

**ECC.MO TRIBUNALE ORDINARIO DI VELLETRI**

**SEZIONE LAVORO**

**Ricorso cautelare ante causam ex art. 700 c.p.c.**

**con richiesta di decreto inaudita altera parte ex art. 669-sexies c.p.c.**

**e istanza di autorizzazione alla notifica ex art. 151 c.p.c.**

**\*\*\***

**OGGETTO:** Assegnazione a dirigente scolastico della sede di servizio più vicina al familiare disabile da assistere (art. 33, comma 5, l. n. 104/92)

**\*\*\***

Per la dott.ssa **Di Tella Caterina**, nata a Santa Maria Capua Vetere (CE) il 4 marzo 1974, c.f. DTLCRN74C44I234N, residente a Santa Maria Capua Vetere (CE), in Via Italia n. 9, c.a.p. 81055, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente tra loro, giusta procura speciale allegata al presente atto, dall'Avv. Prof. Andrea Saccucci (c.f. SCCNDR74M16L483Q - indirizzo p.e.c. avv.andreasaccucci@pec.it), dall'Avv. Matteo Magnano (c.f. MGNMTT80P23E532P - indirizzo p.e.c. matteomagnano@pec.it) e dall'avv. Giulia Borgna (c.f. BRGGLI84S47C357H – indirizzo giulia.borgna@pec.it), con domicilio digitale eletto nei suindicati indirizzi di posta elettronica certificata, ove dichiarano di voler ricevere le comunicazioni,

contro

**Ministero dell'Istruzione** (c.f. 80185250588) (già Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca), in persona del Ministro *pro tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato;

nonché nei confronti

di tutti i dirigenti scolastici ai quali è stato conferito, a qualsiasi titolo, un incarico di dirigenza scolastica o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche della regione Campania, a decorrere dal 1/9/2021 o successivamente.

**FATTO**

**I. SULLA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI DI CUI ALL'ART. 33, COMMA 5, DELLA L. N. 104/92**

1. L'odierna ricorrente è dipendente pubblico (dirigente scolastico) che, come



documentato al proprio datore di lavoro, Ministero dell'Istruzione, assiste la madre (parente di 1° grado) **Vaiano Angela**, persona con handicap in situazione di gravità certificato ai sensi dell'art. 3, co. 3, della stessa legge, non ricoverata a tempo pieno, pertanto sussistendo i presupposti di cui all'**art. 33, comma 5, della legge n. 104/92**, secondo cui il lavoratore che assiste un familiare con handicap in situazione di gravità, **“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”**.

2. Come si evince dalla documentazione prodotta ([doc. 1](#)):

a) la madre della ricorrente, **Vaiano Angela**, nata in San Cipriano d'Aversa (CE) il 25/08/1947 (di anni 73), residente a Santa Maria Capua Vetere (CE), ove risiede la ricorrente, è *“portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 5.2.1992, n. 104”* con diagnosi di *“malattia di Parkinson a maggiore espressione ipocinetica e con fenomeno di on off e turbe deambulatorie. Ipertensione arteriosa”* (cfr. verbale del 6/10/2017 della Commissione Medica per l'Accertamento dell'handicap – Centro Medico legale INPS di Caserta);

b) la malattia di Parkinson da cui la madre della ricorrente è affetta si è, peraltro, successivamente ulteriormente aggravata, raggiungendo il 4° stadio secondo la scala di Hoehn e Yahr (in cui il 5° stadio è l'ultimo per gravità) e *“presenta severe fluttuazioni motorie con frequenti periodi off durante i quali è costretta in sedia a rotelle, severa bradicinesia e rigidità ai 4 arti, sindrome ansioso-depressiva. Necessita di assistenza continuativa per le attività di vita quotidiana”* (cfr. relazione neurologica del 29/6/2020 della Prof.ssa Maria Teresa dell'A.O.U. San Giovanni Di Dio e Ruggi D'Aragona di Salerno);

c) la ricorrente è referente unico per l'assistenza della madre Vaiano Angela, ai fini dei permessi di cui alla legge n. 104/92, essendo disabile grave, non ricoverata a tempo pieno, e non essendovi altri familiari che possono occuparsene, oltre ad essere la stessa madre a chiedere di essere assistita esclusivamente dalla ricorrente, unica figlia femmina (cfr. dichiarazioni sostitutive);

d) gli unici altri familiari di Vaiano Angela sono il marito Di Tella Nicola (di anni 78 e cardiopatico), il figlio Di Tella Armando (avvocato, con impegni professionali incompatibili con l'assistenza alla madre, oltre che padre di tre figli, tra cui il minore Nicola Di Tella, di anni 14) e il figlio Di Tella Vincenzo (avvocato, con impegni professionali incompatibili con l'assistenza alla madre, oltre che padre della minore Violante Di Tella, di anni 11), tutti impossibilitati ed



indisponibili a prestare assistenza, e non fruiscono dei benefici di cui alla legge n. 104/92 (cfr. documentazione e dichiarazioni rese dagli stessi).

