



**Avvocatura dello Stato**

Via Alfredo Testoni n. 6 Bologna

tel 051 222802 fax 051 232297

PEC: [ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it)

C.F. ads80068910373

Ct. 2932/19 LP/rl

**TRIBUNALE di PARMA**

**Sezione Lavoro**

**MEMORIA DIFENSIVA**

per il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA** (c.f. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER L'EMILIA-ROMAGNA** (c.f. 80062970373), in persona del Dirigente *pro tempore* e per l'**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](mailto:ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it)), nei cui uffici sono pure legalmente domiciliati in Bologna, alla via Alfredo Testoni n. 6

**CONTRO**

**ROCCARO SERENA**

(Avv. Massimo Barrile)

**NEL RICORSO AVENTE AD OGGETTO:**

Immissione nel ruolo di dirigente scolastico. Diritto alla scelta della sede  
*ex art. 33, comma 5, l. n. 104/1992.*



\* \* \*

Si costituiscono nel presente giudizio le Amm.ni intime come sopra rappresentate e difese per chiedere il rigetto del ricorso.

### **DIRITTO**

*Sul fumus boni juris.*

#### **I - Violazione dell'art. 102 c.p.c..**

Si eccepisce l'inammissibilità della domanda per la mancata evocazione in giudizio dei soggetti che, in ragione della domanda costitutiva formulata dal ricorrente, subirebbero pregiudizio dal suo accoglimento. Siffatte operazioni a fine anno scolastico, peraltro, **comporterebbero** la conseguenza di scompaginare la dirigenza di un numero considerevole di scuole, trattandosi di movimenti a catena.

La controversia in esame rappresenta quindi una piana ipotesi di litisconsorzio necessario fra più soggetti, senza che tuttavia sia stata consentita la partecipazione al giudizio di tutte le parti necessariamente coinvolte.

Non è stata infatti consentita la partecipazione al giudizio **degli altri dirigenti scolastici, attinti dalla medesima graduatoria concorsuale, attualmente preposti alle sedi nella Regione Sicilia tutti**



**autonomamente parti necessariamente coinvolte dagli effetti del provvedimento giurisdizionale richiesto.**

Non vi può essere infatti dubbio sulla ricorrenza dell'ipotesi di litisconsorzio necessario nel caso in questione, nel quale si controverte dell'affidamento di incarichi dirigenziali secondo un meccanismo finalizzato a ricoprire un numero limitato di posti: all'eventuale modificazione della posizione della ricorrente con sua assegnazione al ruolo dell'USR Sicilia non può che conseguire lo sconvolgimento degli affidamenti comunque effettuati con effetti necessari sulla situazione giuridica soggettiva di coloro che si sono attualmente destinatari.

La norma applicabile al caso in questione è l'art. 102 c.p.c., il quale dispone che "se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbano agire o essere convenute nello stesso processo".

Non si può dubitare che nel caso ricorrano i presupposti di cui all'art. 102 c.p.c.: è pacifico infatti che poiché sussista il litisconsorzio necessario deve ricorrere un rapporto giuridico plurisoggettivo, al cui interno i reciproci legami tra i diversi soggetti e l'oggetto comune costituiscono un dato unitario, sì che l'accertamento, la modificazione o l'estinzione di esso non possa operare se non nei confronti di tutti (ex multis Cass. 24.9.1994 n. 7861; Cass. 15.3.1991 n. 2788; Cass. 20.6.1990 n. 6184).



In particolare, relativamente ai rapporti di lavoro ed alla fattispecie del trasferimento del dipendente (e a quella assimilabile della assegnazione di incarico dirigenziale) si è ritenuto che allorché il dipendente deduca il proprio diritto ad un posto di lavoro assegnato ad altro dipendente illegittimamente preferito non sussista la necessità di integrare il contraddittorio con quest'ultimo ai sensi dell'art. 102 c.p.c. solo allorché il diritto di questi non risulti leso in caso di accoglimento della domanda. Tale situazione di ininfluenza si è ritenuta sussistere, in dipendenza della formulazione della domanda operata dalla ricorrente, allorché il dipendente che assuma di essere stato illegittimamente pretermesso si sia limitato a formulare domanda di mero accertamento del diritto ovvero a richiedere il risarcimento del danno conseguente alla determinazione illegittima.

