

TRIBUNALE ORDINARIO DI GORIZIA

-SEZIONE LAVORO-

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

PER: SILVIO CENERI (C.F.: CNRSLV72C13A535A) nato a Bacoli (NA) il 13.03.1972 e residente a Surbo (LE) in Via Giovanni XXIII n. 7 (73010), rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico Naso (C.F. NSA DNC 65M03 H501Z; Fax n.: 06 42005658; PEC: domeniconaso@ordineavvocatiroma.org) ed elettivamente domiciliato presso il suo studio legale in Roma, Salita di San Nicola da Tolentino, n. 1/b (00187), come da mandato in calce al presente atto;

-Ricorrente-

CONTRO: MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, GIÀ MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (MIUR) in persona del Ministro *pro tempore* – **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA PUGLIA**, domiciliati *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale di Trieste con sede in P.zza Dalmazia n. 3 (34133), con notifica via PEC al seguente indirizzo: ads.ts@mailcert.avvocaturastato.it;

- Resistente-

OGGETTO: PER L'ANNULLAMENTO E/O DISAPPLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO, DI DATA E PROTOCOLLO SCONOSCIUTI, CON IL QUALE L'U.S.R. PER LA PUGLIA HA RIGETTATO LA DOMANDA DI MOBILITÀ INTERREGIONALE "IN ENTRATA" NELLA REGIONE PUGLIA PRESENTATA DAL RICORRENTE. CONDANNA DEL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE AD ACCOGLIERE LA DOMANDA DI MOBILITÀ AI SENSI DELLA LEGGE N. 104/92 E AD ASSEGNARE IL RICORRENTE PRESSO UNO DEGLI ISTITUTI SCOLASTICI DELLA REGIONE PUGLIA INDICATI, A DECORRERE DALL'A.S. 2020/21.

ESPOSIZIONE DEI FATTI

Il ricorrente, dopo aver partecipato e superato positivamente la procedura concorsuale indetta con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017 (**cfr. doc. 1**), veniva assunto nei ruoli di Dirigente Scolastico presso l'Istituto Comprensivo "Dante Alighieri" di San Canzian d'Isonzo (GO).

Per quanto concerne l'assegnazione delle sedi di servizio, l'art. 15 del bando stabiliva che i vincitori fossero assegnati, secondo l'ordine della graduatoria di



concorso, ai singoli uffici scolastici regionali competenti alla sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

Nella fase di assegnazione della sede, effettuata su base regionale, i vincitori avrebbero potuto far valere, tra l'altro, le precedenzae previste dalla legge 104/1992, segnatamente quelle di cui agli artt. 21 e 33 (Cfr. art. 15, comma 3, ult. cpv. del bando secondo cui: *"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 n. 104/1992"*).

Il bando di concorso prevedeva, quindi, che in sede di domanda di partecipazione non si potessero indicare le sedi preferite, ma che tale opzione potesse essere fatta solo successivamente alla conclusione del concorso ed alla assegnazione del ruolo regionale da parte del Ministero dell'Istruzione.

In data 19.06.2020 il Dott. Ceneri trasmetteva all'U.S.R. per il Friuli Venezia Giulia la *"Richiesta di assenso per mobilità interregionale"*, chiedendo *"la mobilità interregionale per la regione Puglia e contestualmente l'assenso per la mobilità interregionale in uscita, preferibilmente per la provincia di Lecce. La presente istanza viene prodotta per le seguenti, motivate esigenze previste da norme speciali (art. 9, comma 3, C.C.N.L. 15/07/2010): sopraggiunte esigenze di assistenza di familiare disabile in situazione di gravità (art. 3, comma 3 L. 104/92) residente in provincia di Lecce"* (cfr. doc. 2).

Il Dirigente, all'interno della domanda di mobilità, esponeva le gravi condizioni di salute in cui versa il Sig. Francesco Giannuzzo, suo suocero, il quale ha ottenuto il riconoscimento di handicap grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge n. 104/92 in data 06.05.2020, dunque in un momento successivo a quello della stipula del contratto.

Come si evince infatti dall'accertamento INPS che ha riconosciuto la condizione di disabilità grave al Sig. Giannuzzo (cfr. doc. 3), la diagnosi accertata è quella di *"adenocarcinoma polmonare in radioterapia, insufficienza respiratoria cronica in O2, terapia 12 ore 7 die, cardiopatia ischemica, diabete mellito"*, che determinano una *"capacità di deambulazione sensibilmente ridotta"*.

Le condizioni di salute del Sig. Giannuzzo sono di una comprovata gravità, che hanno determinato il Dirigente a presentare la domanda di mobilità, in considerazione del fatto che non ci sono altri familiari che possono prendersi cura del disabile e che è necessaria una assistenza continua e quotidiana, sia per lo svolgimento delle



ordinarie attività della vita che per effettuare tutte quelle visite mediche indispensabili per la salute dell'invalido.

Si rappresenta infatti che il Sig. Giannuzzo, come emerge dalla documentazione versata in atti, veniva sottoposto in data 10.08.2020 a visita oncologica per stabilire il tipo di terapia da eseguire, all'esito della quale veniva stabilito trattamento delle lesioni tumorali con radioterapia e chemioterapia.

Nel referto rilasciato in data 28.08.2020 è stato dato atto degli esiti del ciclo di cura delle lesioni tumorali, a seguito del trattamento eseguito di "RADIOTERAPIA TRANSCUTANEA CON ACCELERATORE LINEARE – MV".

Dai referti medici allegati in atti, emerge la programmazione delle sedute di chemioterapia in corso di svolgimento, stabilite di volta in volta con progressivo aggiornamento sulla base delle decisioni dei sanitari (**cfr. doc. 4**).

Lo svolgimento delle predette sedute richiede una assistenza e vicinanza costante nei confronti del disabile, il quale è ancora più sofferente ed indebolito all'esito dei cicli chemioterapici.

Il ricorrente, in qualità di unico referente del suocero, pena la definitiva compromissione delle sue condizioni di salute, deve dunque garantirgli quella cura continua che non può essere garantita dai soli tre giorni al mese riconosciuti quale beneficio di cui alla legge n. 104/92 (**cfr. doc. 5**), considerato che le condizioni di salute del Sig. Giannuzzo sono gravi nonché precarie.

Occorre rilevare che il contesto familiare in cui vive il disabile non gli garantisce una assistenza continua ed efficace, soprattutto anche in considerazione della invalidità patita dalla moglie Sig.ra Giacomina Preite da oltre venti anni, che rende ancora più gravoso l'espletamento di ogni attività quotidiana (**cfr. doc. 6**).

Né la Sig.ra Preite potrebbe comunque prendersi cura del marito invalido, considerato che si tratta di una persona di oltre 70 anni che per legge non può prestare assistenza ad un disabile.

Si rappresenta infatti che, in caso di disabilità di un parente o affine, i lavoratori maggiorenni che prestano assistenza all'invalido hanno diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina alla sua residenza, rientrando in tali categorie:

- coniugi, conviventi, parenti o affini entro il II grado;
- parenti o affini entro il III grado, se i genitori o il coniuge del disabile hanno compiuto i 65 anni oppure sono anch'essi affetti da patologie invalidanti.



È dunque evidente che la Sig.ra Preite è impossibilitata a prestare assistenza a suo marito non solo in quanto invalida, ma anche e soprattutto in considerazione della sua età, che costituisce un limite all'assistenza previsto dalla legge.

I figli del Sig. Francesco Giannuzzo sono impossibilitati a prestare le cure necessarie al proprio padre, sia per motivi di salute sia per questioni legate alle attività professionali che svolgono, che potrebbero mettere a serio rischio la salute dell'invalido.

Si rappresenta infatti che la primogenita Silvia Giannuzzo svolge la professione di medico in un ospedale ed in quanto tale è già esposta ad un alto rischio di contagio di malattie ed infezioni, soprattutto nella delicata situazione sanitaria attuale.

La primogenita del disabile lavora infatti in una terapia intensiva neonatale, ove il pericolo di contagio è esponenzialmente più alto, condizione che rende eccessivamente rischiosa l'assistenza e vicinanza abituale con la persona invalida **(cfr. doc. 7)**.

Sarebbe infatti imprudente ed incauto, da un punto di vista medico, consentire alla Sig.ra Silvia Giannuzzo continui e ravvicinati contatti con il padre, in quanto soggetto immunodepresso che ha un'elevata probabilità di contrarre più facilmente virus ed infezioni ed il cui sistema immunitario potrebbe essere irrimediabilmente compromesso in caso di contatto con soggetti esposti ad alto rischio professionale.

Ciò soprattutto in considerazione della pericolosità dell'attuale virus SARS-CoV-2 (Covid-19), la cui pericolosità ed invasività sono altamente letali in soggetti che, come il suocero del ricorrente, presentano gravi problemi polmonari.

A ciò deve aggiungersi che la primogenita del disabile non solo è continuamente soggetta a turni anche notturni, ma potrebbe essere destinataria di provvedimenti da parte dell'Amministrazione per garantire la continuità assistenziale in ospedale, con conseguente revoca di ogni permesso per potersi recare dal padre.

La secondogenita Claudia Giannuzzo, nonché moglie dell'odierno ricorrente, presta servizio in qualità di docente in una scuola dell'infanzia a Lecce e si occupa dei due figli minorenni di 12 e 14 anni. La Sig.ra Giannuzzo risiede a circa 60 chilometri dalla residenza paterna, condizione che rende impossibile l'assistenza necessaria al genitore bisognoso, soprattutto in considerazione dell'assenza del Dott. Ceneri.



