



Avvocatura dello Stato

Via Alfredo Testoni n. 6 Bologna
tel 051 0569700 fax 051 232297

PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it

C.F. ads80068910373

Ct. 2577/20 LP/ng

TRIBUNALE di BOLOGNA

Sezione Lavoro

RECLAMO EX ART.669 terdecies C.P.C.

per il MINISTERO DELL'ISTRUZIONE (già MINISTERO dell'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (C.F. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, e per quanto occorrer possa per i suoi organi interni UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER L'EMILIA-ROMAGNA (C.F. 80062970373), in persona del Dirigente *pro tempore* e UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA (C.F. 80018500829), in persona del Dirigente *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato (C.F. ads80068910373 – PEC: ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it), nei cui uffici sono pure legalmente domiciliati in Bologna, alla via Alfredo Testoni n. 6

CONTRO

VACCARA ANTONELLA

(Avv. Maika Giacalone)

IN PUNTO A



Reclamo avverso l'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* del Tribunale di Bologna, in funzione di giudice del lavoro, resa *inter partes*, depositata in data 28 ottobre 2020 e non notificata.

* * *

* * *

Con ricorso *ex art 414 c.p.c.* e contestuale istanza *ex art 700 c.p.c.* la ricorrente, dirigente scolastica con incarico in una istituzione scolastica dell'Emila-Romagna, agisce per il riconoscimento del preteso diritto di avvicinamento al comune nella Regione Sicilia ove la stessa svolge la carica politica di assessore.

L'amm.ne si costituiva in giudizio per resistere alla pretesa e con l'ordinanza ora reclamata, il Tribunale accoglieva il ricorso e dichiarava il diritto della ricorrente alla mobilità interregionale verso la Regione Sicilia, con assegnazione del posto di dirigente scolastico in una delle sedi indicate nell'istanza di mobilità, "ordinando al Ministero della Giustizia (sic.) l'adozione di tutti i provvedimenti conseguenti.

Propone reclamo l'Amm.ne come sopra rappresentata e difesa, ritenendo l'ordinanza *de qua* illegittima ed ingiusta per i seguenti motivi di

FATTO

1. La ricorrente, vincitrice del concorso per Dirigenti scolastici indetto



con D.D.G. M.I.U.R. n. 1259 del 23.11.2017, è stata assegnata con nota M.I.U.R. prot. n. 36621 del 08.08.2019 (sulla base delle preferenze espresse dai vincitori, secondo l'ordine di graduatoria e sino a concorrenza dei posti disponibili per ciascuna regione), al ruolo della regione Emilia-Romagna e successivamente assegnata presso l'Istituto Comprensivo di Monterenzio (BO), con decorrenza 01.09.2019 e per la durata di tre anni.

2. Con istanza del 18.06.2020, la D.S. Vaccara ha formalizzato all'USR Emilia-Romagna richiesta di assenso per la mobilità interregionale verso la regione Sicilia per l'anno scolastico 2020/2021, allegando di ricoprire un incarico pubblico, quale componente della Giunta presso il Comune di Vita (TP).
3. L'assenso le veniva denegato in virtù del vincolo triennale di inamovibilità previsto dallo stesso bando di concorso per i Dirigenti scolastici neo immessi ed il diniego veniva poi ulteriormente confermato in sede di riscontro all'istanza di riesame presentata dalla ricorrente (cfr. nota USR Emilia-Romagna prot. n. 11008 del 23.07.2020, doc. 1).
4. Con D.D.G. prot. n. 15623 del 14.07.2020 (doc. 2), l'USR Sicilia comunicava i mutamenti di incarico relativi alla mobilità dei Dirigenti scolastici per l'A.S. 2020/2021, contestualmente pubblicando il relativo



elenco nominativo (doc. 2.A), con la specificazione della fase di mobilità di ciascun dirigente, ai sensi dell'art. 11, co. 5, CCNL area V 2006 e ss. mm. e ii.

5. Il provvedimento veniva integrato e modificato con D.D.G. prot. n. 16090 del 20.07.2020 (doc. 3) e relativo elenco nominativo integrativo allegato (doc. 3.A).
6. Le operazioni di mobilità venivano effettuate, sulla scorta di quanto precisato nella circolare USR Sicilia sulla mobilità a.s. 2020-21 prot. n. 12895 del 17.06.2020 (doc. 4) e con riferimento alle sedi disponibili, specificate nell'elenco alla stessa allegato, come successivamente integrato (doc. 4.A).
7. La circolare in parola richiama la nota M.I. prot. n. 14232 del 05.06.2020 (doc. 5), la quale ultima, premettendo che *“la materia è assoggettata alla disciplina generale prevista dall'articolo 19 e dall'articolo 25 del decreto legislativo 151 del 2001 nonché alle disposizioni contenute negli articoli 11, 13 e 20 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 11/04/2006, negli articoli 7 e 9 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 15/07/2010, nonché nell'articolo 53 del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca – sottoscritto in data 08/07/2019”*, chiarisce, tra l'altro, che ***“nelle operazioni di cui all'oggetto le SS.LL. terranno in debita considerazione, oltre ai criteri normativi e contrattuali sopra***



richiamati, la disciplina prevista dalla Legge n. 104/1992 e garantiranno l'informazione preventiva delle rappresentanze regionali delle organizzazioni sindacali ai sensi dell'articolo 4 del CCNL 08/07/2019. Si ricorda, altresì, che: (...) l'articolo 15, comma 5, del DDG 23 novembre 2017, n. 1259, prevede che "i dirigenti scolastici assunti a seguito della procedura concorsuale definita dal presente bando sono tenuti alla permanenza in servizio nella regione di iniziale assegnazione per un periodo pari alla durata minima dell'incarico dirigenziale previsto dalla normativa vigente".