Non così invece allorché la formulazione della domanda attorea coinvolga necessariamente la posizione di coloro che hanno ottenuto il posto o che lo otterrebbero in luogo del ricorrente, cosicché all'accoglimento della domanda consegua la sostituzione di un dipendente all'altro (Cass. sez. lav. 24.7.1991 n. 8290, in Giust. Civ. 1992, I, 1320; ed ancora, Cass. n. 3183/90; Cass. n. 6184/90; Cass. n. 466/92; Cass. n. 11943/92; Cass. n. 5315/96; Cass. 12128/98).

Il presente giudizio non può pertanto svolgersi senza che sia data la facoltà di contraddire **a tutti i dirigenti scolastici che subirebbero gli effetti**



dell'accoglimento della domanda della ricorrente, pena la violazione dell'art 102 c.p.c. e dell'art. 24 Cost.

## **II – Inammissibilità del ricorso**

In via pregiudiziale si eccepisce l'inammissibilità della domanda costitutiva formulata in ricorso tendente ad ordinare all'Amm.ne di assegnare alla stessa ricorrente *“ordinare l'assegnazione della sede più vicina al domicilio di Palermo del coninge disabile”*.

Tale domanda presuppone che al datore di lavoro (pubblico o privato che sia) possa essere imposto in via giurisdizionale di conferire un incarico determinato di funzioni dirigenziali.

Il che non è.

Come ha più volte affermato la giurisprudenza, “il Giudice non può emanare alcuna pronuncia costitutiva di incarico di funzione dirigenziale né di condanna al conferimento dello stesso o di accertamento del diritto ad esserne destinatario (fra le tante, Trib. Bologna, sez. lav., n. 80/05 del 31 maggio 2005 proprio in tema di dirigenza scolastica; Corte di Appello di Bologna, 10 gennaio 2003; Trib. Roma, 23 gennaio 2003; Trib. Parma 26 aprile 2001) non è infatti ammissibile in materia una tutela reale, attesa l'incoercibilità del richiesto provvedimento non suscettibile di esecuzione in forma specifica.



La situazione non cambia giuridicamente se la domanda individua una rosa di incarichi, in luogo che uno solo (“la sede più vicina”), posto che ne resta invariato il presupposto di partenza, e cioè la lesione dei poteri datoriali.

E’ noto certamente a codesto Tribunale, il pacifico orientamento che esclude l’azionabilità della tutela reale in capo al dirigente “privato” nel posto di lavoro (fra le tante, Cass. Sez lav. n 24246/2007; Cass. SSUU. n. 7880/2007)

Si deve osservare ora come nel sistema del lavoro cd “privatizzato” o meglio “contrattualizzato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, la “qualifica dirigenziale” non esprime più una posizione lavorativa inserita nell’ambito di una “carriera” e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l’idoneità professionale del dipendente che tale qualifica abbia conseguito a svolgerle concretamente (artt. 19 d.lgs. n. 165/2001 applicabile anche alla dirigenza scolastica di cui all’art. 25 dello stesso d.lgs.).

Il dirigente svolge funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale.

Da tale premessa deriva quale pacifica conseguenza d’interesse per la presente causa, l’impossibilità per il giudice di emanare a favore del dirigente alcuna pronuncia costitutiva di incarico dirigenziale né di condanna al conferimento dello stesso, né di accertamento del diritto di un



certo dirigente ad essere destinatario di un certo determinato incarico (in termini, Tribunale di Ravenna, sentenza 28 novembre 2001, in *“Il lavoro nella giurisprudenza”*, 2002, 870; Tribunale di Roma, 5 febbraio 2003, Tribunale di Taranto, 16 giugno 2003, in *Lav. Pubbl. Amm.* 2003, 991).