## **II. SULL'ASSUNZIONE DELLA RICORRENTE COME DIRIGENTE SCOLASTICO E SULL'ASSEGNAZIONE DELLA SEDE DI SERVIZIO IN POMEZIA (RM).**

3. Con Decreto del Direttore Generale per il personale scolastico del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca (di seguito, MIUR), n. 1259 del 23/11/2017 ([doc. 2](#)), di seguito "D.D.G. n. 1259/2017" o "bando di concorso", veniva indetto il concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le Istituzioni scolastiche statali, con assegnazione nei ruoli regionali.

3.1. L'odierna ricorrente partecipava - con esito positivo - al suddetto concorso, collocandosi tra i vincitori, al posto n. 429 della graduatoria generale di merito, approvata con decreto n. 1205 del 1/8/2019 ([doc. 3](#)), rettificato con decreto n. 1229 del 7/8/2019 ([doc. 4](#)).

3.2. Con avviso n. 35372 del 1/8/2019 ([doc. 5](#)), il MIUR comunicava ai vincitori del concorso la possibilità di indicare la propria preferenza tra 17 regioni (tra le quali non era inclusa la Campania), così che alla ricorrente non veniva consentito di esprimere la propria preferenza per la Campania (dove è il domicilio del familiare disabile grave che assiste).

4. Con nota n. 36621 dell'8/8/2019 ([doc. 6](#)), il Ministero dell'Istruzione assegnava l'odierna ricorrente al ruolo regionale del Lazio, e con decreto n. 845 del 20/8/2019 ([doc. 7](#)), l'Ufficio Scolastico Regionale (di seguito, USR) per il Lazio le conferiva incarico dirigenziale presso l'I.C. "Orazio" di Pomezia (RM), con decorrenza dal 1/9/2019, ove tuttora presta servizio.

## **III. SULLA MOBILITÀ INTERREGIONALE VERSO LA CAMPANIA.**

5. Al fine di esercitare il diritto alla scelta della sede di servizio più vicina al domicilio del familiare disabile da assistere, la ricorrente partecipava alla procedura di mobilità dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2021/2022, indetta dal Ministero dell'Istruzione, con nota n. 17877 del 9/6/2021 ([doc. 13](#)), in attuazione della quale l'USR Campania, con nota n. 22012 del 15/6/2021 ([doc. 15](#)), indicava le sedi vacanti e disponibili al 1/9/2021.

5.1. In data 21/6/2021, la ricorrente presentava domanda di mobilità interregionale per



l'a.s. 2021/22 ([doc. 8](#)) in uscita dalla regione Lazio ed in entrata verso la regione Campania, dichiarando e documentando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 (assistenza a familiare disabile in situazione di gravità), ed esprimendo preferenza per le seguenti sedi scolastiche vacanti e disponibili: 1) CEPS110004 - Liceo "Luigi Garofano" di Capua; 2) CETD130005 - "Federico II" di Capua; 3) CEIC8A700C – I.C. "Mameli" di Curti; 4) CEIC82900P - IAC "S.G.Bosco" di Portico; 5) CEIC806002 - IC R. "Viviani" di San Marco Evangelista; 6) CEP02000V - "Liceo Statale Niccolò Jommelli" di Aversa; 7) CEIC863006 - ICS "De Curtis" di Aversa; 8) CETD22000B - Istituto Tecnico "Guido Carli" di Casal di Principe; 9) CEIC89600D - Istituto comprensivo di Casapesenna; 10) CEIC870009 – I.C. "Aldo Moro" di San Felice a Cancelli; oltre a tutte le istituzioni scolastiche dei Distretti n. 017 di Caserta e n. 016 di Caserta, dei comuni di Santa Maria Capua Vetere, di Capua, di Caserta, di Aversa e della provincia di Caserta.

5.2. Nonostante l'USR Lazio, in ragione dei gravi motivi per cui è chiesto il trasferimento, abbia concesso alla ricorrente il nulla-osta alla mobilità interregionale verso la regione Campania ([doc. 9](#)), e nonostante l'unico assenso richiesto sia quello dell'USR di provenienza, essendo stata eliminata la previsione dell'assenso dell'USR della regione richiesta (come si dirà nella parte in diritto), l'USR Campania, con decreto n. 27146 del 14/7/2021 ([doc. 16](#)), in esito alla procedura di mobilità, conferiva, a decorrere dal 1/9/2021, numerosi incarichi a dirigenti scolastici nelle sedi di servizio ivi elencate, ma non all'odierna ricorrente, la quale pertanto, anche nell'a.s. 2021/2022 dovrà rimanere in servizio nel Lazio.