La Sig.ra Claudia Giannuzzo è oggettivamente impossibilitata ad assistere il proprio padre, essendo il marito fuori sede e dovendo già occuparsi del proprio lavoro e della prole.

Con particolare riferimento alla professione svolta dalla moglie del ricorrente, si rappresenta che la stessa è una docente della Scuola dell'Infanzia ed in quanto tale è esposta ad un alto rischio di contagio da Covid-19, in quanto insegna a bambini di età inferiore ai 6 anni, i quali sono esonerati dall'utilizzo di dispositivi di protezione delle vie aeree, e la cui gestione non è semplice, soprattutto in un periodo di emergenza sanitario come quello attuale che si protrarrà almeno fino al 31.01.2021.

Da ciò deriva senza dubbio un elevato pericolo a carico di tutti quei docenti che, come la Sig.ra Claudia Giannuzzo, pur indossando la mascherina chirurgica, vivono una condizione di rischio da contagio per la quale sarebbero estremamente pericolosi contatti con una persona affetta da gravi patologie come il suocero del ricorrente.

A ciò deve aggiungersi che, come risulta dalla documentazione versata in atti, la moglie del ricorrente presenta una cisti sinoviale alla mano sinistra che non le consente di eseguire movimenti di un certo rilievo, come sopportare il peso di una persona (**cfr. doc. 8**).

Il terzogenito Filippogiacomo Giannuzzo, come emerge dal referto clinico versato in atti (**cfr. doc. 9**), è affetto da una patologia alla colonna vertebrale che rende impossibile la cura del malato il quale necessita, tra l'altro, di un vero e proprio supporto fisico nello svolgimento delle ordinarie attività quotidiane.

A ciò si aggiunge il fatto che il terzogenito dell'invalido è un agente della Polizia di Stato ed in quanto tale non solo è necessariamente esposto ad un elevato numero di contatti con persone terze e sconosciute che aumentano il rischio da contagio da Covid-19, ma è anche continuamente soggetto a turni, ordini di servizio ed attività investigative che comportano inevitabilmente un allontanamento dalla famiglia, con la conseguenza che non è in grado di attendere alla cura del genitore, in quanto verrebbe altrimenti lesa la finalità dell'organo di Polizia.

Tutte le prospettate situazioni familiari dei figli dell'invalido confermano la loro incompatibilità con le condizioni di salute in cui versa il Sig. Francesco Giannuzzo, affetto da una gravissima patologia polmonare – tumore e fibrosi – che potrebbe essere definitivamente compromessa, proprio in quanto il Covid-19 danneggia principalmente l'apparato respiratorio.



Si rappresenta infatti che l'attività lavorativa svolta dai tre figli del disabile ed il relativo rischio di contagio cui sono potenzialmente esposti, porterebbe a gravi ripercussioni sul disabile, in quanto un eventuale periodo di quarantena priverebbe il Sig. Francesco Giannuzzo della necessaria assistenza per un lungo periodo.

Dalla situazione prospettata deriva conseguentemente che il Dott. Ceneri è l'unico familiare in grado, sia dal punto di vista fisico che lavorativo, di prestare al suocero l'assistenza e le cure cui necessita.

Le funzioni proprie del Dirigente Scolastico non solo garantiscono una maggiore flessibilità nella gestione delle ore di lavoro, in quanto non è previsto un vincolo di orario come invece richiesto agli altri familiari del disabile, ma consentono allo stesso di poter essere sostituito più facilmente.

Ciò attiene alla stessa funzione dirigenziale che, in quanto tale, è caratterizzata dall'assenza di un orario di lavoro, in quanto non vi è un obbligo di permanenza nell'Ufficio per un determinato numero di ore.

Il Dirigente è dunque vincolato non già alle ore di lavoro da svolgere, bensì agli obiettivi e compiti da portare a termine e alle relative responsabilità, a prescindere da un effettivo orario e da contatti con terza persone.

Si rappresenta infatti che l'esposizione del Dott. Ceneri a contatti con terzi è notevolmente ridotta, proprio in considerazione del ruolo professionale acquisito, che gli consente di effettuare incontri in videoconferenza e/o programmati.

Le condizioni familiari del ricorrente in tale sede rappresentate, rendono evidente che la grave e compromessa situazione di salute del disabile può essere sostenuta ed affrontata dal solo Dott. Ceneri, pena la lesione del diritto alla salute del suocero.

Risulta pertanto evidente ed oggettiva l'impossibilità per altri familiari di assistere l'invalido, il quale tra l'altro è pienamente capace di intendere e di volere e da sempre ha manifestato la volontà di essere assistito dall'odierno ricorrente, quale familiare in grado di soddisfare meglio le sue necessità sia dal punto di vista fisico che psicologico (**cfr. doc. 10**).

Si rammenta infatti che il benessere psicologico e la volontà della persona da assistere, in questo caso di un malato oncologico che versa in gravi condizioni di salute, sono meritevoli di tutela e devono essere anteposti a qualsiasi situazione di fatto o di diritto, ai sensi della legge n. 104/92.



In riscontro alla domanda di mobilità presentata dal ricorrente in data 19.06.2020, il Ministero dell'Istruzione - U.S.R. per il Friuli Venezia Giulia trasmetteva in data 03.07.2020 il decreto n. 6179 con il quale stabiliva che *“Con riferimento all'avviso di questo ufficio prot. n. 5268 del 12 giugno 2020 e in relazione alla sua richiesta di mobilità interregionale del 19 giugno u.s., considerate le documentate motivazioni da Lei addotte, si concede l'assenso alla mobilità interregionale da questa Regione alla Regione Puglia. Pertanto con la presente la sua domanda viene trasmessa in allegato al Direttore Generale dell'Ufficio Scolastico Regionale, che legge per conoscenza”* (cfr. doc. 11).

In data 04.07.2020 il ricorrente presentava all'U.S.R. per la Puglia richiesta di mutamento di incarico interregionale, nella quale esponeva la sua situazione professionale e le rilevanti esigenze familiari poste a sostegno della richiesta di mobilità (cfr. doc. 12).

Il ricorrente dichiarava, tra le esigenze familiari e/o casi di particolare urgenza (art. 9 co. 3, CCNL 2010), che la domanda di trasferimento è stata determinata da *“Sopraggiunte esigenze di assistenza di familiare disabile in situazione di gravità (art. 3, comma 3 l. 104/92) residente in provincia di Lecce. Trattasi di affine di 1° grado dello scrivente, Francesco Giannuzzo, per il quale l'ASL di Poggiardo (LE) – Commissione INVCIV e 104/92 – ha riconosciuto lo stato di disabilità definitivo con gravità dell'handicap ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/92 e per cui sono già stati richiesti i benefici assistenziali previsti dalla normativa vigente in capo allo scrivente”*.

Deve infatti ribadirsi che il ricorrente ha già chiesto all'Amministrazione i benefici di cui alla l. n. 104/92 per la fruizione di tre giorni al mese previsti per assistere il disabile (cfr. doc. 13).

Il Dott. Ceneri, il quale allegava tutta la documentazione comprovante la concreta sussistenza dell'esigenza di assistenza del familiare disabile in situazione di gravità, indicava quali preferenze i seguenti istituti scolastici della Regione Puglia:

CODICE MECCANOGRAFICO	DENOMINAZIONE	LUOGO
LEIC85100B	I.C. SALICE SALENTINO	SALICE SALENTINO
LEIC86900L	I.C. TREPUZZI POLO 1	TREPUZZI
LEEE07100P	2 C.D. “E. DE AMICIS”	LECCE
LEIS037009	I.I.S.S. “ENRICO MEDI”	GALATONE
LEIC89800L	POLO 3 “PANTALEO	NARDO’



	INGUSCI"	
LEIC8AP00X	I.C. MARITTIMA-DISO-CASTRO	DISO
LEIC836009	I.C. MINERVINO DI LECCE	MINERVINO DI LECCE
LEIC84300C	I.C. UGGIANO LA CHIESA	UGGIANO LA CHIESA

Con la pubblicazione del decreto n. 18656 del 15.07.2020 e relativi allegati, l'U.S.R. per la Puglia ha pubblicato gli elenchi relativi alle conferme di sede ai dirigenti scolastici con incarico in scadenza, nonché i nuovi incarichi di direzione (**cf. doc. 14**).

Soltanto prendendo visione degli allegati al suddetto provvedimento di attribuzione degli incarichi di D.S., il Dirigente ha appreso il rigetto della domanda di mobilità, nonostante la sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla l. n. 104/92.

È evidente che l'Amministrazione ha palesemente violato i diritti posti a tutela della persona invalida che, nel caso di specie, è residente nella Regione Puglia e può essere assistito soltanto dal Dott. Ceneri, stante la sussistenza di tutte le condizioni oggettive legittimanti la richiesta e la vicinanza tra la sua residenza e quella del suocero.

Il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per la Puglia, nonostante la documentazione allegata dal ricorrente ed in aperta violazione dell'art. 9 comma 4 del CCNL Area V Dirigenza, ha negato l'assenso "in entrata" nella Regione Puglia, senza peraltro motivare tale arbitrario rigetto.

L'illegittima condotta del Ministero è ancora più evidente se solo si considera che due uffici appartenenti alla medesima Amministrazione hanno fornito esiti diversi in merito alla stessa questione: come già evidenziato, l'U.S.R. per il Friuli Venezia Giulia ha infatti accolto la richiesta di nulla osta del Dirigente, laddove invece l'U.S.R. per la Puglia ha immotivatamente negato il trasferimento, pur in presenza di tutti i presupposti di legge.