Così si è espresso il Tribunale di Rimini (ord. 12.8.2005), in ordine alla questione qui in discussione: *“Invero, conformemente alla giurisprudenza prevalente, condivisa da codesto giudicante, è inammissibile la domanda di reintegrazione nell’incarico dirigenziale, atteso che l’istituto è previsto dall’ordinamento in via eccezionale con riferimento alla sola fattispecie di recesso datoriale ingiustificato in area assistita da tutela reale e che l’ampiezza dei poteri concessi al giudice ordinario dalla disciplina delle controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni non consente comunque che si pronunci una condanna ad un facere infungibile, come tale non passibile di esecuzione forzata (cfr. Trib. Roma, 23.1.2003; Trib. Bologna, 31.5.2005); tale conclusione è conforme anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità che, quale obiter dictum, ha ritenuto tutelabile soltanto in sede risarcitoria l’aspettativa del dirigente al perfezionamento della fattispecie attributiva dell’incarico deliberato dall’Amministrazione (cfr. Cass. 20.3.2004 n. 5659).”*

Ed ancora, così ha statuito il Tribunale del lavoro di Bari (sentenza del 7 settembre 2009 n. 13975) nell’esaminare un ricorso avverso la mancata assegnazione di un dato incarico di direzione proprio di istituzione scolastica statale al dirigente scolastico ricorrente; *“Molto si è discusso in*



dottrina ed in giurisprudenza circa il problema delle forme di tutela del dirigente il quale abbia impugnato, in ipotesi vittoriosamente. Tatto di conferimento ad altri dell'incarico ambito. Orbene, è vero che la riforma del pubblico impiego, con riguardo particolare all'art. 68, comma 2, D.Lgs. 29/93, ha dotato la magistratura ordinaria di ogni potere, anche costitutivo, nei confronti dell'Amministrazione. Tale premessa teorica, tuttavia, deve accompagnarsi all'accorta constatazione che nell'ambito del conferimento di incarichi dirigenziali il potere-dovere del giudice di assicurare al ricorrente ogni forma di tutela, anche specifica, trova ostacolo in insuperabili aspetti sistematici peculiari della materia. L'assenza di un diritto soggettivo ad uno specifico e determinato incarico dirigenziale e la rilevante discrezionalità dell'Amministrazione nell'an e nel quid del conferimento stesso costituiscono argomenti insuperabili che debbono indurre a negare la tutela costitutiva specifica in favore del dirigente pretermesso. In altre parole, il fatto che un incarico sia stato eventualmente illegittimamente assegnato ad un candidato non comporta di per sé automaticamente l'esistenza del diritto dell'altro (o di un altro) aspirante, ingiustamente pretermesso, all'ottenimento del medesimo incarico. Deve, quindi, escludersi, già a livello sistematico, l'esistenza di un diritto soggettivo perfetto in tal senso, così come deve escludersi che il Giudice possa sostituirsi all'Amministrazione nella





determinazione del contenute di un atto totalmente rimesso, in ogni suo aspetto, alle scelte discrezionali della P.A. datrice di lavoro (cfr. sul punto Cass., sez. lav., 3 novembre 2006,1 n. 23549). Conseguentemente, deve ritenersi che in un giudizio, come quello che ci occupa, avente ad oggetto l'impugnazione di atti di conferimento a terzi di incarichi, prescindendo dalla tutela risarcitoria, non azionata in questa sede dalla ricorrente, l'unico risultato utile che l'istante potrebbe al più conseguire all'esito del positivo vaglio delle relative doglianze, sarebbe la caducazione della procedura selettiva o valutativa a monte, con conseguente necessità logica di rifacimento di tutte le operazioni da parte della P.A. Sulla scorta di quanto sopra, ritiene il Tribunale che la ricorrente non possa in ogni caso ottenere in questa sede un provvedimento giurisdizionale che le attribuisca, ora per allora, l'incarico di dirigente scolastico del Convitto nazionale "D. Cirillo" di Bari".

Negli stessi termini, si è pronunciata la Corte d'Appello di Bologna in un caso di preposizione a ruolo dirigenziale statale: sentenza del 10.1.2003 in causa Corrado Aurelio c/Ministero della Giustizia).