6. La distanza di oltre 200 km tra l'attuale sede di servizio della ricorrente, in Pomezia (RM), e il domicilio di sua madre, portatrice di handicap in situazione di gravità, in Santa Maria Capua Vetere (CE), pregiudica estremamente la possibilità di prestarle la necessaria assistenza, così che alla ricorrente non resta che adire codesto Ecc.mo Tribunale affinché, in sede cautelare, le sia garantito il diritto alla **sede di lavoro più vicina** al domicilio della persona da assistere, come previsto dall'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92.

## **DIRITTO**

### **IN VIA PREGIUDIZIALE**

#### **IV. SUL GIUDICE TERRITORIALMENTE COMPETENTE.**



7. Ai sensi dell'art. 413, comma 5 c.p.c., “*competente per territorio per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto*”.

8. Come affermato dalla Suprema Corte, anche in relazione a contenzioso inerente la mobilità del personale scolastico, “*in applicazione della giurisprudenza consolidata di questa Corte (da ultimo ordinanza n. 506 del 2019; cui acide 6458/2018), nelle controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la competenza per territorio va determinata, secondo quanto previsto dall'art. 413 c.p.c., in coerenza con la finalità legislativa di rendere più funzionale e celere il processo radicando la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio; di talchè il giudice competente dev'essere individuato in relazione al luogo in cui il lavoratore presta effettivo servizio (purchè dotato di un minimo di struttura sufficiente per la sua operatività) e non invece in relazione al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto secondo le regole interne delle singole amministrazioni (Cass. 29 febbraio 2012 3111; Cass. 15 ottobre 2007 n. 21562 del 2007)*”.

9. L'odierna ricorrente presta attualmente servizio quale dirigente scolastico dell'Istituto Comprensivo “Orazio” di Pomezia (RM), sicchè è territorialmente competente l'adito Tribunale, in funzione di giudice del lavoro.

\*\*\*\*\*

## NEL MERITO

### V. SUL DIRITTO DI CUI ALL'ART. 33, CO. 5, DELLA L. N. 104/1992 E SULLA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI NEL CASO IN ESAME.

10. L'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, stabilisce 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*”.

10.1. A sua volta il richiamato comma 3 (relativo al diritto ai permessi), per quanto di interesse, stabilisce che “*A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, 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 fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità [...]*”.

10.2. Pertanto, ai fini del riconoscimento del diritto in parola è richiesto, solo per il caso in cui il lavoratore sia parente o affine di terzo grado del disabile grave da assistere (ipotesi non ricorrente nella specie, trattandosi di parente di 1° grado), che la persona gravemente disabile non abbia genitori o coniuge (o che essi, se viventi, siano ultrasessantacinquenni o affetti da patologie invalidanti) e, comunque, nella specie, la disabile in questione ha un marito 78enne e non ha genitori viventi (che avendo la stessa 73 anni sarebbero comunque stati ben più che ultrasessantacinquenni). Di contro, nel caso in cui, come nella specie, il lavoratore sia parente o affine entro il 2° grado, il diritto in questione (come quello ai permessi di cui al comma 3, richiamato dal comma 5) spetta indipendente dalla presenza di altri familiari che in astratto possano occuparsene, alla sola condizione che a fruire del beneficio per l'assistenza alla stessa persona disabile sia un solo familiare, lasciando il legislatore alla libera determinazione della famiglia di individuare il familiare che meglio degli altri possa prestare assistenza alla persona disabile (trattandosi di “*insindacabile scelta*”, come osservato da **Trib. Verbania, ord. 17/9/2020, n. 949**), tenuto altresì conto che “*una tutela piena dei soggetti deboli [vieppiù dei disabili gravi, come nella specie] richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana*” (Corte Cost., sent. n. 203/2013), che possono instaurarsi in modo diverso tra i membri della famiglia. Nella specie, la madre della ricorrente - anche in ragione del loro forte legame e del fatto che la ricorrente è l'unica figlia di sesso femminile - chiede di essere assistita da lei, che di conseguenza è l'unica a fruire dei permessi di cui alla l. n. 104/92 (c.d. referente unico per l'assistenza), mentre gli altri familiari non solo non ne fruiscono (unica condizione richiesta dalla legge), ma in ogni caso sono anche impossibilitati ad assistere la persona disabile (cfr. [doc. 1](#)).

10.3. Va aggiunto che, come osservato da Cass. Civ., sez. lav., 1/3/2019, n. 6150, l'art. 24 della L. n. 183/2010, ha eliminato i requisiti della “continuità ed esclusività” dell'assistenza. Pertanto, il diritto di cui all'art. 33, comma 5, che richiama il comma 3, riformato come appena detto, spetta al lavoratore che assista il familiare disabile in situazione di gravità anche quando l'assistenza non sia né continuativa, né esclusiva (ad esempio, perché il disabile sia assistito anche da altri familiari o da terzi); nella specie, peraltro, come dedotto e documentato, la ricorrente è



l'unico familiare che può prestare assistenza alla persona disabile (cfr. [doc. 1](#)).