Si rappresenta inoltre che il comma 4 dell'art. 9 del CCNL Area V Dirigenza è stato recentemente modificato dall'art. 53 del CCNL Comparto Istruzione e Ricerca 2016-2018 che, in relazione alla mobilità interregionale dei Dirigenti, ha previsto l'eliminazione del consenso dell'Ufficio scolastico della regione di destinazione, essendo necessario il solo assenso da parte dell'U.S.R. di appartenenza.

Il Ministero resistente, nonostante le gravi patologie del familiare del ricorrente documentate anche in tale sede e la disponibilità di sedi disponibili nella Regione



Puglia, non ha accolto la domanda di mobilità, probabilmente a causa dell'assegnazione presso l'Istituto Comprensivo "Dante Alighieri" di San Canzian d'Isonzo, in provincia di Gorizia, per un periodo minimo di tre anni.

In tal modo l'Amministrazione ha negato al Dott. Ceneri l'applicazione immediata dei principi di cui alla legge n. 104/92 in relazione alla assegnazione del Dirigente presso la Regione richiesta.

Il ricorrente chiede dunque la corretta e legittima applicazione delle regole e dei principi di cui alla legge n. 104/1992, chiedendo che si tenga conto delle disciplina ivi contenuta al fine di concludere positivamente la procedura di mobilità interregionale in "uscita" dalla Regione Friuli Venezia Giulia alla Regione Puglia.

Si precisa ancora che il ricorrente ha documentato le esigenze di salute del suocero e che l'Amministrazione non ha minimamente motivato il diniego alla richiesta di mobilità presso i ruoli dirigenziali della regione Puglia, nonostante il positivo nulla osta rilasciato dall'Ufficio Scolastico Regionale del Friuli Venezia Giulia.

A ciò deve aggiungersi che, per l'a.s. 2020/21, l'Amministrazione ha illegittimamente proceduto allo scorrimento della graduatoria pubblicata all'esito della procedura concorsuale di cui al D.D.G. n. 1259/17, comprensiva di 3420 candidati di cui 2900 vincitori e 520 idonei.

Ciò comporta che, indipendentemente dalla l. n. 104/92, hanno paradossalmente avuto diritto all'assegnazione presso scuole disponibili nuovi Dirigenti che si trovano in una posizione della graduatoria anche con minore punteggio del ricorrente.

Il Dott. Ceneri, preso atto del provvedimento di rigetto della mobilità "in entrata" nella Regione Puglia, evoca pertanto l'applicazione della legge n. 104/1992 al fine di ottenere l'assegnazione triennale presso la predetta regione.

SULLA FASE CAUTELARE

Prima di entrare nel merito della questione, occorre preliminarmente riassumere la fase cautelare del presente giudizio, instaurato dinanzi a Questo III.mo Tribunale adito.

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 20.07.2020 e ritualmente notificato all'Amministrazione (**cfr. doc. 15**), il Dott. Ceneri adiva l'intestato Tribunale al fine di ottenere il riconoscimento del suo diritto alla mobilità, previsto dall'art. 9 comma 3 del C.C.N.L. 15/07/2010 e garantito dalla legge n. 104/92.



Con decreto n. 1289/2020 del 28.08.2020, il Tribunale di Gorizia – Giudice Dott.ssa Gallo rigettava il ricorso promosso in via cautelare d'urgenza motivando solo sulla presunta carenza del *periculum in mora* e nulla argomentando in merito al profilo del c.d. *fumus boni iuris* (**cfr. doc. 16**).

Il Giudice, nonostante le numerose allegazioni documentali rese in atti comprovanti la concreta sussistenza di un pericolo grave ed irreparabile per la salute del Sig. Giannuzzo, ha argomentato sulla base di una presunta assenza nel caso di specie del grave pregiudizio patito dal Dott. Ceneri ed ha contestato la mancata prova della “*reale incisività*” della situazione patita dal ricorrente.

Con ricorso ex art. 669-terdecies c.p.c. depositato in data 02.09.2020 e ritualmente notificato all'Amministrazione (**cfr. doc. 17**), il ricorrente chiedeva la riforma del decreto cautelare nonché il riconoscimento del suo diritto alla mobilità, ai sensi della legge n. 104/92.

Con ordinanza n. 1542/2020 del 12.10.2020 il Tribunale di Gorizia, in composizione collegiale, rigettava il reclamo proposto dal ricorrente, argomentando sia sulla insussistenza del *fumus boni iuris* che in merito al *periculum in mora*, sostenendo erroneamente la mancanza della prova delle “*effettive esigenze di cura ed assistenza*” da prestare al disabile (**cfr. doc. 18**).

Deve essere in tale sede rilevata l'illegittima condotta dell'Amministrazione, che non ha minimamente preso in considerazione le gravi e comprovate esigenze di salute patite dal Sig. Francesco Giannuzzo il quale, pur essendo un malato oncologico continuamente sottoposto a trattamenti che rendono progressivamente deteriori le sue condizioni di salute, si trova sprovvisto di una quotidiana e vitale assistenza.

Il Dott. Ceneri si trova pertanto costretto ad agire in tale sede al fine di ottenere il riconoscimento del suo diritto alla mobilità, a tutela delle prioritarie esigenze di salute del suocero affetto da handicap grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 della l. n. 104/92.

DIRITTO

- I. SULLA PALESE INSUSSISTENZA DI UNA GRADUATORIA PER LA SCELTA, DA PARTE DELL' AMMINISTRAZIONE, DI COLORO CHE DEVONO PRENDERSI CURA DEL DISABILE: VIOLAZIONE DELLA LEGGE N. 104/92. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL' ART. 9 COMMI 3 E 4 DEL CCNL AREA V DIRIGENZA.**



L'Amministrazione, negando l'assenso alla mobilità "in entrata" nella regione Puglia, ha arbitrariamente ed illegittimamente negato al ricorrente i diritti garantiti dalla legge n. 104/92 a tutela del disabile.

Occorre preliminarmente precisare che, in sede di mobilità per assistenza al familiare disabile, non viene pubblicata una graduatoria da parte dell'Amministrazione avente ad oggetto una priorità nell'assegnazione a seconda del grado di parentela o affinità.

Si rappresenta infatti che i lavoratori maggiorenni con handicap in situazione di gravità o i lavoratori familiari del disabile che gli prestano assistenza, hanno diritto di scegliere ove possibile la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona invalida, in particolare:

- il coniuge convivente, parente o affine entro il II grado;
- i parenti o affini entro il III grado, se i genitori o il coniuge del disabile hanno compiuto il 65esimo anno di età oppure sono anch'essi affetti da patologie invalidanti.

Il vincolo triennale di permanenza presso la sede di prima assegnazione può essere superato dalla *lex specialis* di cui alla l. n. 104/92, che nulla dispone in merito ad una presunta graduatoria tra i Dirigenti che hanno ottenuto la mobilità per disabilità personale, per assistenza al parente o affine.

Ciò si evince anche dall'art. 9 comma 3 del CCNL dell'Area V della Dirigenza scolastica, dal quale emerge chiaramente che: *"1. il mutamento degli incarichi dei dirigenti scolastici ha effetto dall'inizio di ogni anno scolastico o accademico. 2. Il mutamento dell'incarico, a richiesta del dirigente, in ogni caso segue i sottoindicati criteri: a) esperienze professionali e competenze maturate, desumibili anche dall'applicazione delle procedure di cui all'art. 20 del CCNL dell'11 aprile 2006; il dirigente che ha ottenuto il mutamento dell'incarico in applicazione del presente criterio non ha titolo a formulare ulteriori richieste per tutta la durata dell'incarico stesso; b) va riconosciuta un'ulteriore priorità, a parità di condizioni, a chi abbia maturato nell'attuale sede di servizio un maggior numero di anno e/o si impegni a permanere per almeno due incarichi consecutivi nella sede richiesta, con espressa rinuncia ad avvalersi della facoltà di chiedere mutamento dell'incarico. 3. **In deroga ai criteri di cui al comma 2, il mutamento di incarico su posti liberi è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari: a) insorgenza di malattie che necessitino di cure in strutture sanitarie esistenti***



solo nelle sedi richieste; b) trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale; c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali. 4. 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, 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".

Al comma 3 del citato articolo non vi è infatti riferimento ad alcuna graduatoria stilata in base a presunte "precedenze" determinate da una valutazione da parte dell'Amministrazione delle motivazioni poste a sostegno della domanda di mobilità.

Non vi è infatti alcuna disposizione che stabilisce una priorità nella concessione della mobilità per l'assistenza ad un familiare piuttosto che ad un affine disabile, come comprovato dalla recente giurisprudenza favorevole allegata in atti.

Tra gli **"altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali"** di cui alla lettera c) del comma 3 dell'art. 9 del CCNL di settore, vi è certamente quello contemplato dall'art. 33 della legge n. 104/92, che testualmente dispone che **"[...] 5. Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha 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. [...]"**, e che non indica alcuna priorità nell'assegnazione per la tipologia di parentela e/o affinità alla persona disabile da assistere.

A ciò deve aggiungersi che è del tutto illegittimo l'operato dell'U.S.R. per la Puglia, laddove non ha fornito alcun riscontro alla domanda di mobilità presentata dal ricorrente, in aperto contrasto con la normativa vigente in materia.