Tali approdi non sono idonei ad essere rimessi in discussione nemmeno dall'orientamento giurisprudenziale (Cass, sez. lav. sentenza 20 febbraio 2007, n 3929; 1 febbraio 2007, n. 2233) che ha riconosciuto un margine di tutela reintegratoria del dirigente pubblico, ma solo in relazione all'illegittimità del licenziamento del dirigente ed in relazione all'appartenenza al ruolo e non mai nello specifico incarico di funzioni,



affermandosi infatti che: *“La illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro di una P.A. con un dirigente comporta l'applicazione, al rapporto fondamentale sottostante, della disciplina dell'art. 18 della legge n.300 del 1970, con conseguenze reintegratorie, a norma dell'art. 51, secondo comma, del d.lgs.n.165 del 2001, mentre all'incarico dirigenziale si applica la disciplina del rapporto a termine sua propria”*.

Dunque, ove accertata l'illegittimità dell'azione dell'amministrazione, tutela obbligatoria e non reale, con riferimento all'incarico di funzioni.

Poiché nella presente sede cautelare è stata formulato un *petitum* costitutivo-reintegratorio, la domanda dovrà essere dichiarata inammissibile.

### **III- Nel merito, il ricorso è comunque infondato.**

La ricorrente invoca le disposizioni di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/92, che stabilisce: *“il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*. Il comma 5 dell'art. 33 L. 104/92 prevede che il lavoratore che assista un familiare disabile ha diritto a scegliere, **ove possibile**, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.

**Questa disposizione, in ragione di quel "ove possibile", non attribuisce un diritto soggettivo al lavoratore.**

Così è sia, in generale, con riferimento al personale non dirigenziale (sub A), ma così è *a fortiori* per il personale dirigenziale (sub B).



Il quadro interpretativo che ne deriva vale a inquadrare e vale la situazione della prima assegnazione, che ne occupa (sub C).

### **A) (trasferimento del lavoratore)**

**In generale**, come riconosciuto da copiosa giurisprudenza sul punto, giova ricordare che le tutele previste dalla L. 104 non prefigurano alcun automatismo rispetto all'individuazione della sede, dovendo queste ultime essere temperate con una serie di altri interessi (l'interesse pubblico) e presupposti di fatto (la disponibilità di sedi).

Dunque, il datore di lavoro, ed in questo caso la P.A., può anteporre le ragioni di organizzazione del lavoro rispetto all'interesse del lavoratore: la scelta della sede lavorativa più vicina deve essere obbligatoriamente rapportata ad una possibilità oggettiva del datore di lavoro di poter soddisfare tale scelta di sede, dovendosi prendere in considerazione innanzitutto la mancata compromissione della produttività o delle finalità istituzionali dell'Amministrazione stessa.

Chiara risulta, quindi, la previsione legislativa di voler porre un limite alla posizione giuridica di vantaggio di cui alla L. 104/1992, dato l'inserimento nella disposizione dell'inciso ***“ove possibile”*** (Cass. n. 28320/2013): il che, difatti, significa che l'amministrazione deve considerare i bisogni, personali e familiari, dei propri dipendenti, ma *“non può subordinare ad essi la*



*realizzazione dei propri compiti istituzionali, ai quali nel bilanciamento degli interessi, deve riconoscersi priorità” (Cons. Stato n. 5725/2011).*

Sul punto, la giurisprudenza sulla materia, sia ordinaria che amministrativa sostiene, infatti, che la facoltà di ottenere la mobilità nella fattispecie “*non costituisce un diritto incondizionato del dipendente, ma piuttosto una valutazione discrezionale dell'amministrazione*”, un “*semplice interesse legittimo*” (Cons. St. n. 1828/2012), per cui la P.A. può legittimamente respingere l'istanza di trasferimento presentata, giacché le condizioni personali e familiari del dipendente “*recedono di fronte all'interesse pubblico, alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione*” (Cons. Stato 4200/2014; n. 1073/2014; n. 1677/2014).