11. Dunque, nella specie sussistono pienamente i presupposti per l'esercizio del diritto di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, i cui tratti fondamentali, per quanto in questa sede rileva, brevemente appresso si rammentano, in conformità agli orientamenti pacifici della giurisprudenza di seguito citata e di cui si produce raccolta ([doc. 10](#)).

12. **In primo luogo**, la giurisprudenza si è ormai da tempo consolidata nel ritenere che l'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 trovi applicazione non solo all'inizio del rapporto di lavoro (mediante assegnazione della prima sede di lavoro), ma anche nel corso del rapporto (mediante domanda di trasferimento); tra le tante, **Cass. civ., sez. lav., 18/2/2009, n. 3896; id., 18/12/2013, n. 28320; id., 3/8/2015, n. 16298; id., 15/1/2016, n. 585**. Ciò è stato ribadito anche di recente da **Cass. civ., sez. lav., 1/3/2019, n. 6150**: *“questa Corte (Cass. n. 28320 del 2010; n. 3896 del 2009) [...] ha statuito come la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5 [...] è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento” [...] “dal punto di vista letterale, la disposizione in esame non contiene un espresso e specifico riferimento alla scelta iniziale della sede di lavoro e risulta quindi applicabile anche alla scelta della sede di lavoro fatta nel corso del rapporto, attraverso la domanda di trasferimento”*.

13. **In secondo luogo**, come parimenti pacifico nella giurisprudenza prodotta ([doc. 10](#)), la norma in parola comporta la precedenza nella scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare da assistere, ovviamente rispetto ad altri lavoratori che non godano della medesima o poziore precedenza. Peraltro, per il personale scolastico, tale precedenza è espressamente stabilita dall'**art. 601 d.lgs. n. 297/1994** (“Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”), il quale stabilisce che *“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”*.

13.1. L'applicabilità ai dirigenti scolastici del citato art. 601 del d.lgs. n. 297/1994 (inserito nel Titolo IV “*Norme comuni al personale*”), in combinato disposto con la l. n. 104/1992, è affermata dalla costante giurisprudenza pronunciata su casi analoghi a quello che ci occupa, *ex multis*: **Trib.**





Velletri, sent. n. 102/2020; Trib. Novara, ord. caut. n. 522/2020; Trib. Napoli Nord, ord. caut. n. 49741/2019; Trib. Latina, ord. caut. n. 2678/2019; Trib. Siena, ord. caut. n. 2304/2019 e sent. n. 273/2019; Trib. Foggia, ord. caut. n. 28633/2019; Trib. Roma, ord. caut. n. 96252/2019; Trib. Castrovillari, decreto 8/7/2020. Infatti, l'art. 601 d.lgs. 297/1994 è “non a caso inserito tra le disposizioni comuni a tutto il personale scolastico [...] La disposizione non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma. Cost.)” (Trib. Palermo, sent. n. 1491/2020; anche, Trib. Trani, collegio, decr. 8/12/2020, n. 5161). D'altra parte, il d.lgs. n. 297/1994 è richiamato nelle premesse del bando di concorso de quo.

14. **In terzo luogo**, assolutamente pacifica è la giurisprudenza ([doc. 10](#)) nel riconoscere alla norma in questione natura **cogente** e **imperativa**, così da derogare a norme di rango subordinato (decreti ministeriali, bandi di concorso, CCNL, ecc.) e carattere **speciale**, così da derogare anche a norme di legge di carattere generale. Tra le tante, si vedano Trib. Cassino, sez. lav., ord. 27/8/2020, n. 5187, “la citata norma legislativa, attuativa di principi costituzionali e sovranazionali di solidarietà sociale e di tutela dei diritti fondamentali della perso con disabilità, è cogente ed imperativa, prevalendo sia sulle norme di rango subordinato, sia sulle disposizioni contrattuali e ha carattere di specialità, derogando a previsioni anche di rango legislativo di carattere generale”; Trib. Castrovillari, sez. lav., decr. 8/7/2020, “il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l'art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa”; Trib. Cosenza, sez. lav., sent. 28/1/2020, n. 174: “L'art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale è sicuramente una norma imperativa inderogabile [...] Detta norma si caratterizza come norma attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione sicché è innegabile che la stessa non sia derogabile”; Trib. Benevento, sez. lav., 23/3/2017, n. 377, “la natura di norma imperativa dell'art. 33, comma 5 L. n. 104 del 1992 è evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 L. n. 104 del 1992) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata... (cfr. art. 1 L. n. 104 del 1992). Detta norma, unitamente all'art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni di una lex specialis rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti”. Nello stesso senso, sempre in casi analoghi a quello che ci occupa, anche, Trib. Marsala, sez. lav., 7/1/2020, n. 1, Trib. Tempio Pausania, sez. lav., 19/7/2017, n. 380; Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102; Trib. Siena, sez. lav., sent. 10/12/2019, n. 273; Trib. Napoli Nord,