È evidente che due Uffici della stessa Amministrazione hanno agito in maniera difforme, come emerge dalla nota n. 6507 del 14.07.2020 dell'U.S.R. per il Friuli Venezia Giulia (**cfr. doc. 19**), nel quale al punto f) relativo al **"conferimento di nuovo incarico per mobilità interregionale"** che **"non sono pervenuti nulla osta da parte di altri**



USR per mobilità interregionale in entrata e non sono pervenute notizie sull'esito dei tre nulla osta concessi per la mobilità interregionale in uscita".

Si rappresenta che uno dei predetti nulla osta per i quali *"non sono pervenute notizie"* è quello relativo alla domanda di mobilità presentata dal ricorrente, al quale non è stato comunicato l'esito della istanza ma il cui rigetto è stato appreso dallo stesso soltanto per comunicazione indiretta a seguito della pubblicazione del bollettino dei movimenti "in entrata" dei D.S. disposti dall'U.S.R. Puglia.

L'art. 9 comma 4 del CCNL Area V – Dirigenza prevedeva che *"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, 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. 53 del CCNL Area Istruzione e Ricerca 2016-2018 è intervenuto nel senso di modificare il disposto di cui al comma 4 dell'art. 9 del predetto CCNL prevedendo, in tema di "Modifiche di discipline precedenti", che *"1. All'art. 9 comma 4 del CCNL Area V del 15/7/2010 sono eliminate le parole "e con il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta"*".

Ciò comporta che, ai fini della mobilità interregionale, non è più necessario il consenso dell'U.S.R. di destinazione, essendo sufficiente il solo assenso del Dirigente dell'Ufficio Scolastico Regionale di provenienza.

Il Dott. Generi ha pertanto subito una evidente lesione dei suoi diritti garantiti e previsti dalla legge n. 104/92 in quanto, pur avendo ottenuto il consenso da parte dell'U.S.R. per il Friuli Venezia Giulia, quale Regione di appartenenza, ha ricevuto il rigetto da parte dell'U.S.R. per la Puglia, pur essendo normativamente prevista la non necessità dell'assenso da parte dell'Ufficio Scolastico della Regione di destinazione.

La negazione dei diritti del ricorrente è confortata da recenti pronunce giurisprudenziali, tutte conformi nel senso di riconoscere il pieno diritto dei Dirigenti



Scolastici ad ottenere il trasferimento nella Regione di residenza al fine di assistere l'affine disabile.

In particolare il Tribunale di Foggia, in una controversia non dissimile da quella oggetto del presente procedimento, ha affermato che *"Ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992: "il lavoratore di cui al comma 3 (ossia, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti) 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". Ai sensi dell'art. 601 del d. lgs. 16.04.1994, n. 297: "1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità". La Corte costituzionale ha chiarito che la legge n. 104/1992 è diretta a garantire diritti umani fondamentali. La posizione giuridica di vantaggio prevista dall'art. 33 comma 5 della legge 104/1992, tuttavia, non è illimitata, considerato che la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina deve essere soddisfatta solo "ove possibile" (si vedano C. Cost. n. 406 del 1992; n. 325 del 1996; n. 246 del 1997; n. 396 del 1997). Secondo la Suprema Corte "alla stregua dell'art. 33, comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104, il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un handicappato, di scegliere la sede lavorativa più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non si configura come un diritto assoluto od illimitato, perché tale diritto non può essere fatto valere allorché - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra diritti, tutti, di rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere, in maniera consistente, le esigenze economiche, organizzative o produttive del datore di lavoro e per porsi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - in contrasto con l'interesse della collettività, l'onere della cui prova incombe sulla parte datoriale privata o su quella pubblica" (Cassazione civile sez. un., 27/03/2008, n.7945). Deve peraltro*



disattendersi l'orientamento giurisprudenziale, ormai minoritario, secondo cui il beneficio di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, anche dopo le modifiche introdotte dagli artt. 19 e 20 della legge n. 53 del 2000, è concedibile unicamente in fase di prima scelta della sede lavorativa (all'atto cioè dell'assunzione e non anche, come nella specie, in sede di trasferimento), dovendosi condividere il più recente indirizzo che estende il beneficio in parola alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (Cass. n. 28320/2013), oppure quando essa già preesista ma l'interessato, per ragioni apprezzabili, intenda mutare la propria residenza (Cass. n. 16298/2015). Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, l'art. 9 CCNL Personale Dirigente Area V 2010, relativo al "Mutamento dell'incarico", prevede che: " 1. Il mutamento degli incarichi dei dirigenti ha effetto dall'inizio di ogni anno scolastico o accademico. 2. Il mutamento dell'incarico, a richiesta del dirigente, in ogni caso segue i sottoindicati criteri: a) esperienze professionali e competenze maturate, desumibili anche dall'applicazione delle procedure di cui all'art. 20 del CCNL dell'11-4-2006; il dirigente che ha ottenuto il mutamento dell'incarico in applicazione del presente criterio non ha titolo a formulare ulteriori richieste per tutta la durata dell'incarico stesso; b) va riconosciuta un'ulteriore priorità, a parità di condizioni, a chi abbia maturato nell'attuale sede di servizio un maggior numero di anni e/o si impegni a permanere per almeno due incarichi consecutivi nella sede richiesta, con espressa rinuncia ad avvalersi della facoltà di chiedere mutamento dell'incarico. 3. In deroga ai criteri di cui comma 2, il mutamento di incarico su posti liberi è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari: a) insorgenza di malattie che necessitano di cure in strutture sanitarie esistenti solo nelle sedi richieste; b) trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale; c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali. 4. 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, 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".



Ciò posto, nel caso in esame risulta documentalmente provato che la ricorrente ha tempestivamente presentato domanda per la mobilità interregionale ex art. 9 CCNL Area V per essere trasferita dalla Regione Puglia alla Regione Campania; che Fiorentino Gaspare, residente in Castellamare di Stabia e legato alla ricorrente da rapporto di affinità rilevante ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 (circostanza non contestata dal MIUR), è stato riconosciuto dall'Inps - in data 28.2.2017 - portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 104/1992; che la ricorrente risulta essere il referente unico per l'assistenza al suocero, atteso che il MIUR non ha specificamente contestato che gli altri appartenenti al nucleo familiare non siano in grado di prestare assistenza a Fiorentino Gaspare (si vedano le dichiarazioni prodotte da parte ricorrente). Risulta altresì dimostrata la sussistenza nella Regione Campania di sedi vacanti e disponibili per il ruolo di Dirigente Scolastico. Sul punto, il MIUR ha dedotto che la Regione Campania ha riservato alla mobilità interregionale 16 posti. L'amministrazione resistente ha esposto altresì che i dirigenti, preferiti alla Di Martino, "avevano tutti superato il vincolo triennale" ed erano personalmente in situazione di handicap grave, ovvero avevano il coniuge o il figlio nella predetta situazione. Le affermazioni del MIUR, relative al superamento del vincolo triennale e alla condizione di handicap grave in capo ai dirigenti assegnatari dei posti, risultano tuttavia del tutto sfondate di prova documentale. Le ulteriori contestazioni sollevate dall'amministrazione scolastica non paiono poi condivisibili. In primo luogo, la disciplina di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, risultando posta a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti e inerenti al diritto fondamentale delle persone disabili di ricevere adeguata assistenza dai propri familiari, deve ritenersi *lex specialis*, quindi prevalente, sia rispetto alle norme di rango sublegislativo che prevedono vincoli di permanenza del dirigente presso l'istituzione scolastica (DM 635/2015), sia rispetto alla norma di cui all'art. 35 comma 5 del d.lgs. n. 165/2001, che prevede un vincolo di inamovibilità pluriennale del dipendente. Deve infatti osservarsi che, ove dovesse riconoscersi l'automatica prevalenza della norma che prevede il divieto di trasferimento prima della scadenza dell'incarico triennale, si giungerebbe a privare della tutela effettiva il disabile, il cui interesse è invece preminente oltre che esclusivo rispetto a quello dell'amministrazione e del richiedente. Il MIUR, peraltro, non ha dimostrato che il trasferimento del ricorrente non sarebbe



attuabile per preminenti esigenze della P.A.. Il Ministero ha allegato la indisponibilità delle sedi in quanto assegnate a dirigenti titolari di benefici ex legge 104/92 di maggiore rilievo, senza tuttavia in alcun modo provare siffatte allegazioni. Il Ministero ha infatti meramente dedotto, ma non provato, che i posti disponibili per la mobilità interregionale in Campania fossero solo sedici. Non risulta peraltro in alcun modo dimostrato che gli assegnatari godessero di criteri di precedenza idonei a sopravanzare la ricorrente, portatrice di interesse tutelato sia dall'art. 9 CCNL di settore, sia da norme di rango costituzionale e di rango primario. Deve poi evidenziarsi che l'USR Puglia ha emesso parere favorevole al trasferimento richiesto dalla ricorrente. Deve pertanto riconoscersi la sussistenza del fumus boni iuris. Sussiste pure il periculum in mora, in considerazione della documentata assenza di altri familiari dediti alla assistenza del suocero della ricorrente, portatore di handicap grave. La domanda merita pertanto accoglimento" (cfr. doc.ti 20-24: Ordinanza Tribunale di Foggia n. 25107/2020 del 24.08.2020; Ordinanza del Tribunale di Bologna n. 5346/2020 del 31.08.2020; Ordinanza Tribunale di Padova n. 4309/2020 del 08.09.2020; Ordinanza del Tribunale di Milano n. 20715 del 19.08.2020 richiamata nel D.D.G. U.S.R. Lazio n. 914 del 28.08.2020; Ordinanza Tribunale di Pesaro n. 2347/2020).

