis c.p.c. ove ritenesse che per la definizione della presente controversia fosse necessario risolvere in via pregiudiziale la questione concernente la validità o l'efficacia del CCNI della mobilità dell'08.04.2016, nella parte in cui non prevede l'applicazione dell'art. 42-bis del d. lgs. n. 151/2001 all'interno delle operazioni straordinarie di mobilità, anche sotto il profilo della disparità di trattamento ed uguaglianza sostanziale in relazione ad istituti sostanzialmente analoghi e, conseguentemente,

- RITENERE E DICHIARARE il diritto della ricorrente ad essere inserita nella graduatoria della mobilità a.s. 2016/2017 della scuola primaria (posto comune) in posizione utile al trasferimento con decorrenza 01.09.2017 presso uno degli Ambiti della Sicilia prescelti secondo l'ordine di preferenza di cui alla domanda di mobilità e, in chiave integrativa, del principio di viciniorietà al proprio luogo di residenza e/o domicilio esistenziale familiare;

3) IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA, condannare le Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno anche non patrimoniale subito dalla sig.ra Porretto

nei termini esposti, con determinazione del *quantum* secondo giustizia, ordinando al contempo la cessazione del comportamento illegittimo;

- sulla domanda di declaratoria del diritto alla assegnazione temporanea, anche ai sensi dell'art. 669-duodecies c.p.c.,:

4) **CONFERMARE**, sotto forma di condanna al risarcimento in forma specifica, l'ordine all'Amministrazione scolastica di preservare il diritto della ricorrente all'assegnazione temporanea presso l'Ambito provinciale di Trapani per il **triennio** 2017-2018/2017-2018/2019-2020 sui posti comuni disponibili nei plessi scolastici siti (o vicini) nel Comune di Alcamo alla data dell'1.09.2017 e, in subordine, sui posti di sostegno in deroga disponibili nello stesso Comune alla data dell'emissione dell'ordinanza n. 26957/2017 di questo Giudice; ed, in ulteriore subordine, sotto forma di risarcimento per equivalente, **CONDANNARE** l'Amministrazione al pagamento del *quantum* sopra quantificato (864 Euro + Euro 2958) e quantificabile residualmente in via di equità;

5) **IN SUBORDINE**, laddove il periodo di fruizione fosse limitato al solo biennio 2017-2018/2018-2019, **ORDINARE** all'Amministrazione di preservare il diritto all'assegnazione temporanea per ulteriori 4 (quattro) mesi, a valere per l'a.s. 2019-2020, corrispondenti al periodo non fruito a cagione del comportamento colpevolmente omissivo del datore di lavoro ed alla corrispondente retribuzione ed, in ogni caso, **CONDANNARE** le Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno anche non patrimoniale subito dalla sig.ra Porretto nei termini esposti, con determinazione del *quantum* ove occorra secondo giustizia, ordinando al contempo la cessazione del comportamento illegittimo perché in violazione della normativa, anche di rango costituzionale, sulla maternità.

In ogni caso: con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio.

Si producono i seguenti documenti:

1. Elenco assegnazioni provvisorie nella provincia di Trapani alla data dell'01.09.2017 e assegnazioni insegnanti su sostegno in deroga disposte in data 30.10.2017;
2. Procura speciale ex art. 409 ss. c.p.c. e 185 c.p.c.

Alcamo-Milano, lì 08.12.2017

Firmato digitalmente da

*Avv. Ignazio Impastato*