Precisava ulteriormente la nota che *"l'assegnazione degli incarichi dirigenziali è effettuata nell'ordine previsto dall'articolo 11 comma 5 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 11 luglio 2006 e s. m.*

i.: a) Conferma degli incarichi ricoperti alla scadenza del contratto. Le conferme degli incarichi nelle sedi attualmente ricoperte riguardano i dirigenti scolastici i cui contratti scadono il 31 agosto 2020. b) Assegnazione di altro incarico per ristrutturazione, riorganizzazione o sottodimensionamento dell'ufficio dirigenziale (...). c) Conferimento di nuovo incarico alla scadenza del contratto e assegnazione degli incarichi ai dirigenti scolastici che rientrano, ai sensi delle disposizioni vigenti, dal collocamento fuori ruolo, comando o utilizzazione, ivi compresi gli incarichi sindacali e quelli all'estero. Per i dirigenti scolastici che rientrano dal collocamento fuori ruolo, comando, utilizzazione, ivi compresi gli



incarichi sindacali e quelli all'estero, al rientro in sede è garantita la precedenza al dirigente che precede cronologicamente nella titolarità della stessa e, a parità cronologica, al dirigente che effettivamente svolge la funzione (articolo 13 C.C.N.L. 11/4/2006). d) *Mutamento d'incarico in pendenza di contratto individuale.* e) *Mutamento d'incarico in casi eccezionali.* f) **Mobilità interregionale.** Con l'entrata in vigore del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca, sottoscritto in data 8 luglio 2019, è stato modificato l'articolo 9, comma 4 del CCNL Area V del 15 luglio 2010. **È pertanto possibile procedere alla mobilità interregionale, su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, fino al limite del 30% dei posti annualmente vacanti nei ruoli della regione di destinazione, con il solo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, mentre non è più previsto il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. A tale proposito, si invitano le SS.LL. a operare un equo bilanciamento tra le specifiche esigenze di funzionamento delle istituzioni scolastiche e le comprensibili aspirazioni dei Dirigenti scolastici al compimento dei prescritti periodi di permanenza nei ruoli regionali?** Infine, la nota evidenziava che **“in ogni fase, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 19 del D.Lgs. 151/2001, si terrà conto delle attitudini e delle capacità professionali del singolo Dirigente, da valutare considerando le esperienze svolte nel ruolo dirigenziale**



e le competenze maturate, anche in relazione alle caratteristiche e agli obiettivi delle Istituzioni Scolastiche richieste, così come desumibili dai documenti di programmazione delle stesse, al fine di tenere conto delle prioritarie esigenze di funzionamento delle scuole”.

8. In particolare, come evidenziato nella citata circolare USR Sicilia del 17.06.2020, *“nell’ambito delle singole fasi di svolgimento delle operazioni, sarà data precedenza, nell’ordine, ai seguenti soggetti: a) Personale beneficiario della L. 104/92 e s.m.i. (artt. 21 e 33) (...); b) Personale titolare di un mandato amministrativo in corso, ai sensi della normativa vigente; c) Personale che abbia la residenza nella provincia richiesta, ai sensi dell’art. 11, comma 6, del C.C.N.L. della Dirigenza scolastica dell’11/04/2006, ad esclusione della fase della mobilità interregionale”.*
9. Le operazioni di mobilità interregionale in entrata dell’USR Sicilia terminavano con l’attribuzione degli 11 posti disponibili (quantificati e destinati alla mobilità interregionale nella misura, massima, del 30% dei posti disponibili complessivi), assegnati ai soggetti aventi diritto secondo le disposizioni vigenti (dirigenti in scadenza di incarico e beneficiari della legge 104/1992).

DIRITTO

Allegando il preteso diritto all’avvicinamento al comune ove la ricorrente



esercita il proprio mandato elettivo ai sensi dell'art. 78 D.Lgs. 267/2000 (T.U.E.L.), la stessa chiedeva in via d'urgenza: *“ACCERTARE E DICHIARARE il diritto della Dott.ssa Vaccara Antonella di ottenere la mobilità interregionale per l'a.s. 2020/2021 verso la Regione Sicilia, sì come richiesta all'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia – Romagna con istanza del 18.6.2020, in quanto rientrante nei casi di cui al n. 6 del provvedimento prot. n. 8207 del 11.6.2020 (Mandato elettorale), e, per l'effetto, in accoglimento del presente ricorso, DISPORRE l'assegnazione della ricorrente all'incarico di Dirigente Scolastico nella Regione Sicilia, in una delle sedi espressamente indicate, adottando tutti i provvedimenti necessari e consequenziali connessi al riconoscimento del diritto reclamato, come previsto per legge. ORDINARE la rettifica della graduatoria dell'USR per la Sicilia con ogni conseguente statuizione”*.

Nell'accogliere la domanda cautelare, afferma il Giudice che *“pur dovendosi ribadire il principio...secondo cui la disposizione non fa sorgere alcun diritto soggettivo al trasferimento in capo al dipendente, dovendo comunque l'istanza essere esaminata tenendo conto delle esigenze organizzative dell'Amministrazione e compatibilmente con esse, va anche sottolineato che tale esame deve essere condotto al di fuori delle ordinarie procedure di trasferimento e mobilità e deve essere istruito a parte, come del resto tutte le domande di trasferimento presentate per avvalersi di specifici benefici previsti dalla legge (in questo senso, Cons St. 14.2.2012, n. 705)”*.

Prosegue poi l'ordinanza affermando che il provvedimento di rigetto



sarebbe illegittimo perché la motivazione sarebbe insufficiente, motivazione che invece dovrebbe essere stringente in quanto costituente esercizio di azione discrezionale.

L'ordinanza è palesemente illegittima, per i seguenti motivi.

I. Sulle regole della valutazione dell'istanza – Sulla prova dell'assenza di sedi disponibili presso la Regione Sicilia (sia nell'ambito della procedura di mobilità interregionale sia ulteriori “al di fuori” della stessa) – Sulla motivazione del diniego e sugli effetti di una motivazione ritenuta insufficiente

L'ordinanza è contraddittoria per plurime ragioni.