sez. lav., ord. cautel., 25/9/2019, n. 49741; Trib. Roma, sez. lav., ord. caut. 1/10/2019, n. 96252; Trib. Novara, sez. lav., ord. caut. 6/5/2020, n. 522; Trib. Palermo, sez. lav., 4/6/2020, n. 1465; Trib. Palermo, sez. lav., ord. 27/9/2019, n. 36001; Trib. Pesaro, in composizione collegiale, ord. 8/10/2020, n. 2347; Trib. Pavia, sez. lav., ord. 17/10/2020, n. 3026; Trib. Bologna, sez. lav., ord. 8/10/2019, n. 6788; Trib. Genova, sez. lav., ord. 23/10/2019, n. 3661; Trib. Rovigo, sez. lav., ord. 29/10/2019, n. 2108; Trib. Termini Imerese, sez. lav., ord. 15/10/2019, n. 17136; Trib. Reggio Calabria, sez. lav., ord. 4/11/2019, n. 18661; Trib. Grosseto, sez. lav., ord. 8/10/2019, n. 1625; Trib. Palmi, sez. lav., ord. 20/1/2020, n. 169; Trib. Ancona, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 339; Trib. Belluno, sez. lav., ord. 4/2/2020, n. 1451; Trib. Alessandria, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 145; Trib. Ancona, sez. lav., 5/3/2020, n. 78; Trib. Locri, sez. lav., ord. 12/3/2020, n. 3025; Trib. Treviso, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 272).

15. **Infine**, altrettanto pacifico è nella giurisprudenza citata e prodotta ([doc. 10](#)), che la norma in parola dà luogo ad un vero e proprio diritto soggettivo alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare da assistere, condizionato solo dall'inciso “*ove possibile*”, da intendersi non già nel senso che residui alcuno spazio di discrezionalità per il datore di lavoro, bensì nel senso che il diritto possa essere limitato solo da esigenze oggettive e concrete (quindi non soggettive ed astratte) della parte datoriale, che non siano suscettibili di essere soddisfatte in altro modo e che spetta al datore allegare e provare. Nel pubblico impiego, di fatto, tale limite opera solo nel caso di mancanza di un posto vacante e disponibile, circostanza che è onere dell'amministrazione allegare e provare.

15.1. Si veda, in caso analogo a quello *de quo*, oltre a **Trib. Cassino, sez. lav., ord. 27/8/2020, n. 5187**, anche **Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102** (che richiamano la recente **Cass., sez. lav., sentenza n. 6150/2019**): “*Occorre partire da un breve excursus ricognitivo del fondamento normativo del diritto di precedenza per coloro che assistono familiari portatori di handicap. Imprescindibile il riferimento all'ultimo pronunciamento della S.C. in materia (si veda Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza 6150 del 2019) che dopo aver ricordato che le esigenze di tutela della persona affetta da disabilità trovano fondamento, a livello sovranazionale, nella stessa Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dell'Italia (Corte Costituzionale, sent. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea, con decisione 2010/48/CE (cfr. Cassazione, sentt. 12911/2017; 25379/2016; 2210/2016) ha poi ribadito che “non v'è dubbio che il diritto non sia incondizionato - come reso*



evidente dall'inciso ove possibile contenuto nella norma - ma deve essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 41 Cost.". Tale bilanciamento, come già statuito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. sent. 9201/2012) dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare del disabile, col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive allegate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte. [...] Del resto, le esaminate pronunce confermano quanto autorevolmente già le **Sezioni Unite, con pronuncia del 27 marzo 2008, n. 7945, avevano statuito: "la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare - lavoratore che presta assistenza** con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo di solidarietà tra i suoi componenti". Ne consegue che l'esercizio del diritto di scelta non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro, svolta in base a generiche o astratte/probabili esigenze di organizzazione aziendale, ma può arretrare soltanto di fronte alla prova della sussistenza di esigenze che non possono essere diversamente soddisfatte. Infatti, il diritto al trasferimento deve ritenersi precluso soltanto in mancanza della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato, il cui onere di allegazione e di asseverazione è a carico di parte datoriale (cfr. Cass 3896/2009)".