La regolamentazione delle richieste di mobilità nel pubblico impiego, con riferimento al personale non dirigenziale, anche in presenza di domanda avanzata ai sensi della legge 104/1992, è affidata alla contrattazione collettiva, la quale ha stabilito una serie di criteri interpretativi che devono tener conto di tutte le domande di mobilità, delle effettive disponibilità verso le sedi indicate, nonché – inevitabilmente – delle esigenze organizzative necessarie a garantire il buon andamento degli uffici (cfr. Cass. n. 829/2001: “*nel medesimo ordine di idee, Cass. 12692/2002; v. anche Cass. 1396/2006, secondo la quale il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio - previsto dall'art. 33, quinto comma, della legge n. 104 del 1992 - non è*



*assoluto e privo di condizioni, siccome l'inciso "ove possibile", indicato nella stessa norma, richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto e il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi - soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività"* Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - Ord. 16/10/2008 n. 25275).

La normativa citata e invocata dal ricorrente a supporto della propria richiesta, non conferisce un diritto assoluto in capo a chi la invoca, come da ultimo confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sent. n. 04200/2014 del 6.08.2014) che ha ritenuto, *"a seguito della novella di cui alla legge nr. 183 del 2010, .....dunque gli unici parametri entro i quali l'Amministrazione deve valutare se concedere o meno i benefici in questione - nella fattispecie concreta, il trasferimento presso la Casa Circondariale di Matera - sono da un lato le proprie esigenze organizzative ed operative e dall'altro l'effettiva necessità del beneficio, al fine di impedire un suo uso strumentale"*.

### **B) (assegnazione dell'incarico dirigenziale)**

Con **specifico riferimento** poi alla attribuzione (o mutamento) di incarichi dirigenziali, la norma richiamata deve essere correlata alle norme che disciplinano la fattispecie.



Il conferimento dell'incarico di funzioni dirigenziali spetta infatti alla unilaterale discrezionalità del direttore generale, da esercitare in applicazione dei criteri legali dettati dalla disposizione legislativa che regola questa funzione (art. 19 D.Lgs. n 165/2001).

E ciò sia in occasione del primo incarico dopo l'assunzione sia in occasione degli eventuali conferimenti successivi (danti luogo al mutamento dell'incarico).

Simile discrezionalità è temperata dall'obbligo di dare conto e pubblicità dei criteri prescelti. In base agli artt. 19 ss e 25 D.Lgs. n. 165/2001 la qualifica dirigenziale, acquisita con la stipulazione del contratto a tempo indeterminato all'esito della previa procedura concorsuale, non esprime (più) una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente a svolgerle concretamente per effetto del successivo conferimento dell'incarico a termine.

Detto conferimento è rimesso al potere organizzativo di ciascuna amministrazione, da esercitare avendo riguardo alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati e alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del



singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico (art. 19, comma 1, primo periodo, D.Lgs. n. 165/2001). L'esplicito riferimento alla complessità della struttura interessata, introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009, esprime la consapevolezza del legislatore della necessaria correlazione tra obiettivi e struttura organizzativa.

Con riferimento alla procedura di conferimento, in base al comma 1 bis dell'art. 19 D.Lgs. n. 165/2001, l'amministrazione rende "conoscibili" il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed indica "i criteri di scelta" da seguire nella valutazione delle disponibilità acquisite da parte dei dirigenti. Il comma 1 bis, ferma la necessaria previa indicazione del numero e della tipologia dei posti di funzione e dei criteri di scelta, richiede all'amministrazione di valutare le disponibilità acquisite dai candidati, nulla di più. Richiede, quindi, che l'amministrazione espliciti le ragioni per le quali ritiene un certo candidato idoneo a ricoprire un certo incarico, ma non impone lo svolgimento di una procedura comparativa, né tanto meno



l'esplicitazione delle ragioni per le quali ritiene un candidato più idoneo rispetto ad un altro (la dottrina è concorde in questo senso: Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010, 131 e seg. e 257; D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 11; Boscari, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 2010,12).

In relazione alla valutazione riservata all'amministrazione il dirigente vanta il diritto soggettivo non al posto, come detto, ma all'adempimento della procedura dettata dal legislatore.