In primo luogo, ammesso da parte del Giudice che quella qui contestata è sì una valutazione discrezionale, **non si comprende sulla base di quale fonte giuridica questa valutazione dovrebbe svolgersi “al di fuori” delle regole che disciplinano la mobilità.** Poiché si tratta di regole atte a circoscrivere la discrezionalità datoriale, poste a garanzia della parità di trattamento tra gli aspiranti, il Giudice finisce per affermare un diritto potestativo in capo alla ricorrente, andando contro la premessa di partenza.

Inoltre, va osservato, **con riferimento all'asserito difetto di motivazione,** che il Giudice indica come causa in sé della illegittimità del diniego opposto, che la decisione è errata, per violazione degli artt. 2 e 5 del D.Lgs 165/2001, non considerando che l'atto contestato è atto privatistico adottato con i



poteri del privato datore di lavoro, che non può essere sindacato alla luce dei vizi di legittimità previsti per i provvedimenti amministrativi, bensì solo attraverso le categorie del diritto civile della nullità e annullabilità.

Del tutto irrilevante è la giurisprudenza del giudice amministrativo citata, in quanto riferita a rapporto di lavoro a diritto pubblico (art. 3 D.Lgs 165/2001) e quindi riferita ad atti di natura provvedimento retti dal diritto amministrativo.

Costituisce invece giurisprudenza pacifica del giudice ordinario quella secondo cui *“al rapporto di lavoro privatizzato non si estende l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, trattandosi di atto gestionale del rapporto di lavoro adottato con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro”* (Cass. n. 16224 del 2013).

Va quindi considerato che, quale che sia la motivazione adottata nell'atto, laddove esistano -come nel caso esistono- motivi ostativi (come l'assenza di posti vacanti e disponibili utilizzabili) all'accoglimento dell'istanza, la condotta dell'amministrazione andrà valutata alla luce di questi motivi.

Il giudice della prima cautela, accogliendo l'istanza cautelare avversaria, ha disposto l'assegnazione della D.S. Vaccara presso la Regione Sicilia senza preventivamente verificare la sussistenza di posti allo scopo disponibili, presupposto oggettivo innegabilmente imprescindibile per ogni provvedimento di assegnazione ed il cui onere probatorio e, prima ancora,



di allegazione, incombeva sulla parte ricorrente.

Quest'ultima, tuttavia, **non ha nemmeno allegato la sussistenza di posti vacanti e disponibili** nella regione Sicilia, ancor più se si consideri che la posizione dirigenziale non può essere assegnata in misura eccedentaria ovvero superiore ai posti in organico (nello specifico, dovendo coincidere con il numero di istituzioni scolastiche normo dimensionate).

Soprattutto a fronte della prova positiva invece offerta in atti (e sulla quale il Giudice non si sofferma) della assenza di detti posti.

È lo stesso Cons. Stato n. 705/2012, richiamato dal G.L., peraltro, a fare riferimento alle “*scoperture nelle sedi vicine al Comune di auspicata destinazione*” quale esigenza organizzativa ostativa all'istanza di avvicinamento.

Al proposito, si ribadisce quanto evidenziato con riferimento alla prima fase ovvero che l'istanza di mobilità interregionale proposta *ex adverso* (ove l'incarico politico è indicato quale causale), qualora avesse ottenuto il previo assenso dell'amministrazione di provenienza e fosse stata conseguentemente esaminata dall'USR Sicilia, sarebbe stata valutata in comparazione con quelle di tutti i dirigenti scolastici che hanno presentato analoga domanda per l'A.S. 2020-21 (complessivamente n. 18 istanti) e **non** sarebbe stata accolta poiché recessiva rispetto ai titoli preferenziali *ex lege* vantati dai soggetti partecipanti a tale fase e resisi poi destinatari del provvedimento di mobilità interregionale di cui all'allegato A del D.D.G. prot. n. 15623 del 14.07.2020 e



all'allegato del D.D.G. integrativo prot. 16090 del 20.07.2020 (complessivi 11 soggetti, di cui 1 avente tutti i requisiti previsti dalla norma pattizia di riferimento e 10 beneficiari delle agevolazioni di cui alla legge 104/1992, cfr. doc. 9 in atti, e 7 esclusi, tra cui un altro beneficiario ex art. 33 co. 5 L. 104/1992).

Allo scopo, **si allega tabella-prospetto riepilogativo dei destinatari della mobilità (doc 15).**

Pertanto, l'eventuale esame dell'istanza di mobilità interregionale della D.S. Vaccara non avrebbe avuto esito positivo e non avrebbe in alcun modo determinato un diverso contenuto dei provvedimenti conclusivi delle operazioni di mobilità effettuate dall'USR Sicilia, **in quanto i posti disponibili sono stati tutti destinati a soggetti cui l'ordinamento espressamente riconosce il diritto soggettivo alla scelta prioritaria della sede, essendo i posti disponibili in numero inferiore ai richiedenti.**

Ma anche laddove l'istanza della ricorrente fosse stata esaminata "*al di fuori*" delle procedure di mobilità ordinaria, come ritenuto dal G.L. nell'ordinanza cautelare (ed a dispetto della stessa istanza avversa, formulata e proposta quale istanza di mobilità interregionale), non si sarebbe potuto dare accoglimento alla stessa per carenza di posti disponibili.

Si è già documentato in atti, infatti, che **i posti vacanti per l'A.S. 2020-21,**



comunicati al Ministero dall'USR Sicilia, ai fini delle necessarie autorizzazioni all'assunzione da parte del M.E.F., **erano pari a 36 unità** (cfr. nota prot. 14571 del 03.07.2020 e tabella allegata, all.ti 10 e 10.A).

Di queste, il 30%, pari a $(36:100 \times 30 = 10,8)$ 11 unità, ha costituito il contingente dirigenziale destinato alla fase della mobilità interregionale, corrispondente, come specificato nel DDG prot. 16090 del 20.07.2020, al limite massimo destinabile a tale fase specificato nell'art. 9, co. 4, CCNL 2010, ed è stato attribuito pressoché integralmente, come detto, a titolari dei benefici ex legge 104/1992, aventi specifico diritto di preferenza alla scelta del posto.