15.2. Si tratta di principi pacifici nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale, costantemente richiamati ed applicati dalla conforme giurisprudenza di merito sempre relativa a casi analoghi, *ex multis*: Trib. Parma, sez. lav., sent. 5/6/2020, n. 54, secondo cui "Il solo limite, derivante dall'inciso "ove possibile" contenuto nella citata norma, è quello della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (cfr., fra le altre, Trib. Taranto ord. 13.8.2013 e ord. 15.9.2015; Trib. Palermo ord. 31.8.2017; Trib. Marsala n. 2/2018; Trib. Torino n. 339/2019)"; nello stesso senso: Trib. Siena, sez. lav., ord. caut. 4/9/2019, n. 2304, e sent. 10/12/2019, n. 273; Trib. Castrovillari, decr. 8/7/2020; Trib. Foggia, sez. lav., ord. caut. 22/7/2019, n. 28633; Trib. Palermo, sez. lav., sent. 4/6/2020, n. 1465.

15.3. Altrettanto assolutamente pacifica è la giurisprudenza nel ritenere che Ponere della prova circa la mancanza di un posto vacante e disponibile gravi sul datore di lavoro (*ex multis*, Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102; Trib. Novara, ord. caut. n. 522/2020; Trib. Napoli Nord, ord. 49741/2019; Trib. Siena, ord. caut. 2304/2019 e sent. 273/2019;



**Trib. Palermo, sent. 1465/2020; trib. Milano, sez. lav., ord. 1/12/2020, r.g. n. 7840/2020**), in conformità con quanto affermato dalle **Sezioni Unite Civili, con la sentenza n. 7945/2008** (*“la prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta delle sede fa carico poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 21103 c.c., u.c.”*) e ribadito anche dalla successiva costante giurisprudenza di legittimità (tra le tante, **Cass. civ., nn. 3896/2009, 9201/2012, 23857/2017 e 6150/2019**). E ciò, peraltro, anche in applicazione del noto principio della vicinanza della prova, come affermato in fattispecie analoga a quella che ci riguarda da **Trib. Milano, sez. lav., ord. 1/12/2020, r.g. n. 7840/2020**: *“deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto “più vicino” al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole. Pertanto, nella fattispecie che ci occupa, è il Ministero della Istruzione il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lei più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la Legge n.104/1992 ha introdotto”*.

\*\*\*

## **VI. SULLA DISCIPLINA DELLA MOBILITÀ DEI DIRIGENTI SCOLASTICI E SULLA PREVALENZA DELL'ART. 33 COMMA 5 DELLA L. 104/92.**

16. Per chiarezza è opportuno prendere le mosse dalla **disciplina generale** in materia di assegnazioni e trasferimenti dei dirigenti scolastici, con l'avvertenza che - come si dirà avanti - essa è però derogata dalla *lex specialis* di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92.

16.1. Innanzitutto, l'art. 15, comma 5, del bando del concorso indetto con DDG del 23/11/2017 ([doc. 2](#)), prevede che *“I dirigenti assunti a seguito della procedura concorsuale definita dal presente bando sono tenuti alla permanenza in servizio nella regione di iniziale assegnazione per un periodo pari alla durata minima dell'incarico dirigenziale previsto dalla normativa vigente”* (la norma di riferimento è l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, che, in via generale, per i dirigenti, prevede che *“la durata dell'incarico... non può essere inferiore a tre anni”*, mentre ancor più in generale, l'art. 35, comma 5-bis, dello stesso d.lgs. stabilisce che *“I vincitori dei concorsi devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni”*).



16.2. La mobilità dei dirigenti scolastici, poi, è regolata dall'art. 9 del CCNL del 15/7/2010 ([doc. 11](#)), che così recita:

*“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] (parole tra parentesi quadre eliminate dall'art. 53 del CCNL del 8/7/2019, [doc. 12](#)), è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente”.*

16.3. Dunque, per disciplina generale, il dirigente scolastico può richiedere la mobilità interregionale alla scadenza del suo incarico (nella specie triennale), previo assenso del dirigente dell'USR di provenienza (non essendo più previsto, invece, il consenso del dirigente dell'USR della regione richiesta), fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente.

17. Sennonché, tali limiti previsti in generale per la mobilità volontaria non operano, ovviamente, laddove - come nella specie - il trasferimento sia richiesto perché necessitato da fondamentali esigenze assistenziali, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, in quanto **norma di rango primario e speciale**, oltre che **cogente ed imperativa**, attuativa dei principi



di solidarietà sociale previsti dall'art. 2 della Costituzione (cfr. art. 2 della l. n. 104/92) e posta a tutela di interessi di rilevanza costituzionale (artt. 3, 32 e 38 Cost.) e sovranazionale (tra le altre, Convenzione ONU del 13/12/2006 sui disabili, ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009), e pertanto la sua applicazione **non può trovare limite in previsioni di natura sub-legislativa** (bandi di concorso, c.c.n.l., provvedimenti anche ministeriali, ecc.), che vanno *in parte qua* disapplicate in ragione del criterio di gerarchia delle fonti, **e deroga anche ad altre norme generali di rango legislativo**, in ragione del criterio di specialità (v. *supra* § 14 per amplissima giurisprudenza conforme, su casi analoghi a quello che ci occupa). Le disposizioni di cui alla l. n. 104/92 “**si configurano infatti quali disposizioni di una lex specialis rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti**” (Trib. Benevento, sez. lav., sent. 23/3/2017, n. 377).