Alla luce di quanto esposto, in assenza di una graduatoria che stabilisce l'ordine di priorità nelle assegnazioni, è chiaro che sussiste una eccessiva discrezionalità da parte dell'Amministrazione nella concessione del nulla osta, come dimostrato dal fatto che lo stesso Dott. Ceneri ha in un primo momento ottenuto l'assenso dalla Regione Friuli Venezia Giulia, per poi subire successivamente la mancata concessione del nulla osta da parte dell'U.S.R. per la Puglia, che non ha neanche fornito al ricorrente alcuna motivazione in merito.

II. DIRITTO DEL RICORRENTE AD OTTENERE IL TRASFERIMENTO NELLA REGIONE PUGLIA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 33 COMMA 5 DELLA LEGGE 5 FEBBRAIO 1992, N. 104. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 DEL CCNL AREA V DIRIGENZA SCOLASTICA DEL 15.07.2010.

Il Dirigente odierno ricorrente ha pieno diritto al trasferimento nella Regione Puglia, avendo documentato la grave situazione patita dal suocero ed essendo l'unico tra i familiari in grado di assistere il disabile, come ampiamente esposto in fatto.



Il disagio patito dal Dott. Ceneri è evidente, se solo si considera che il Dirigente è in possesso dei soli tre giorni di permesso previsti a beneficio della l. n. 104/92 e che sta continuamente chiedendo giorni di ferie al fine di assistere il suocero.

È manifesto il notevole disagio patito dal Dirigente, il quale sta utilizzando giorni di ferie al fine di assistere il disabile, laddove tali giornate dovrebbero garantire il legittimo recupero psicofisico.

La materia degli incarichi dirigenziali è assoggettata alla disciplina generale prevista dall'art. 19 del decreto legislativo n. 165 del 2001 così come modificato dall'art. 3, legge n. 145 del 2002, nonché dall'art. 25 del d.lgs. 165 del 2001 e successive modifiche, ed alle disposizioni contenute negli articoli 11, 13 e 20 del CCNL – Area V – sottoscritto in data 11 aprile 2006, nonché dagli articoli 7 e 9 del CCNL – Area V – sottoscritto in data 15 luglio 2010 e, da ultimo dal CCNL sottoscritto il 08.07.2019 (**cfr. doc.ti 25-26**).

Si ritiene che la soluzione della presente controversia dipenda dall'interpretazione della legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, commi 3, 5 e 6, come modificato dalla legge n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'art. 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, portatore di handicap o che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado “..ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicino al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Per quel che maggiormente interessa al Dott. Ceneri, l'art. 33 testualmente dispone che “[...] 5. **Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha 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.** 6. *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.* 7. *Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità”*.



La normativa tende, come è ovvio, a tutelare i diritti delle persone disabili nell'ambito del rapporto di lavoro.

A conferma di quanto affermato, il *“Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”* di cui al D.Lgs. n. 297/94 all'art. 601 dispone che *“..gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico”* e che *“le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”*.

L'interpretazione trova conforto nei ripetuti interventi della Corte Costituzionale, con i quali è stato chiarito che la legge n. 104/1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l'istituto di cui al cit. articolo 33, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della persona handicappata (C. Cost. n. 406/1992; n. 325/1996; n. 246/1997; n. 396/1997).

Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentono l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002).

La giurisprudenza di merito è intervenuta recentemente in un caso identico a quello che ci occupa, affermando il diritto del dirigente scolastico che assiste il proprio parente o affine portatore di *handicap* ad ottenere la precedenza nell'assegnazione della sede regionale.

La sentenza di merito emessa dal Giudice del lavoro di Lecco il 29 ottobre 2019 ha chiarito che l'art. 15 del bando di concorso è disposizione illegittima ed illogica, disapplicandola nella parte in cui ha reso inefficaci gli artt. 21 e 33 della legge n. 104/1992 alla procedura concorsuale conclusasi a luglio 2019.

Ed invero, la pronuncia del Giudice di Lecco ripristina un principio intangibile, ribadito anche dall'art. 601 del d.lgs. 297 del 1994, secondo il quale l'art. 21 della legge n. 104/1992 presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale.

Le posizioni espresse dal Giudice delle Leggi hanno ispirato l'orientamento della Corte di Cassazione, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della



sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso *“ove possibile”* richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001; 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite sent. 27 marzo 2008, n. 7945).

L'illegittimità del mancato riconoscimento del diritto di precedenza nella scelta della sede di assegnazione ai sensi dell'art. 33 della l. n. 104/92 è stata confortata da una recente pronuncia del **Tribunale di Ancona** che, con provvedimento del 05.03.2020, ha riconosciuto il pieno diritto della ricorrente, in qualità di vincitrice del concorso di cui al D.D.G. n. 1259/17, all'assegnazione presso una sede di servizio nella città di residenza del padre, invalido ai sensi della l. n. 104/92.

Nella citata pronuncia è stato infatti chiarito che *“E', altresì, pacifico che, né al momento della presentazione della domanda di partecipazione al concorso né nella fase di espressione di preferenza della sede tra 17 regioni italiane, è stato permesso alla ricorrente di far valere il proprio diritto di precedenza. Infatti, solo una volta assegnata la regione, l'USR di competenza ha previsto l'applicabilità delle preferenze di scelta della sede ai sensi degli artt. 21 o 33 della l. n. 104/1992. Ebbene, l'art. 33 comma 5 l. cit. prevede che: “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”; Come affermato dalla Suprema Corte, (v. sent. SS.UU. n. 16102 del 2009) “la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, non configura in generale, in capo ai soggetti ivi individuati, un diritto assoluto e illimitato, poiché esso può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro”. Ancora di recente, la Suprema Corte (v. n. 585/2016) ha confermato che “tale diritto, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, secondo il quale esso può essere esercitato ove possibile, in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora l'esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) ed implica che l'handicap sia*



*grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa (Cass. 27.05.03 n. 8436). Il diritto non è assoluto e privo di condizioni e implica un 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 (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945)". La Corte di Cassazione, con la recente sent. n. 6550/2019, ha, altresì, evidenziato l'esigenza di addossare al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni. Orbene, sotto tale profilo, l'Amministrazione non ha dedotto alcuna specifica esigenza discendente da un interesse pubblico, che venga in qualche modo pregiudicata dall'assegnazione della ricorrente nella regione di preferenza, bensì unicamente l'applicazione del bando di concorso, nonché la natura nazionale della procedura concorsuale. Si deve, tuttavia, osservare che la disposizione del bando è di natura secondaria e non può violare, oltre che le norme sovranazionali (v. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e di rango costituzionale, neppure la norma di rango primario e speciale della l. n. 104/1992 cit. che impone, certamente "ove possibile", il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio del lavoratore che assiste un disabile. **Non si vede, poi, come il fatto che si trattasse di una procedura nazionale abbia potuto impedire o rendere così difficoltoso il riconoscimento del diritto di precedenza, essendo, al contrario, naturale che, nell'ambito di una procedura nazionale, a livello nazionale debba anche essere permesso l'esercizio del diritto ex L. n. 104/1992. D'altronde, è evidente che il riconoscimento del diritto di precedenza solo nella fase di immissione in ruolo, ossia nell'ambito della regione assegnata in virtù del solo criterio della graduatoria di merito, frustra del tutto le esigenze primarie e di rango costituzionale poste a base dei diritti riconosciuti dalla legge 104/1992, comportando conseguenze illogiche e irrazionali, contrarie allo spirito della legge".***

Nella stessa direzione il Tribunale di Belluno, con pronuncia del 04.02.2020, in accoglimento del ricorso presentato da un neo Dirigente Scolastico il quale chiedeva il trasferimento al fine di prestare assistenza ad un familiare disabile, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della l. n. 104/92, ha riconosciuto il diritto della ricorrente al trasferimento



“presso altra sede nella provincia dell’Aquila, essendo la stessa titolare dei benefici della legge n. 104 del 1992, in quanto referente unico per l’assistenza della signora ..., residente nella predetta provincia; ... ritenuto che la disposizione del bando è di natura secondaria e non può violare una norma di rango primario quale è la legge n. 104/1992 che impone il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibile più vicine al domicilio del lavoratore titolare dei benefici della legge n. 104/1992; ... considerato che non riconoscere la precedenza di scelta al lavoratore titolare di benefici della legge 104/1992, vanifica di fatto la tutela riconosciuta della predetta legge; ... PQM accoglie il reclamo e per effetto, in riforma dell’impugnata ordinanza reclamata, ORDINA all’amministrazione resistente di rilevare la domanda della ricorrente, considerando la precedenza di cui all’art. 33, co. 5 della Legge 104/1992 e di adottare i provvedimenti conseguenti”.

D’altro canto l’art. 9 del CCNL del personale Dirigenziale degli istituti scolastici Area V del 15.07.2010 relativo al mutamento dell’incarico prevede che: *“1. il mutamento degli incarichi dei dirigenti scolastici ha effetto dall’inizio di ogni anno scolastico o accademico. 2. Il mutamento dell’incarico, a richiesta del dirigente, in ogni caso segue i sottoindicati criteri: a) esperienze professionali e competenze maturate, desumibili anche dall’applicazione delle procedure di cui all’art. 20 del CCNL dell’11 aprile 2006; il dirigente che ha ottenuto il mutamento dell’incarico in applicazione del presente criterio non ha titolo a formulare ulteriori richieste per tutta la durata dell’incarico stesso; b) va riconosciuta un’ulteriore priorità, a parità di condizioni, a chi abbia maturato nell’attuale sede di servizio un maggior numero di anno e/o si impegni a permanere per almeno due incarichi consecutivi nella sede richiesta, con espressa rinuncia ad avvalersi della facoltà di chiedere mutamento dell’incarico. 3. **In deroga ai criteri di cui al comma 2, il mutamento di incarico su posti liberi è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari: a) insorgenza di malattie che necessitino di cure in strutture sanitarie esistenti solo nelle sedi richieste; b) trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale; c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali.** 4. 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, 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".