I posti **residuati all'esito delle operazioni di mobilità**, in numero pari a **27 unità** ($36 - 11 +$ ulteriori 2 posti conseguenti a n. 1 rinuncia ad esecuzione di provvedimento giurisdizionale favorevole e n. 1 pensionamento accertato tardivamente dall'INPS, anch'essi autorizzati all'assunzione), **sono stati destinati alle assunzioni in ruolo, ad ulteriore scorrimento della graduatoria nazionale finale approvata con DDG 1205 del 01.08.2019**, dei vincitori del concorso indetto con DDG Miur n. 1259 del 27.11.2017 (pari a complessivi 2900 candidati, di cui 1.984 già assunti in relazione ai posti vacanti e disponibili per l'A.S. 2019-20).

Tali assunzioni, seppur effettuate nell'A.S. 2020-21, costituivano precisa obbligazione contrattuale a carico dell'amministrazione,



trattandosi di VINCITORI concorsuali (e non di idonei), che con l'approvazione finale della graduatoria di merito perfezionano un diritto soggettivo all'assunzione cui corrisponde, correlativamente, l'obbligo dell'amministrazione di concludere il contratto (cfr. Cass., S.U. 7859/2001; 9540/2001; 89/2001; 205/2001).

Di talché i posti in parola erano vincolati a tali assunzioni e non utilizzabili per eventuali assegnazioni provvisorie.

Si evidenzia ulteriormente che in sede di mobilità interregionale è stata rifiutata l'istanza di un dirigente vantante titolo di preferenza *ex art. 33 co. 5 L. 104/1992*, poiché referente unico di affine di secondo grado (doc. 16).

Inoltre, non sono state oggetto di alcuna valutazione comparativa da parte dell'USR Sicilia le istanze di mobilità (formulate ai sensi della legge 104/1992) relative ai Dirigenti Scolastici in servizio presso la Regione Piemonte poiché l'USR di provenienza, non avendo ritenuto di concedere la prevista autorizzazione (nulla osta) alla mobilità in uscita, non ha provveduto all'inoltro all'amministrazione di chiesta destinazione.

Da tale ultima circostanza sono scaturiti **5 procedimenti cautelari allo stato pendenti, di cui: due esitati con l'accoglimento del ricorso e l'assegnazione alla regione Sicilia; 1 in attesa di pronuncia e 2 (allo stato) conclusi con la declaratoria di incompetenza del Tribunale di Torino.**



Sono inoltre pervenute **2 istanze di assegnazione temporanea ex art. 42 bis D.Lgs. 151/2001** che sono state rifiutate a cagione dell'intervenuto esaurimento di posti disponibili. Per entrambe sono stati proposti ricorsi, **uno dei quali accolto** e l'altro pendente.

*

Va opportunamente precisato (seppur in prima fase la presenza di sedi residue non è stata oggetto di specifico rilievo o allegazione da parte della ricorrente) che i provvedimenti giudiziari di assegnazione sono stati eseguiti dall'amministrazione avvalendosi dei posti sottoposti a riserva *ex lege*.

Questi ultimi, invero, non possono essere considerati e conteggiati tra i posti vacanti e disponibili poiché destinati a:

- Dirigenti scolastici destinatari di incarico nominale (complessivamente pari a n. 9 posti), ai sensi dell'art. 13 CCNL 11.04.2006 o di incarico all'estero, aventi diritto alla conservazione del posto.
- Dirigenti scolastici (n. 3 posti) che al momento svolgono funzione tecnico-ispettive a seguito di incarico del Direttore Generale dell'U.S.R. Sicilia (cfr. D.D.G. nn. 110, 112 e 113 del 23.05.2018), aventi diritto, del pari, alla conservazione del posto;
- Accantonamenti per contenziosi amministrativi ancora pendenti (ulteriori n. 7 posti autorizzati dal Mef), come si evince dalla tabella allegata alla comunicazione sedi disponibili A.S. 2020-21. Tali posti si riferiscono a soggetti che hanno partecipato alla procedura concorsuale speciale di cui al



comma 88 della legge 107/2015 e D.M. 499/2015 (destinata ai soggetti che avessero contenziosi pendenti relativi a precedenti procedure concorsuali), la quale prevede espressamente al successivo comma 92, l'accantonamento dei relativi posti.

Le sedi normodimensionate residue dopo le operazioni di mobilità, in numero corrispondente ai posti oggetto di riserva, vengono assegnate in reggenza.

*

II. Sulla “naturale” triennialità dell’incarico di funzioni dirigenziali e sulla eccezionalità della modificazione dell’incarico

Parlare di “trasferimento” e “mobilità” con riferimento al profilo dirigenziale può indurre ad una falsa rappresentazione della realtà giuridica, soprattutto con riferimento al rilievo del “luogo” di esplicazione della prestazione lavorativa.

Il profilo dirigenziale è disciplinato infatti diversamente dal personale “impiegatizio” e, in generale, dal restante personale della scuola.

Oneri e onori.

Una piccola digressione sul punto è quindi necessaria per ristabilire il **rapporto regola/eccezione** quando si affronta la questione della modifica dell’incarico di funzioni dirigenziali **in corso di durata dell’incarico**.

Ciò che la ricorrente pretende nel caso di specie, chiedendo attraverso la



mobilità il mutamento dell'incarico di funzioni dirigenziali.

Va infatti rimarcato che uno dei punti cardine della riforma della dirigenza pubblica (cristallizzata negli artt. 14 ss D.Lgs 165/2001) è il principio del possesso della qualifica dirigenziale come momento presupposto e distinto rispetto all'attribuzione dell'incarico di funzione dirigenziale.