17.1. Per orientamento ormai consolidato, l'art. 33, comma 5, l. n. 104/92 trova applicazione non solo nell'assegnazione della prima sede di servizio, ma anche nel corso del rapporto di lavoro, mediante domanda di trasferimento (v. *supra* § 12). Di recente, **Cass. civ., sent. n. 6150/2019**, nell'avallare tale interpretazione, ha precisato come sia “la sola coerente con la funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui disabili, ratificata con L. 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 questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)”. Peraltro, per il personale scolastico, l'applicabilità dell'art. 33 della l. n. 104/92 in sede di mobilità è espressamente affermata dall'**art. 601 del d.lgs. n. 297/1994**, che sancisce come essa comporti precedenza, ovviamente rispetto ad altri lavoratori che non siano titolari di medesima o poziore precedenza (v. *supra* § 13).

17.2. D'altra parte, “l'interesse contrapposto a quello del datore, 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” (Trib. Napoli Nord, ord. caut. 25/9/2019, n. 49741). Quindi, la disciplina (legale e contrattuale) generale sulla mobilità “va evidentemente intesa riferita alla mobilità volontaria [n.d.r., ossia a quella che si fonda sulla mera volontà del lavoratore di essere trasferito ad altra sede] e non a quella fondata sulle necessità assistenziali di cui alla L. 104/1992” (Trib. Verbania, sez. lav., ord. 17/9/2020, n. 949; Trib. Terni, sez. lav., ord. 22/10/2020, n. 3222).



17.3. Che l'art. 33, comma 5, l. 104/92 si applichi in deroga ai limiti posti dalla disciplina generale sulla mobilità trova conferma nella costante interpretazione che la giurisprudenza dà all'inciso *“ove possibile”*, contenuto nella norma stessa, nel senso che l'unico limite al diritto di scelta della sede più vicina al domicilio del familiare disabile da assistere è dato dall'impossibilità di fatto del suo esercizio, dovuta a ragioni specifiche e concrete, il cui onere di allegazione e prova grava sul datore. Di contro, non sono sufficienti **generiche o astratte esigenze di organizzazione datoriale** (v. *supra* § 15) e proprio in ciò, a ben vedere, si sostanziano le esigenze sottese alle previsioni generali ed astratte della disciplina (legale e contrattuale) sulla mobilità. In questo senso è anche la giurisprudenza che si è occupata di casi analoghi a quello *de quo* (prodotta sub [doc. 10](#)); *ex multis*, Trib. Terni, ord. 22/10/2020, n. 3222, secondo cui il diritto in parola **“può trovare soddisfazione solo “ove possibile”: trattasi però di una possibilità di fatto, da verificarsi di volta in volta e non di una preclusione che possa essere determinata da altra norma di legge o secondaria o di contratto collettivo”**; ancora, Trib. Cuneo, in composizione collegiale, ord. 15/9/2020, n. 1421 afferma che **“non può sostenersi che le disposizioni del CCNL e del bando di concorso possano costituire l'espressione di quelle ragioni organizzative idonee a limitare l'esercizio del diritto di cui alla l. 104/92, dal momento che dette ragioni devono ravvisarsi in specifiche esigenze concrete fondate su puntuali circostanze fattuali e non possono dunque risolversi in una scelta aprioristica e generalizzata di esclusione di determinati soggetti dalla fruizione dei benefici”**.

17.4. Merita ancora aggiungere che è lo stesso **art. 9 del CCNL del 15/7/2010** (testo sopra riportato), **al comma 3, lett. c)**, a consentire che il mutamento di incarico su posti liberi del dirigente scolastico sia *“ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari: [...] c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali”*, e, come affermato da copiose pronunce emesse su casi analoghi a quello che ci occupa, *“tra i casi di particolare urgenza e di esigenze familiari... rientra certamente quello dell'assistenza del familiare con disabilità grave”* (Trib. Cassino, ord. n. 5187/2020; nello stesso senso, Trib. Latina, sez. lav., ord. n. 2678/2019 e Trib. Padova, in composizione collegiale, ord. 18/11/2020, r.g, n. 1992/2020; Trib. Pesaro, in composizione collegiale, ord. 8/10/2020, n. 2347, ove si esclude che la disposizione trovi applicazione *“solo all'interno dell'ambito regionale, ambito che non solo può essere differente da quello dove risiede il disabile assistito, ma può anche trovarsi a centinaia di chilometri di distanza dalla residenza dello stesso, con conseguente totale frustrazione delle esigenze di tutela che la ricordata normativa si prefigge”*).