Tale ultimo comma è stato modificato dal CCNL Comparto Scuola 2016-2018, che ha eliminato l'indispensabilità del *"consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta"*, essendo necessario e sufficiente il solo assenso da parte dell'U.S.R. di provenienza.

Con particolare riferimento ai Dirigenti che hanno ottenuto la mobilità, l'Amministrazione non ha specificato le motivazioni poste alla base della scelta di accogliere le istanze di altri beneficiari piuttosto che quelle del ricorrente, che non ha ricevuto alcun riscontro dall'U.S.R. per la Puglia.

Ciò è avvenuto in aperto contrasto con la nota del Ministero dell'Istruzione n. 14232 del 05/06/2020 relativa alle "Operazioni di attribuzione degli incarichi dirigenziali", nella quale l'Amministrazione ha espressamente invitato i Direttori Generali di tutti gli Uffici Scolastici Regionali d'Italia a tenere «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», condizione che nel caso di specie non si è verificata, in quanto i suddetti Uffici Scolastici Regionali non hanno minimamente motivato il rigetto della domanda di mobilità avanzata, in palese contrasto con i principi posti a tutela della persona disabile **(cfr. doc. 27)**.

A ciò deve aggiungersi che la nota ministeriale non ha affrontato la questione tra il vincolo triennale di permanenza e il diritto al trasferimento ai sensi dell'art. 33 comma 5 della l. n. 104/92, lasciando così al libero arbitrio e alla eccessiva discrezionalità dei singoli Uffici Scolastici Regionali la decisione in merito alla concessione o meno dell'assenso alla mobilità.

Ora venendo al caso di specie, si tratta di scelta della prima sede lavorativa, essendo il Dott. Ceneri vincitore del recente concorso per titoli ed esami a dirigente scolastico indetto con D.D.G. n. 1259 del 2017.



La giurisprudenza ormai costante, che in un primo tempo affermava che i diritti derivanti dalla legge n. 104/1992 in relazione alla scelta della sede dovessero applicarsi solo in costanza di scelta della prima sede, ha ormai esteso tali benefici anche ai successivi incarichi, ovvero nel momento in cui la carriera è già iniziata.

Sulla applicabilità al caso di specie di tale pacifico orientamento nulla parrebbe potersi obiettare dal momento che la giurisprudenza ha esteso l'applicabilità dei principi della legge 104/1992 a tutte le fasi del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ivi compreso il rapporto dei dirigenti scolastici di cui all'art. 9, CCNL Area V della dirigenza scolastica.

Altra questione che costituisce presupposto della applicabilità del congegno normativo cui si è fatto riferimento risiede nella spiegazione da attribuire ai termini “*..mutamento di incarico*”.

Ed invero, il termine è stato recentemente interpretato in modo estensivo dalla giurisprudenza della Cassazione la quale, con sentenza n. 16298 del 2015, ha esteso il beneficio della possibilità di richiedere l'assegnazione ad una diversa sede anche in sede di trasferimento sia per sopravvenuta situazione di *handicap* (Cass. 18 dicembre 2013, n. 28320) che allorché la situazione di *handicap* preesista ma l'interessato – per apprezzabili ragioni – intenda mutare la propria residenza.

Ciò posto risulta che il ricorrente ha documentato lo stato di *handicap* del suocero, il cui accertamento è stato espletato in data 06.05.2020, e che abbia presentato la domanda di assegnazione presso la Regione Puglia a lui gradita, in quanto luogo di residenza dove si trova il familiare affetto da grave invalidità permanente.

La distanza tra San Canzian d'Isonzo, dove è stato assegnato il Dirigente, e quello di residenza è di notevole rilevanza, condizione che rende impossibile l'assistenza quotidiana di cui il suocero del ricorrente necessita in considerazione delle sue gravi e precarie condizioni di salute.

Si è trattato quindi di una richiesta di trasferimento per apprezzabili ragioni, rifiutata dall'Amministrazione senza peraltro motivarne la ragione.

Ed invero, consta che presso la Regione Puglia siano presenti posti vacanti per la copertura di Dirigente Scolastici.



Siamo dunque in presenza di una richiesta che soddisfa in pieno i requisiti richiesti dal Legislatore e dalle parti sindacali in sede di formulazione del CCNL dell'Area V, poich :

- Il ricorrente ha documentato lo stato di salute del suocero e richiede l'applicazione in suo favore del comma 5, art. 33 legge n. 104/1992;
- La richiesta di assegnazione presso la Regione Puglia   *"..possibile"* (si cfr. art. 33, comma 5, legge n. 104/1992 e C.Cost. n. 372/2002) per due ordini di ragioni, data la presenza di posti ed il mancato contrasto con l'interesse pubblico ed il buon andamento della P.A.;
- Vi sono posti disponibili, come risulta dal provvedimento di attribuzione degli incarichi presso la Regione Puglia.

La disponibilit  di posti vacanti nei ruoli della Dirigenza presso la Regione Puglia   stata confermata dal Decreto n. 29370 del 13.10.2020 dell'U.S.R. Puglia avente ad oggetto *"Conferimento incarichi di reggenza annuale a.s. 2020-2021. Richiesta disponibilit "*, nel quale si attesa che *"Lo scrivente Ufficio deve procedere al conferimento di eventuali incarichi di reggenza annuale presso Istituzioni scolastiche stie in San Severo (FG), Bari e Monopoli (BA)" (cfr. doc. 28).*

A conferma dell'illegittimit  della condotta dell'Amministrazione vi sono numerose pronunce giurisprudenziali sul punto, tutte dirette a sostenere la prioritaria esigenza di tutela di matrice costituzionale connessa alla condizione di persona con handicap.

In particolare il Tribunale di Palermo, in una controversia analoga alla presente, ha ritenuto che *"anche recentemente, la Corte di Cassazione (SL, sent. 2019/n. 6150) ha ribadito in materia la necessit  di una interpretazione normativa compatibile con le esigenze di tutela di rilievo costituzionale connesse alla condizione di persona con handicap (invocando anche la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. n. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso gi  la Corte si   espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017), pur rammentando nuovamente "non (esser)vi dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.. Tale bilanciamento, come gi  statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del*



2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegiate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte”, ove Cass. SL 2016/n. 585, ha confermato che “tale diritto, in virtù dell'inciso contenuto nella norma, secondo il quale esso può essere esercitato ove possibile, in applicazione del principio del bilanciamento degli interessi, non può essere fatto valere qualora l'esercizio leda in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative dell'azienda (se si verta in situazione di lavoro privato) ed **implica che l'handicap sia grave o, comunque, richieda un'assistenza continuativa (Cass. 27.05.03 n. 8436)**. Il diritto non è assoluto e privo di condizioni e implica un 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 (Cass. 25.01.06 n. 1396 e 27.03.08 n. 7945)”; rilevato che la Corte di Cassazione, con la cit. sent. 2019/n. 6550, ha evidenziato l'esigenza di addossare al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni; ritenuto che i principi espressi dal giudice di legittimità, con specifico riguardo all'istituto di cui al co. 5, dell'art. 33, l. cit., certamente sono applicabili al caso di specie, in ragione dell'esigenza personale di tutela del lavoratore portatore di menomazione psico-fisica qualificata, implicante i medesimi valori, poiché la ratio della norma è quella di garantire comunque, in concreto, la tutela del portatore di handicap, riconosciuta prioritaria dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che - proclamata a Nizza nel 2000 e successivamente adottata a Strasburgo il 13 dicembre 2007 - all'art. 26 (intitolato Inserimento dei disabili) stabilisce che: “L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”; ritenuto che, pertanto, alla luce della Carta citata, cui l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei trattati ed alla quale anche in precedenza è stato riconosciuto carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei (Corte costituzionale, sentenze n. 135 del 2002, n. 393 e n. 394 del 2006) avente, quindi, come tale valore di ausilio interpretativo (Corte cost. sentenze n. 349 del 2007, n. 251 del 2008, in tal senso Cass. n. 15873/2012), deve ritenersi in via cautelare affetto da nullità il bando



di concorso nel prevedere che la tutela per i disabili nell'assegnazione della sede sarebbe stata applicata solo dopo l'assegnazione dei vincitori del concorso alle Regioni; [...] ritenuto, infatti, che tale diritto va in questa sede dichiarato, non avendo l'Amministrazione dedotto alcuna specifica esigenza discendente da un interesse pubblico, che venga in qualche modo pregiudicata dall'assegnazione della ricorrente nella sede più vicina a Palermo, bensì unicamente l'applicazione del bando di concorso, di cui sussiste il fumus boni iuris della nullità; ritenuto che, d'altra parte, la disposizione del bando è di natura secondaria e non può violare, oltre che le norme sovranazionali e di rango costituzionale, neppure la norma di rango primario e speciale della l. 1992/n. 104 cit. che impone, certamente "ove possibile", il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio del lavoratore handicappato" (cfr. doc. 29).

A specificazione di quanto dedotto in fatto preme ribadire che la disciplina di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, risultando posta a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ed inerenti al diritto fondamentale delle persone disabili di ricevere adeguata assistenza dai propri familiari o per se stessi qualora sia il dipendente stesso a volerne beneficiare, deve ritenersi *lex specialis*, quindi prevalente, sia rispetto alle norme di rango sub legislativo che prevedono vincoli di permanenza del dirigente scolastico presso l'istituzione scolastica (D.M. 635/2015), sia rispetto alla norma di cui all'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede un vincolo di inamovibilità pluriennale del dipendente.