Ne consegue che qualora egli ravvisi una violazione nella procedura di conferimento dell'incarico non potrà chiedere l'accertamento del proprio diritto a ricoprire un certo incarico dirigenziale e la condanna dell'amministrazione ad assegnarglielo (Cfr. Cass., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust Civ.*, 2009,1, 2850; tra le altre, Cass., 3 novembre 2006, n. 23549, in *Foro it.*, 2007,1,1806). Ciò è precluso, infatti, dalla discrezionalità riconosciuta all'amministrazione sia nella scelta del dirigente sia nella definizione dei contenuti dell'atto di conferimento (oggetto, obiettivi e durata).

Costituisce principio affermato pacificamente in giurisprudenza quello secondo cui **il dirigente pubblico, il cui incarico sia venuto a scadenza,**





**non ha diritto ad ottenerne il rinnovo** (Cassazione civile sez. lav., 22/02/2017, n. 4621).

Infatti, il sistema normativo del lavoro pubblico dirigenziale **esclude la configurabilità di un diritto soggettivo del dirigente a conservare in ogni caso determinate tipologie di incarico dirigenziale**, ancorché corrispondenti all'incarico assunto a seguito di concorso specificatamente indetto per determinati posti di lavoro e anteriormente alla cosiddetta "privatizzazione".

Lo stesso sistema, peraltro, conferma **il principio generale che, nel lavoro pubblico, alla qualifica dirigenziale corrisponde soltanto l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo e non consente perciò** – anche in difetto della espressa previsione di cui al D.Lgs n. 165/2001, art. 19 – **di ritenere applicabile l'art. 2103 c.c., risultando la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite non compatibile con lo statuto del dirigente pubblico** (Cass. N. 23760 del 2004, conf. Cass. N. 3451 del 2010; v. pure Cass. N. 22284 del 2014 e n. 24035 del 2013, nonché Cass. 15226 del 2015).

Si ribadisce, dunque, come l'incarico dirigenziale, per sua stessa natura, presuppone una valutazione da parte del datore di lavoro nell'assegnazione



dell'incarico in un certo qual modo "fiduciario" che il dirigente dovrà svolgere.

### **C) Prima assegnazione al ruolo dirigenziale**

Con il ricorso di cui trattasi la ricorrente contesta l'assegnazione ai ruoli regionali dell'Emilia-Romagna affermando la doverosa applicazione in detta fase dell'art. 33 comma 5 della legge 104/92 e chiede l'assegnazione, in via cautelare, ai ruoli di dirigente scolastico della Sicilia e ad una istituzione scolastica "più" vicina al domicilio di Palermo del coniuge disabile.

La ricorrente contesta la mancata applicazione della norma invocata in tale fase di assegnazione dei vincitori ai ruoli regionali, per essere stata fatta operare la norma nella fase successiva di affidamento dell'incarico.

La decisione dell'amministrazione è però legittima.

La disciplina esaminata prende le mosse dall'immissione in ruolo degli aspiranti, come conseguente al superamento della procedura concorsuale bandita, ai sensi del D.M. 03 agosto 2017, n. 138 (doc 2), con D.D.G. 23 novembre 2017, n. 1259 (doc 1). Va rilevato come il nominato decreto ministeriale n. 138/17, recante «Regolamento per la definizione delle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della dirigenza scolastica, la durata del corso e le forme di valutazione dei candidati ammessi al corso, ai sensi dell'art. 29 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 1, comma 217 della legge 28



dicembre 2015, n. 208», richiami in premessa l'art. 1, comma 2-ter, del decreto-legge n. 58 del 2014 e l'articolo 17 del decreto-legge n. 104 del 2013, comma 1-ter, che qualificano il corso-concorso quale nazionale, comportando, quale logico corollario, *«la necessità che la graduatoria di merito del concorso di ammissione al corso di formazione dirigenziale e del successivo corso di formazione e tirocinio siano entrambe nazionali»*.

Ne discende l'impossibilità per l'Amministrazione di consentire l'espressione della predetta preferenza ai sensi dell'art. 21 l.104/92 nell'ambito di una procedura nazionale e di una graduatoria parimenti nazionale, se non nella successiva fase dell'immissione in ruolo, questo sì per espressa previsione normativa (art. 25 D.Lgs. n. 165/2001), regionale e non nazionale.