La valenza organizzativa della riforma del D.Lgs n. 165 è incentrata fortemente sul principio in questione: **la dirigenza cessa di essere una carriera per diventare una funzione.**

Il possesso della qualifica dirigenziale, alla quale si accede per concorso (artt. 25 e 28 D.Lgs. n.165), è momento necessario ma non sufficiente per “fare il dirigente”: a tale fine è infatti necessario un ulteriore elemento, costituito dall'affidamento dell'incarico (di natura temporanea) di funzioni dirigenziali. Il rapporto di lavoro come dirigente è così a tempo indeterminato, ma l'effettivo esercizio di specifiche funzioni dirigenziali è a tempo determinato, suscettibile di modificarsi nel tempo, ma “naturalmente” alla scadenza di ciascun incarico.

Il principio di **temporaneità** dell'incarico di funzioni dirigenziali è previsto nell'art. 19 D.Lgs n. 165/2001 prevede, infatti, che **tutti gli incarichi di funzione dirigenziale siano conferiti a tempo determinato**, secondo una durata stabilita dalla legge stessa (ora triennale), con facoltà di rinnovo.

Il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale avviene in



considerazione della natura e delle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in relazione ai risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro.

La ***individuazione di obiettivi*** da raggiungere nel periodo di durata dell'incarico (che costituisce oggetto dello specifico incarico di funzioni dirigenziali) costituisce un *proprium* di quell'incarico (cioè relativo a quella sede di livello dirigenziale, cioè, ancora, a quell'istituzione scolastica e non a un'altra...).

Correlato agli obiettivi assegnati è la valutazione del raggiungimento degli obiettivi assegnati. Infatti, corollario necessitato ed ulteriore del sistema delineato è la ***valutazione dei risultati e la connessa responsabilità*** (art. 21 D.Lgs 165/2001): in connessione con le attribuzioni rimesse ai dirigenti viene prevista infatti la *responsabilità in via esclusiva* dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati. E' solo così infatti che si completa il processo circolare voluto dalla riforma (fissazione dell'obiettivo - conferimento dell'incarico - valutazione dell'attività) in cui l'ultimo passaggio (la valutazione dell'attività dirigenziale) si pone al contempo come momento terminale di accertamento dei risultati conseguiti dal dirigente e come momento iniziale per la conferma allo stesso dell'incarico in assegnato o per l'assegnazione ad altro incarico di diversa consistenza.



Sotto il primo profilo, l'art. 21 del D.Lgs. n.165/2001 collega alla valutazione negativa dell'attività del dirigente una serie di possibili effetti, graduati a seconda della gravità del giudizio negativo: in ordine crescente di negatività tali effetti consistono nella impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale, nella revoca dell'incarico con collocazione del dirigente a disposizione ovvero nel recesso dell'amministrazione dal rapporto di lavoro (licenziamento).

Da tale sommaria ricostruzione deriva che la **sede di servizio** con riferimento al profilo dirigenziale non ha la valenza autonoma che ha nel profilo impiegatizio, ma è assorbita nell'incarico di funzioni dirigenziali.

Nella sede assegnata quale oggetto dell'incarico, il dirigente (anche scolastico) deve raggiungere nella durata dell'incarico (triennale) gli obiettivi assegnati.

E questo è il presupposto normativo.

Nell'ambito di questa astratta ricostruzione normativa, vanno collocate le regole poste dalla contrattazione collettiva con riferimento allo "spostamento territoriale" (come si diceva "trasferimento", "mobilità") dei dirigenti scolastici (che, pur personale statale, sono "agganciati" a ruoli regionali *ex art. 25 D.Lgs 165/2001*).

Da queste norme emerge chiaramente come la durata dell'incarico sia elemento fondamentale per l'attuazione delle funzioni dirigenziali, essendo il



“contenitore” cronologico per la realizzazione degli obiettivi assegnati, ciò che ad un tempo realizza l’interesse dell’amministrazione sotteso a quell’incarico. Dalle norme emerge chiaramente quindi come il mutamento dell’incarico sia evento eccezionale.

Così appaiono quindi logici i limiti posti a tale mutamento sia dall’art. 19 del D.Lgs 165/2001 in generale sia dalla contrattazione collettiva in particolare per quel mutamento che implichi cambio di ruolo regionale.

Secondo le previsioni dell’art. 9, co. 4, CCNL 2010 (che, come precisato dal successivo comma 5, sostituisce l’art. 17 del CCNL 11/04/2006), *“su richiesta del dirigente scolastico **alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell’Ufficio scolastico regionale di provenienza** [e con il consenso del dirigente dell’Ufficio scolastico della regione richiesta - il CCNL 2019 ha poi eliminato la necessità del nulla osta dell’USR di destinazione], è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente. La richiesta deve essere presentata entro il mese di maggio di ciascun anno e l’esito comunicato entro il successivo 15 luglio. Nell’ipotesi di cui al presente comma, il mutamento d’incarico, ove concesso, non può nuovamente essere richiesto nell’arco di un triennio dall’incarico conferito”*.

L’art. 17 del CCNL 2006 prevedeva, invece, che *“per motivate esigenze, previo assenso del dirigente dell’Ufficio scolastico regionale di provenienza e con il consenso del dirigente dell’Ufficio scolastico della regione richiesta, è possibile procedere ad una*



mobilità interregionale fino al limite del 15% complessivo dei posti vacanti annualmente”.

Come si vede, dunque, con la modifica della norma pattizia intervenuta nel 2010, la mobilità interregionale **è consentita nel solo caso di scadenza dell’incarico**, fatti salvi i casi in cui sia una specifica disposizione di legge ad attribuire la precedenza nel trasferimento del dirigente in pendenza di contratto, come nei casi previsti dagli artt. 21, co. 2, e 33, co. 5, L. 104/1992 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone diversamente abili), normativa espressamente richiamata nella nota M.I. del 05.06.2020 e nella circolare USR del 17.06.2020.

Dal compendio ora richiamato deriva che **la regola** è che il dirigente scolastico ha un incarico di durata triennale, nell’ambito del quale ha l’obbligo di portare a compimento gli obiettivi assegnati (con riferimento a quell’incarico in quella sede).