Deve infatti osservarsi che se non dovesse riconoscersi la suddetta prevalenza e quindi – al contrario – ritenersi l'automatica prevalenza della norma che prevede il divieto di trasferimento prima della scadenza dell'incarico triennale, si giungerebbe a privare – di fatto e nel concreto - il disabile della tutela effettiva il cui interesse è invece preminente oltre che esclusivo rispetto a quello dell'Amministrazione e del richiedente.

In secondo luogo, avendo parte ricorrente assolto il proprio onere probatorio in relazione sia allo stato di salute del familiare richiesto per l'applicazione dei benefici *ex lege* n. 104/1992 in sede di prima assegnazione sia all'impossibilità oggettiva per altri familiari di prestargli assistenza, nonché alla sussistenza dei posti liberi presso la Regione Puglia ed all'esigenza – per converso – di coprire i posti di Dirigente Scolastico presso la stessa, il Ministero è chiamato al preciso onere probatorio volto a



dimostrare che l'assegnazione della sede presso la regione Puglia contrasti con il preminente interesse pubblico.

III. ILLEGITTIMITÀ DELL'ART. 15 DEL BANDO DI CONCORSO DI CUI AL D.D.G. N. 1259/17 NELLA PARTE IN CUI NON RICONOSCE IL DIRITTO ALLA PRECEDENZA NELLA SCELTA DELLA SEDE AI SENSI DELLA L. N. 104/92.

L'art. 15 del bando di concorso approvato con D.D.G. 1259 del 23 novembre 2017 dispone che *"1. Sono dichiarati vincitori del corso-concorso, i candidati utilmente collocati nella graduatoria generale di merito conclusiva del corso di formazione dirigenziale e tirocinio nel limite dei posti previsti dall'art. 2, comma 2. 2. I vincitori sono assegnati ai ruoli regionali sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dai vincitori stessi all'atto dello scorrimento della graduatoria, nel limite dei posti vacanti e disponibili ciascun anno e in ciascun USR. 3. I vincitori sono invitati, dal competente USR a sottoscrivere il contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro relativo alla dirigenza scolastica. Resta fermo il regime autorizzatorio in materia di assunzioni di cui all'art. 39, commi 3 e 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Nell'assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli artt. 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge n. 104/1992. 5. I dirigenti assunti a seguito della procedura concorsuale definita dal presente bando di concorso 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 (tre anni)"*.

Orbene, il sistema di assegnazione delle sedi di servizio delineato nel bando si pone in evidente contrasto con i principi sanciti dall'art. 33 della legge n. 104/1992, nonché dall'art. 601 del decreto legislativo n. 294/1997.

Proprio in relazione alla questione della prima assegnazione delle sedi a seguito della conclusione del concorso per Dirigenti scolastici, si è pronunciata la giurisprudenza di merito la quale, dopo aver esaminato il contenuto dell'art. 33 della legge 104/1992, in relazione al diritto di precedenza nella scelta della sede di prima assegnazione del dirigente, ha posto in evidenza la illogicità dell'art. 15, del D.D.G. n. 1259/2017 nella parte in cui ne dispone l'applicazione solo in sede di assegnazione della sede regionale.

In particolare, il Tribunale di Roma, sezione lavoro, con ordinanza n. 96252 del 01.10.2019, ha accolto il ricorso di un Dirigente scolastico vincitore del concorso in



oggetto al quale, sebbene avesse effettuato una scelta prioritaria per la regione di residenza ai sensi della l. n. 104/92, non era stato riconosciuto il diritto alla precedenza.

Il Tribunale di Roma ha ritenuto che *“il Ministero, in base ad una erronea ed illegittima interpretazione dell’art. 15 del Bando di concorso aveva ritenuto che il diritto di scelta prioritaria di cui all’art. 21 cit. non potesse essere esercitato nella fase di assegnazione dei vincitori alle Regioni, ma soltanto nella fase successiva dell’assegnazione alle istituzioni scolastiche della Regione a cui erano stati assegnati. [...] risulta evidente come la disposizione di cui all’art. 15 comma 2 del bando di concorso in esame secondo cui “I vincitori di concorso sono assegnati ai ruoli regionali sulla base dell’ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dai vincitori stessi all’atto dello scorrimento della graduatoria, nei limiti dei posti vacanti e disponibili ciascun anno ed in ciascun USR” letta in combinato disposto con il successivo comma 3 secondo cui “...nell’assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli artt. 21 e 33 commi 5, 6 e 7 L. 104/1992” non possa essere intesa, come ritenuto dal MIUR nel senso che il diritto di scelta prioritaria di cui all’art. 21 L. n. 104/92 possa essere esercitato soltanto nella fase successiva dell’assegnazione alle istituzioni scolastiche della Regione a cui sono stati assegnati e non nella precedente di assegnazione dei vincitori alle Regioni. Ed infatti, il mancato espresso richiamo nel comma 2 alla disciplina di cui agli artt. 21 e 33 commi 5, 6 e L. 104/1992 non può far ritenere in alcun modo che tale fase dell’assegnazione delle sedi regionali possa avvenire in deroga alla normativa di fonte superiore, valendo viceversa l’espresso richiamo operato al comma 3 come specifica resa opportuna onde non si creassero malintesi da parte degli USR in ragione della bifasicità della scelta. In altre parole: la norma di cui al bando di concorso appare voler sottolineare nel suo complesso che il diritto di prescelta non si esaurisce nella prima fase riferita alla scelta della Regione ma continua a permanere anche nella successiva fase di scelta della sede nell’ambito della medesima Regione. Per altro, se così non fosse, ed a seguire per un attimo l’interpretazione adottata dal Ministero, si arriverebbe all’assurdo logico di dare peso ad esigenze di vicinanza in fatto irrilevanti poiché ciò che preme di più e tutela la persona invalida ed handicappata è non allontanarsi dalla Regione di residenza e cura piuttosto che la scelta di una Provincia*



tra le tante appartenenti ad un'altra Regione i cui perimetri possono essere comunque lontani centinaia di chilometri da luoghi di vita e di interesse" (cfr. doc. 30).

Anche il Tribunale di Reggio Calabria ha riconosciuto che *"l'assegnazione e l'inquadramento in ruolo regionale dei vincitori del concorso è fase successiva alla proclamazione dei vincitori stessi e, quindi, rientra nella fase di assunzione e di scelta della prima sede di servizio, fase in cui va esercitato il diritto di priorità nella scelta della sede di cui all'art. 21 c. 1 l. 104/92" (cfr. doc. 31).*

Ciò è stato confermato dal Tribunale di Napoli, sezione lavoro, che con ordinanza n. 49741 del 25 settembre 2019 (cfr. doc. 32) emessa in un caso pressoché identico a quello che ci occupa, ha chiarito che *"..la risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della legge n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla legge n. 53 del 2000, e successivamente, dall'art. 24, comma 1, lett. b) della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado 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. Tale norma trova applicazione, ai sensi dell'art. 601 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 *"..al personale di cui al presente testo unico"* comportandone *"la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità"*. La sua interpretazione, ovviamente, non può prescindere dai ripetuti interventi della Corte Costituzionale, con i quali è stato chiarito che la legge n. 104/1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, non essendo tuttavia l'istituto di cui al cit. art. 33, comma 5, l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della persona handicappata, né essendo la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso *"ove possibile"* (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Trattasi, quindi, di un principio di carattere generale, quello della tutela delle persone disabili, statuito da una norma di legge. Ed, invero, in vari contratti collettivi nazionali succedutisi nel tempo, nel disciplinare il conferimento ed il mutamento degli incarichi dirigenziali, nonché la mobilità professionale ed interregionale, non fanno riferimento alcuno alla valutazione delle eventuali esigenze familiari di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, ma*



piuttosto richiamano i principi generali statuiti dal d.lgs. n. 165/2001 in materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali. Per i dirigenti scolastici, dunque, diversamente da quanto previsto per docenti e personale A.T.A., le norme pattizie non contemplano un diritto tout court di precedenza nella scelta della sede o di non allontanamento dalla stessa, trovando quindi applicazione i principi generali di cui alla legge n. 104/1992. Va altresì rilevato che, con la recente sentenza n. 6150/2019 la Suprema Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento della precedente giurisprudenza secondo cui la disposizione normativa di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 deve essere interpretata nel senso che il diritto del lavoratore che assiste un portatore di handicap in situazione di gravità sia esercitabile anche in costanza di rapporto di lavoro e non soltanto al momento dell'assunzione, evidenziando la funzione solidaristica della norma e le esigenze di tutela del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità. L'interesse contrapposto a quello dell'Amministrazione, quindi, non è quello del lavoratore, ma quello del portatore di handicap, il che rafforza indubbiamente l'esigenza di tutela e protezione che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta della norma predetta.

La stessa sentenza così prosegue: “..ferma la qualificazione come “diritto” della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso “ove possibile” contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.; tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012) dovrà valorizzare le esigenze di cura col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive allegare e comprovate da parte datoriale”.

In base a tali fondate e condivisibili argomentazioni, l'esercizio del diritto in esame non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro in base a generiche esigenze di organizzazione aziendale, ma può cedere il passo soltanto a fronte della prova della sussistenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive che non possono essere diversamente soddisfatte; l'onere probatorio di tali circostanze incombe sul datore di lavoro.