Per tale ragione, la disposizione di cui all'art. 15, co. 3 del Bando cit. (D.D.G. 23 novembre 2017, n. 1259, art. 15, comma 3: *«Nell'assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992»*) prevede l'applicazione dei benefici di cui alla l. n. 104/1992 non nella fase di assegnazione al ruolo regionale, ma solo in successivo momento, all'atto della costituzione del rapporto di lavoro con il Direttore Generale dell'USR di destinazione, momento nel quale avviene l'individuazione della sede di servizio del dirigente.



La suddetta previsione, infatti, va letta in contiguità e diretta applicazione della disposizione sul carattere nazionale della procedura e della relativa graduatoria, conformemente attuata sia in sede regolamentare (art. 14 D.M. n. 138/17) che di *lex specialis* (art. 15 cit.).

Ciò, in quanto il regolamento è reso in attuazione dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art 1, comma 217 della L. n. 208/2015 («Nell'ambito dell'amministrazione scolastica periferica è istituita la qualifica dirigenziale per i capi di istituto preposti alle istituzioni scolastiche ed educative alle quali è stata attribuita personalità giuridica ed autonoma a norma dell'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni. I dirigenti scolastici sono inquadrati in ruoli di dimensioni regionale e rispondono, agli effetti dell'articolo 21, in ordine ai risultati, che sono valutati tenuto conto della specificità delle funzioni e sulla base delle verifiche effettuate da un nucleo di valutazione istituito presso l'amministrazione scolastica regionale, presieduto da un dirigente e composto da esperti anche non appartenenti all'amministrazione stessa»).

Pertanto, il diritto di precedenza ex art. 21 legge n. 104/92 può ricevere applicazione solo a seguito dell'assegnazione del dirigente scolastico ad un determinato ruolo dirigenziale regionale e nell'ambito di tale ruolo regionale.



Analogo discorso vale per quanto previsto dall'art. 33 co. 6, anch'esso richiamato dal bando, il quale prevede che "La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire alternativamente dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la **sede di lavoro** più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso" .

Diversamente, verrebbe a configurarsi, per la medesima procedura, una duplicità di graduatorie, di cui la prima comune a tutti i soggetti privi dei titoli azionabili ai sensi della l. 104/92, la seconda riservata ai soggetti individuati da quest'ultima normativa, traducendosi, di fatto, in una riserva di posti indeterminata - non essendo quantificabili a priori i potenziali beneficiari – e in ogni caso non prevista dalla normativa vigente.

In sostanza, dovrebbe effettuarsi un primo scorrimento, prescindendo dalla posizione in graduatoria, a favore dei titolari di l. 104 e, successivamente, assegnare in ordine di merito i posti di risulta ai candidati non beneficiari della suddetta normativa.

Se si analizza, infatti, la concreta applicazione del principio dedotto dai ricorrenti, essa comporterebbe in astratto non tanto l'espressione di una preferenza, bensì il sovvertimento della graduazione intervenuta ad opera della commissione giudicatrice, preliminarmente all'assegnazione in ruolo ed alla



scelta della sede di servizio, rappresentando sostanzialmente un collocamento per saltum in detrimento del posizionamento conseguito.

L'assegnazione ad un ruolo regionale piuttosto che ad un altro, infatti, dipende dalla posizione in graduatoria nazionale al netto, da un lato, delle preferenze espresse per le regioni di destinazione, dall'altro, della disponibilità di posti in quegli stessi ambiti prescelti.

A tale proposito l'art. 15, comma 2 del Bando riproduce fedelmente quanto disposto dal D.M. 138 che, all'art. 20, c. 23, prevede espressamente che “il ruolo regionale in cui i vincitori sono assunti è determinato, nel limite dei posti vacanti e disponibili ciascun anno e in ciascun USR, sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dai vincitori stessi all'atto dello scorrimento **della graduatoria**”.

Tuttavia, l'immissione in ruolo resta subordinata al regime autorizzatorio in materia di assunzioni di cui all'art. 39, commi 3 e 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n.449 (espressamente richiamato in lex specialis dal citato art. 15).