La contrattazione collettiva si occupa dei casi in cui 1) il dirigente scolastico voglia “passare” da un ruolo regionale a un altro e 2) ciò voglia fare **per ragioni soggettive** e in corso di durata dell’incarico.

*

III. Sulla errata applicazione dell’art. 78 co. 6 D.lgs. 267/2000 - Assegnazione al ruolo della Regione Sicilia - Domanda di mobilità della ricorrente da parte dell’USR Sicilia – Valutazione previamente



rimessa all'amministrazione

Si evidenzia che oggetto del ricorso d'urgenza è la declaratoria di illegittimità con conseguente disapplicazione degli atti, anche *“presupposti, connessi e/o consequenziali, posti a base dell'omesso riconoscimento del proprio diritto, ed in particolare del Decreto n. 257, pubblicato in data 15.07.2020, e del Decreto n. 316, pubblicato in data 24.07.2020, emessi dall'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna; della nota prot. n. 9716 del 6.7.2020 emessa dall'USR per l'Emilia Romagna di rigetto dell'istanza di mobilità interregionale del 18.6.2020; della nota prot. n. 11008 del 23.07.2020, emesse dall'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna, di rigetto dell'istanza di riesame, avanzata con missiva del 13.7.2020”* (ovvero i provvedimenti di diniego alla partecipazione alla procedura di mobilità interregionale in entrata dell'USR Sicilia); ed il conseguente accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere la mobilità interregionale per l'A.S. 2020/2021 verso la Regione Sicilia.

Il Giudice ha così ritenuto che il provvedimento di diniego alla mobilità interregionale in uscita emesso dall'USR Emilia Romagna sia illegittimo, così derivandone *tout court* il diritto della ricorrente all'assegnazione ai ruoli della Regione Sicilia.

L'USR Sicilia, tuttavia, quale amministrazione di chiesta destinazione, non ha nemmeno preso in esame la relativa istanza (mai pervenutale in ragione dell'omesso visto da parte di quella di provenienza).



La procedura di mobilità interregionale (disciplinata dall'art. 9 CCNL 15.07.2010 ex Area V Dirigenza), infatti, costituisce una fattispecie complessa che, coinvolgendo due distinti Uffici (quello regionale di provenienza e quello regionale di destinazione) presuppone prima il nulla osta dell'USR di provenienza e poi la valutazione dell'istanza da parte dell'USR di chiesta destinazione, che si traduce oggi (l'art. 53 del CCNL Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca del 08.07.2019 ha eliminato la necessità di un provvedimento discrezionale di assenso) in una valutazione comparativa tra gli aventi titolo, previa verifica dei presupposti di legittimità e nel rispetto dei titoli di preferenza di legge, e nella conseguente attribuzione degli incarichi dirigenziali.

Va invero opportunamente rimarcato, al proposito, la **peculiarità dello status del Dirigente Scolastico: il rapporto di lavoro viene infatti gestito dal singolo USR atteso che, secondo le previsioni dell'art. 25 D.Lgs. 165/2001, gli stessi sono inquadrati in ruoli di dimensione regionale**, di pertinenza di ciascun Ufficio Scolastico Regionale e, quindi, non gestiti dall'amministrazione centrale, di guisa che nel caso di specie appare errato fare riferimento all'"amministrazione", unitariamente intesa.

Ciò chiarito, l'ottenimento del nulla osta da parte dell'USR di provenienza, costituisce un mero presupposto per l'ammissibilità dell'istanza (traducendosi nella dichiarazione di altra amministrazione di non opporsi in



ordine all'adozione di un provvedimento da parte dell'amministrazione di destinazione, cui rimane demandato ogni potere decisorio); e **non può in alcun modo vincolare l'USR di destinazione né perfezionare in capo all'istante alcun diritto soggettivo all'accoglimento della domanda, rimessa alla verifica della sussistenza dei presupposti di legge ed alla valutazione comparativa con gli altri richiedenti, partecipanti alla medesima fase di mobilità.**

In sostanza, il Giudice, dopo avere dato atto che nel caso non sussiste un diritto potestativo del dirigente e che l'amministrazione ha un potere di valutazione discrezionale, ha totalmente impedito tale valutazione, sostituendosi all'organo cui la legge assegna tale valutazione.

L'eliminazione della necessità dell'autorizzazione anche da parte dell'USR di destinazione, a sua volta, non implica alcun automatismo nell'assegnazione, risolvendosi nella riconduzione della procedura di mobilità in entrata, da attività discrezionale (attraverso la preventiva valutazione in ordine all'opportunità dell'assegnazione, in relazione a competenze ed esperienze specifiche del dirigente) ad attività "vincolata" ovvero subordinata alla sola verifica dei presupposti di legge ed alla comparazione (sulla scorta di criteri normativi predeterminati) con i concorrenti della medesima fase di mobilità, rispettando gli eventuali titoli di preferenza *ex lege* e sino alla concorrenza dei posti disponibili, destinati alla mobilità interregionale.



Diversamente opinando, del resto, l'USR di provenienza (cui compete valutare le esigenze del proprio ambito organizzativo) finirebbe per travalicare nelle competenze di quello di destinazione, decidendo in ordine alle assegnazioni di quest'ultimo.

A conclusioni diverse non potrebbe pervenirsi nemmeno aderendo alla tesi secondo cui la valutazione dell'istanza di avvicinamento debba essere effettuata nel "non luogo" dell'"*al di fuori delle ordinarie procedure di trasferimento e mobilità*", atteso che, anche in tal caso, trattandosi comunque di movimentazione interregionale, le valutazioni in uscita ed in entrata coinvolgerebbero sempre entrambe le amministrazioni interessate.