Al riguardo va, altresì, chiarito, proprio in relazione agli arresti sopra citati della Corte Costituzionale e della Suprema Corte, come l'inciso "ove possibile", contenuto nella citata norma, indichi *"..la natura sì non assoluta del diritto in questione, ma non si ponga in contrasto con quanto sinora argomentato, potendo ritenersi precluso il diritto al trasferimento solo in difetto della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (il cui onere di allegazione e di prova è invero a carico della parte resistente – Cass. 3896/2009), avendo l'amministrazione esclusivamente un interesse a coprire tutti i posti vacanti e non potendo certo ipotizzarsi oggettivi disservizi e/o danni per l'amministrazione scolastica o per la collettività per effetto del riconoscimento del diritto di precedenza in questione anche in costanza di rapporto e in tutte le fasi della mobilità"*¹.

A identiche conclusioni è pervenuto sia il Tribunale di Siena, sezione lavoro con provvedimento n. 2304 del 4 settembre 2019 (**cf. doc. 33**) che il Tribunale di Latina, sezione lavoro con ordinanza n. 2678 del 5 marzo 2019 (**cf. doc. 34**).

Nel caso di specie l'Amministrazione, nel negare il trasferimento, non ha fornito la prova della sussistenza di alcuna esigenza tecnica, organizzativa e di alcun interesse pubblico sotteso al diniego che determinerebbero l'impossibilità per il ricorrente di assegnazione ad una sede più vicina alla propria residenza e, segnatamente presso la regione Puglia al fine di assistere suo suocero.

Appare del tutto illegittima e irragionevole – in quanto lesiva della primaria esigenza di tutela della persona con handicap grave – la disposizione dell'art. 15 comma 3 del bando di concorso per dirigenti scolastici nella parte in cui prevede che l'applicazione dei benefici della legge n. 104/1992 possa avvenire solo in un momento successivo di *"..assegnazione della sede di servizio.."*, e cioè quando il competente U.S. della Regione di assegnazione individui l'istituzione scolastica.

La pretesa fatta valere dal ricorrente si pone in aperto contrasto con l'art. 15 del Bando di concorso che, come avvalorato in una recente pronuncia del Tribunale di Pesaro, è una *"previsione che attua l'art. 29 del D. Lgs. 165/2001, oltre che con l'art. 9, comma 4, del CCNL, il quale, bilanciando l'interesse pubblico con l'opposto interesse del dipendente, consente lo spostamento in casi di particolare gravità, ma solo all'interno dell'ambito regionale, conformemente alla natura condizionata del diritto al trasferimento ("...come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove*

¹ Cfr. Corte Cass., n. 24015/2017 ed altre.



possibile"..."). Orbene, ritiene il Collegio che il ragionamento seguito dall'Amministrazione e dal giudice di prime cure (oltre che da una parte della giurisprudenza di merito) non sia condivisibile in punto di diritto, laddove non tiene in considerazione la gerarchia delle fonti, essendo indubitabile che la legge (nella specie, la L. n. 104/1992) non possa essere derogata dalla normativa secondaria contenuta in un Regolamento, qual è appunto il DM 138/17 relativo alle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della dirigenza scolastica. Né essa appare in contrasto con l'art. 25 del D. Lgs. n. 165/2001, il quale si limita a prevedere che i dirigenti siano inquadrati in "ruoli di dimensione regionale", con evidente riferimento al ruolo di prima e seconda fascia previsto dall'art. 23 del medesimo Decreto per i dirigenti di amministrazioni diverse da quella scolastica e all'art. 21 dello stesso testo, con riguardo alla valutazione dei risultati, ma senza alcun valore dispositivo in ordine alla collocazione del dirigente in quanto lavoratore dipendente. Ancora, il Collegio ritiene improprio il richiamo alle disposizioni del bando di concorso, e dunque del regolamento n. 138/17 dal quale il bando deriva, come *lex specialis* rispetto alla legge n. 104/92 e per questo prevalente sulla stessa, **non potendosi in alcun modo affermare che il regolamento si riferisca alla medesima fattispecie contenuta nella legge, senza peraltro considerare che il suggerito criterio di specialità è recessivo rispetto al criterio gerarchico, sicché la norma speciale non può derogare la norma generale posta da una fonte del diritto di rango superiore**" (Ordinanza del Tribunale di Pesaro n. 2347/2020 del 08.10.2020).

E', invero, illogico non riconoscere le precedenze nella fase iniziale di assegnazione della Regione, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale.

Difatti, risulta del tutto indifferente per il lavoratore la scelta tra l'una o l'altra sede, in una Regione comunque lontana dal proprio domicilio.

Il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di



relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010), ivi compresa appunto la comunità familiare.

L'illogicità dell'art. 15 del bando emerge con evidenza allorchè si dice che il vincitore del concorso potrà godere dei benefici della legge n. 104/1992 riconosciuti dalla norma primaria, in merito alla scelta della sede, solo se assegnato alla Regione dove risiede.

Ebbene, una disposizione di natura secondaria non può violare la norma di rango primario della legge n. 104/1992 cit. che impone "*ove possibile*" il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio della persona da assistere, ponendo come unico limite l'impossibilità derivante da esigenze economiche e organizzative, che dovranno essere necessariamente provate dalla parte datoriale.

L'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione è dunque evidente.

Tanto premesso e considerato il ricorrente, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato

RICORRE

All'Ill.mo Tribunale adito affinché, fissata ex art. 415/2 C.P.C. l'udienza di discussione di cui all'art. 420 C.P.C., e istruita la causa, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

NEL MERITO

- **ANNULLARE E/O DISAPPLICARE**, previo riconoscimento del diritto alla precedenza ex l. n. 104/92, il provvedimento di data e protocollo sconosciuti con il quale il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per la Puglia ha negato l'assenso alla mobilità "in entrata" verso la Regione Puglia;

- **ACCERTARE E DICHIARARE** il diritto del Dott. Ceneri, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/92, ad ottenere il trasferimento presso la Regione Puglia, in qualità di Dirigente Scolastico;

PER L'EFFETTO:

- **ORDINARE E CONDANNARE** l'Amministrazione resistente ad assegnare definitivamente il ricorrente ai ruoli regionali della regione Puglia in uno degli Istituti scolastici indicati all'interno della domanda di mobilità;



- **CONDANNARE** l'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni patrimoniali e morali patiti e patienti derivanti dal mancato trasferimento, da liquidarsi in via equitativa;

- **CONDANNARE** l'Amministrazione resistente al ristoro delle spese sostenute dal ricorrente nel giudizio cautelare.

Con vittoria di onorari, spese e competenze di giudizio, a favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario.

In via istruttoria si versano in produzione:

1. D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017;
2. Domanda di mobilità in uscita dal Friuli Venezia Giulia;
3. Accertamento INPS del 06.05.2020;
4. Referti medici Sig. Giannuzzo;
5. Legge n. 104/92;
6. Documentazione invalidità Sig.ra Preite;
7. Documentazione attività lavorativa primogenita;
8. Documentazione secondogenita;
9. Documentazione terzogenito;
10. Autodichiarazione Sig. Francesco Giannuzzo;
11. Decreto U.S.R. Friuli Venezia Giulia n. 6179 del 03.07.2020;
12. Domanda di mobilità in entrata nella Regione Puglia;
13. Richiesta assistenza l. n. 104/92;
14. Decreto U.S.R. Puglia n. 18656 del 15.07.2020;
15. Ricorso ex art. 700 c.p.c.;
16. Decreto rigetto Tribunale di Gorizia n. 1289/2020 del 28.08.2020;
17. Ricorso ex art. 669-terdecies c.p.c.;
18. Ordinanza rigetto Tribunale di Gorizia n. 1542/2020 del 12.10.2020;
19. Nota U.S.R. Friuli Venezia Giulia prot. n. 6507 del 14.07.2020;
20. Ordinanza Tribunale di Foggia n. 25107/2020 del 24.08.2020;
21. Ordinanza del Tribunale di Bologna n. 5346/2020 del 31.08.2020;
22. Ordinanza Tribunale di Padova n. 4309/2020 del 08.09.2020;
23. D.D.G. U.S.R. Lazio n. 914 del 28.08.2020;
24. Ordinanza Tribunale di Pesaro n. 2347/2020;
25. CCNL 15.07.2010;



- 26.CCNL 08.07.2019;
- 27.Nota Ministero dell'Istruzione n. 14232 del 05.06.2020;
- 28.Decreto U.S.R. per la Puglia n. 29370 del 13.10.2020;
- 29.Ordinanza Tribunale di Palermo n. 36001/2019;
- 30.Ordinanza Tribunale di Roma, n. 96252 del 01.10.2019;
- 31.Ordinanza Tribunale di Reggio Calabria n. 17298/2019;
- 32.Ordinanza Tribunale di Napoli n. 49741 del 25 settembre 2019;
- 33.Ordinanza Tribunale di Siena, n. 2304 del 4 settembre 2019;
- 34. Ordinanza Tribunale di Latina, n. 2678 del 5 marzo 2019.

Con ogni ulteriore riserva di deduzione, contro deduzione e produzione di documenti.

^^^

Si dichiara che, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 9 del T.U. sulle Spese di Giustizia (D.P.R. 115/2002) così come modificato dal D.L. n. 98 del 2011 convertito in Legge con ss.mm., il valore della presente controversia è indeterminabile. Pertanto l'importo del C.U. dovuto è pari ad € 259,00.

Roma, 23.10.2020

Firmato digitalmente
Avv. Domenico Naso