Non v'è, dunque, chi non veda come la disciplina contestata non promani dalla fonte regolamentare, bensì, a monte, dal combinato disposto delle norme primarie finora richiamate.

Né pare, a tutta evidenza, possa travalicarsi, nel caso di specie, il limite espressamente previsto all'esercizio delle prerogative vantate, che la



giurisprudenza nomofilattica e di legittimità (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997) riconducono al concreto bilanciamento, ai sensi dell'art. 41 Cost., delle esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro.

La suddetta clausola, dunque, va correttamente inserita nel quadro della legislazione vigente, laddove condiziona, specie nel caso di datore di lavoro pubblico, la fruizione dei benefici descritti all'esclusione di un grave pregiudizio per la controparte datoriale e, per quello che qui interessa, della collettività da quest'ultima rappresentata, incidendo sull'imparzialità dell'Amministrazione, che si troverebbe a rimodulare la graduatoria di merito in fase di assegnazione al ruolo regionale prima, di assegnazione della sede poi, con sostanziale duplicato esercizio del beneficio oggi vantato, a detrimento, non da ultimo, dei soggetti controinteressati.

L'impossibilità dell'Amministrazione di assegnare la preferenza richiesta deriva dall'indisponibilità, al netto della posizione vantata in graduatoria, di posti vacanti e disponibili (cfr. Sentenza Tribunale Lavoro Taranto 4 giugno 2019, n. 2143) in ciascuno degli ambiti regionali indicati in ordine di rigorosa preferenza rispetto a quello di effettivo incardinamento, né possono ritenersi tali i posti eventualmente affidati in reggenza su sottodimensionate - che, come previsto dall'art. 19, comma 5 del D.L. 98/2011, convertito con modificazioni dalla Legge n. 111/2011, non



possono essere assegnate a dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato - ovvero le sedi dei dirigenti in posizione di stato, atteso che gli stessi fanno pur sempre parte dell'organico regionale in quanto titolari di incarico nominale su una istituzione scolastica, sulla quale potrebbero peraltro dover rientrare in corso d'anno.

Come già chiarito dalla Corte Costituzionale, non vi è perciò lesione del principio di uguaglianza, perchè non vale il richiamo, quale *tertium comparationis*, dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104, che riguarda una fattispecie diversa da quella in esame. Nè è fondata la censura mossa con riguardo all'art. 2 della Costituzione: la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo è proprio il fine ispiratore della legge n. 104; e non se ne può isolare una singola disposizione - che introduce una disciplina favorevole al disabile, seppur circoscritta dai requisiti prima illustrati - per ipotizzare la lesione del citato parametro costituzionale: «La garanzia della vicinanza del luogo di lavoro rispetto alla residenza è strumento che agevola la tutela dell'integrità fisica del disabile, ma non può certo dedursi la violazione dell'art. 32 della Costituzione con riferimento alle condizioni poste al "diritto di precedenza" nell'assegnazione della sede. Considerazioni analoghe valgono per i parametri concernenti la tutela del diritto al lavoro (artt. 4 e 38 della Costituzione) che vanno interpretati riconoscendo al legislatore uno spazio per operare la ragionevole ponderazione degli





interessi in gioco, e dunque l'introduzione di limiti nell'attribuzione di diritti e nel riconoscimento di altre situazioni soggettive di garanzia dei lavoratori disabili» (cfr. Corte Cost, sentenza n. 246/1997).

\* \* \*

Difettando, per le ragioni finora esposte, il *fumus boni iuris*, il ricorso non potrà che essere respinto.

\* \* \*

### **P.Q.M**

Le amministrazioni evocate in giudizio, come sopra rappresentate e difese, rassegnano le seguenti

### **CONCLUSIONI**

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis:

1. respingere il ricorso avversario siccome infondato in fatto e in diritto e non provato.
2. Vinte le spese.

In via istruttoria, si depositano:

- 1) DDG 23.12.2017 n. 1259;
- 2) DM Istruzione 3 agosto 2017, n. 138

Bologna, 30 settembre 2019

Laura PAOLUCCI  
AVVOCATO dello STATO