Conseguentemente, nel caso di specie, in cui il D.S. si trova in servizio presso una regione diversa da quella verso la quale chiede l'avvicinamento (ove si trova il comune presso il quale presta il proprio incarico politico), **le esigenze dell'amministrazione sottese alla norma invocata *ex adverso*, attengono non soltanto all'amministrazione di provenienza, in relazione alla quale si concretano nel provvedimento conclusivo di "assenso alla mobilità interregionale" ma, anche e soprattutto, a quella di destinazione**, la quale ultima dovrà disporre l'eventuale provvedimento di mobilità interregionale in entrata, effettuando l'eventuale valutazione comparativa con gli altri richiedenti partecipanti alla medesima fase di mobilità e, in caso positivo, all'ulteriore valutazione discrezionale



circa la rispondenza del provvedimento di avvicinamento alle esigenze organizzative amministrative, (connesse **all'esistenza di posti disponibili in organico** e all'allocazione delle risorse umane ed alla ottimale erogazione del servizio scolastico), secondo criteri di efficienza ed efficacia ex art. 97 Cost..

Le superiori considerazioni valgono ad escludere che la disamina giudiziale possa esaurirsi con la sola valutazione circa la legittimità del rifiutato assenso alla mobilità da parte dell'USR Emilia Romagna, dovendo invece estendersi alla valutazione circa la possibilità di un positivo esito dell'istanza da parte dell'USR Sicilia, laddove il denegato assenso fosse stato invece concesso.

Ne consegue che, **sulla scorta dei censurati e ravvisati profili di illegittimità del provvedimento di diniego impugnato (ciò che comunque come visto si contesta), deriva come il G.L. avrebbe dovuto limitarsi a ritenere dovuto (e quindi emesso) il chiesto nulla osta (ritenuto illegittimamente rifiutato), demandando all'amministrazione di destinazione (che, come detto, è amministrazione diversa) di effettuare la dovuta valutazione dell'istanza di mobilità interregionale della ricorrente, atteso che tale procedura non è stata oggetto di censura di illegittimità di sorta.**

Del resto, la norma invocata *ex adverso* (art. 78, co. 6, D.Lgs. 267/2000), come rammentato dallo stesso giudice di prima fase, non attribuisce al



lavoratore un diritto soggettivo al trasferimento in capo al dipendente, anche qualora da ritenersi avulsa dalla procedura ordinaria di mobilità, come pure ritenuto dal G.L., dovendo comunque l'istanza essere esaminata tenendo conto delle esigenze organizzative di entrambe le amministrazioni e compatibilmente con esse e ferma restando l'esistenza di posti vacanti e disponibili.

Statuendo l'assegnazione presso la Regione Sicilia, il Giudice ha di fatto posto in essere l'attività valutativo comparativa di pertinenza dell'amministrazione di destinazione, cui il G.L. è autorizzato a sostituirsi nel solo caso in cui ne abbia preventivamente ravvisato l'illegittimità (ciò che, nella specie, non è accaduto, essendosi limitato ad individuare l'illegittimità del solo diniego alla mobilità dell'USR Emilia Romagna.

Né il Giudice si è espresso in ordine al verosimile accoglimento dell'istanza di mobilità della ricorrente in cautela, sulla scorta degli elementi forniti in sede giudiziale, essendo stato rilevato dall'amministrazione, al contrario, l'insussistenza di posti vacanti e disponibili nella regione Sicilia, destinabili all'accoglimento dell'istanza di avvicinamento della ricorrente.

In tali termini, la pronuncia si traduce, pertanto, in una inammissibile sostituzione del Giudice all'amministrazione, con riferimento alla procedura di valutazione relativa all'istanza ex art. 78 co. 6 D.Lgs. 267/2000, tenuto



specificatamente conto della circostanza che il comportamento ritenuto illegittimo non è stato individuato nella procedura valutativa stessa ma nell'omessa possibilità di partecipazione alla fase di mobilità per cui era istanza e/o comunque di sottoporre la propria istanza alla valutazione in parola.

III. Omessa valutazione delle esigenze organizzative dell'amministrazione Sulla ratio del vincolo triennale di permanenza.

Il provvedimento cautelare appare illogico e contraddittorio allorché, muovendo dalla premessa secondo cui *“nel caso di specie, inoltre, il provvedimento circa la richiesta di trasferimento del dipendente, **dovendo bilanciare i contrapposti interessi**, quello della parte istante e quello del funzionamento degli uffici scolastici, **ha natura evidentemente discrezionale** e pertanto deve essere congruamente motivato proprio in ordine all'esercizio di detta discrezionalità, onde consentirne il controllo in sede giurisdizionale”*, è giunto alla conclusione della illegittimità del provvedimento di diniego, in quanto asseritamente non congruamente motivato sulla base del *“solo”* vincolo triennale (cui è invece già sottesa una specifica esigenza organizzativa anche connessa alla realizzazione degli obiettivi dirigenziali ed alla efficiente erogazione del servizio scolastico), così non soffermandosi affatto sul predetto bilanciamento.



Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prima fase, invero, l'ordinanza cautelare ha inteso realizzare una tutela immediata della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, del tutto avulsa dal contesto organizzativo delle amministrazioni scolastiche interessate, disinteressandosi persino della verifica della sussistenza dei presupposti oggettivi per l'accoglimento dell'istanza di avvicinamento (fondamentalmente, l'esistenza di posti vacanti e disponibili presso l'amministrazione di chiesta destinazione), così erratamente interpretando la disposizione invocata *ex adverso* (art. 78 D.Lgs. 267/2000), la quale necessita che *“l'assegnazione del dipendente da parte dell'Amministrazione datrice, avvenga nel rispetto del generale principio del bilanciamento degli interessi, assicurando sia il rispetto dei diritti soggettivi dell'art. 51, terzo comma, Cost., e sia le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, le quali devono essere concretamente valutate con riguardo all'interesse pubblico connesso con la prestazione del servizio pubblico (cfr. Consiglio Stato , sez. III, 11 gennaio 2011, n. 1638)”* (Cons. Stato, Sez. IV, 02.-07.2012 n. 3865 cit.).

Infatti, *“se è vero che il diritto del singolo all'espletamento del mandato amministrativo ha una precisa copertura costituzionale (di cui all'art. 51, comma 3, Cost.) pari rilievo costituzionale è assicurato anche al contrapposto interesse pubblico e alle esigenze economiche, organizzative e funzionali connesse con la prestazione del servizio (art. 97 Cost.)”* (T.A.R. Lazio Roma, Sez. I quater, 24.10.2019 n. 12292).



E' peraltro singolare che il giudice, allo scopo richiamando l'orientamento espresso da Cons. Stato n. 705/2012 (secondo cui "*questo tipo di trasferimento - temporaneo, in quanto legato al mandato amministrativo - va mantenuto al di fuori della normale programmazione attinente alla movimentazione ordinaria, **anche per non penalizzare le aspettative di chi è inserito anche da lungo tempo nelle relative graduatorie**, e deve essere istruito a parte, come del resto tutte le domande di trasferimento presentate per avvalersi di specifici benefici previsti dalla legge*"), rilevi che il vincolo *de quo* sia ostativo alla partecipazione alle ordinarie procedure di mobilità, ritenendolo invece insufficiente a costituire limite nel caso di specie, in quanto l'istanza della ricorrente andava tenuta separata e distinta, con ciò sottintendendo, di fatto, un trattamento privilegiato per tali categorie di soggetti rispetto agli altri dipendenti aspiranti alla mobilità, in contrasto non solo con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) ma con lo stesso principio espresso dalla pronuncia citata (che invece precisa che non si debbano comunque *penalizzare le aspettative di chi è inserito anche da lungo tempo nelle relative graduatorie*, come ribadito anche da Consiglio di Stato, sez. IV, 17/11/2016, n. 4768).

IV. Sul rilievo dei permessi retribuiti ex art. 79 TUELL



La ricorrente ha sostenuto nell'atto introduttivo di non avere fatto ricorso all'istituto dei permessi retribuiti di cui all'art. 79 D.Lgs. 267/2000 (contestazione sollevata dall'USR Emilia Romagna in sede di reiezione dell'istanza di riesame amministrativo dell'istanza di mobilità), *“avendo optato, in ragione della emergenza epidemiologica in corso, per lo svolgimento delle funzioni dirigenziali in modalità “smart working”. Il che, come è di agevole intuizione, rendeva superflua, oltre che immotivata, ogni richiesta in tal senso”*.

Orbene, senza entrare nel merito dell'anzidetta valutazione di “superfluità”, si ritiene opportuno evidenziare, al proposito, come sia comprovato che la ricorrente, malgrado **sin dalla data di attribuzione del mandato politico (08.05.2020) si trovasse presso la propria residenza nel comune di Vita** (in data 06.04.2020 era stata autorizzata dall'USR Emilia Romagna alla prestazione lavorativa in modalità agile), da quella data ad oggi **risulta avere preso parte a sole 6 deliberazioni di giunta** (specificatamente, svoltesi in data 11.06; 17.06; 19.08; 24.08; 26.08 e 28.09.2020) **sulle complessive 27 tenutesi in pendenza di incarico** (cfr. verbali delibere di giunta Comune di Vita, all. IV).

Il che dà la misura reale del concreto impedimento al “più compiuto espletamento del conferito mandato quale diritto costituzionalmente tutelato”, lamentato in ricorso quale conseguenza dell'assegnazione presso sede distante dal comune di residenza.



*

Ribadita ogni altra argomentazione e deduzione della fase ex art 700 c.p.c., si insiste perché l'ordinanza reclamata sia dichiarata illegittima e se ne chiede la riforma con rigetto della domanda azionata.

P.Q.M.

L'Amministrazione evocata in giudizio, come sopra rappresentata e difesa, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, *contrariis reiectis*;

1. Annullare l'ordinanza reclamata e per il che respingere il ricorso cautelare per difetto delle condizioni di accoglimento
2. con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa delle due fasi di giudizio.

Si deposita:

- originale telematico dell'ordinanza reclamata;
- memoria difensiva ed documenti contenuti nel fascicolo di parte già in atti e cioè:

- 1) nota USR Emilia-Romagna prot. n. 11008 del 23.07.2020;
- 2) D.D.G. USR Sicilia prot. n. 15623 del 14.07.2020;
- 2.A) elenco allegato a DDG n. 15623;
- 3) D.D.G. USR Sicilia prot. n. 16090 del 20.07.2020;



- 3.A) elenco allegato a DDG n. 16090;
- 4) circolare USR Sicilia mobilità 2020/21 prot. n. 12895 del 17.06.2020;
- 4.A) elenco sedi disponibili integrato;
- 5) nota M.I. mobilità 2020/21 prot. n. 14232 del 05.06.2020;
- 6) CCNL dirigenza ex Area V dell'11.04.2006;
- 7) CCNL dirigenza ex Area V del 15.07.2010;
- 8) CCNL Area dirigenziale comparto Istruzione e ricerca del 08.07.2019;
- 9) istanze mobilità interregionale a.s. 2020/21;
- 10) nota USR comunicazione posti disponibili prot. n. 14571 del 03.07.2020;
- 10.A) tabella allegata;
- 11) D.D. MIUR n. 1205 del 01.08.2019;
- 12) DDG MIUR n. 1259 del 23.11.2017;
- 12.A) elenco allegato;
- 13) nota M.I. prot. n. 25249 del 21.08.2020;
- 13.A.) elenco annesso assegnazioni regioni A.S. 2020-21;
- 14) Avviso convocazione USR Sicilia prot. n. 19929 del 22.08.2020.

Si depositano inoltre i seguenti documenti:

- 15) tabella istanze mobilità accolte;
- 16) stanza mobilità rifiutata;
- 17) verbali delibere di giunta municipale Comune di Vita (TP).

Ai fini dell'applicazione del contributo unificato, si dichiara che il valore della causa è indeterminato e che per la fase di reclamo ammonta a € 147,00, che l'amministrazione statale istante non è comunque tenuta al



pagamento del contributo, che va invece prenotato a debito ai sensi dell'art.

11 D.Lgs. 30.5.2002 n. 113.

Bologna, 9 novembre 2020

Laura PAOLUCCI
AVVOCATO dello STATO