17.5. D'altra parte, lo stesso Ministero dell'Istruzione, nel provvedimento con il quale ha indetto le operazioni di mobilità dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2021/22 ([doc. 13](#)), dopo aver richiamato l'art. 9 del CCNL del 15/7/2010 e le altre disposizioni contrattuali e normative, ha indicato agli USR di tenere *“in debita considerazione, oltre ai criteri normativi e contrattuali sopra richiamati, **la disciplina prevista dalla Legge n. 104/1992**”*.

18. Alla luce di tutto quanto sopra, sia la previsione di vincoli temporali di permanenza nella sede di prima nomina (quale quello triennale previsto dall'art. 15, comma 5 del bando di concorso e dall'art. 9, comma 4, del CCNL del 15/7/2010), sia la previsione di un limite percentuale di domande di mobilità interregionale accoglibili rispetto al numero complessivo di posti vacanti e disponibili (quale quello del 30% previsto dall'art. 9, comma 4, del CCNL del 15/7/2010) non sono certo applicabili nei confronti del dipendente che, mediante la domanda di mobilità, esercita il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare disabile grave da assistere (art. 33, comma 5, della l.n. 104/92, in comb. disp. con l'art. 601 del d.lgs. n. 297/94). Infatti, come appena detto, l'unico limite all'esercizio di tale diritto è dato da un'impossibilità di fatto, per ragioni concrete e specifiche (in questo senso interpretandosi l'inciso *“ove possibile”*), con onere a carico del datore di lavoro, che non potrà invece invocare ragioni generiche ed estratte desunte dalla disciplina generale su assegnazioni e mobilità, sia essa di rango legislativo (che è derogata dalla *lex specialis*) o sub-legislativo (che va disapplicata).

19. Venendo al caso di specie, va innanzitutto osservato che è vero che la ricorrente è stata nominata dirigente scolastico a decorrere dal 1/9/2019, così che nei suoi confronti troverebbe ancora applicazione, in teoria, il vincolo di permanenza nella regione di prima nomina, ma è altrettanto vero che il dirigente dell'USR di tale regione (Lazio) **ha concesso alla ricorrente l'assenso alla mobilità verso la Campania** ([doc. 9](#)) ed è questo l'unico assenso richiesto, dopo la modifica dell'art. 9, comma 4, del CCNL del 15/7/2010 ad opera dell'art. 53 del CCNL del 8/7/2019 (v. *supra* § 16.2), che ha eliminato il consenso dell'USR della regione richiesta (Campania). Pertanto, nella specie, deve escludersi che ricorrano, in concreto, quelle esigenze astratte a presidio delle quali il vincolo di permanenza è posto dalla disciplina generale, o che comunque l'organo dell'amministrazione a cui compete valutarle le abbia ritenute recessive rispetto al diritto del dipendente e ha concesso il nulla osta.

19.1. In ogni caso, alla luce di quanto più sopra detto, il vincolo di permanenza non è comunque opponibile alla ricorrente, che domanda la mobilità per le ragioni di cui all'art. 33,





comma 5, l. 104/92, come costantemente affermato dalla giurisprudenza che si è occupata di casi analoghi a quello in esame; *ex multis*: **Trib. Terni, sez. lav., ord. 22/10/2020, n. 3222**, secondo cui “deve ritenersi che la legge n. 104 del 1992, art. 33, comma 5 sia norma speciale, quindi idonea a derogare al vincolo generale dei 5 anni di permanenza nella prima sede di assegnazione di cui all’art. 35, comma 5 bis citato e a tutte le disposizioni di legge e contrattuali che prevedono un vincolo di permanenza”; **Trib. Cassino, sez. lav., ord. 27/8/2020, n. 5187**, secondo cui il “vincolo triennale di permanenza nella sede deve ritenersi recessivo rispetto al diritto fondamentale della ricorrente a scegliere - anche in sede di mobilità interregionale - la sede di servizio più vicina al familiare con handicap in situazione di gravità da assistere. La disposizione dell’art. 33, comma 5, L. n. 104/1992, in quanto *lex specialis*, attuativa delle norme di rango costituzionale e sovranazionale sopra citate, poste a tutela di diritti fondamentali della persona disabile, ha portata derogatoria rispetto alla norma legislativa generale di cui all’art. 35, comma 5 bis, D.Lgs. 165/2001, che prevede un vincolo di inamovibilità pluriennale del dipendente neoassunto. Essa inoltre prevale, stante il rango di norma primaria con portata precettiva cogente e imperativa, sia sulle norme di rango sub legislativo (art.15, comma 5, del bando di gara) sia sulle disposizioni contrattuali collettive (art. 19, comma 4, CCNL relativo al personale dell’Area V della Dirigenza del 15.7.2010) che prevedono il vincolo di inamovibilità nella sede di prima assegnazione dei dirigenti scolastici sino alla scadenza dell’incarico triennale. [...] Tale orientamento è pienamente coerente con la ratio di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ed inerenti al diritto fondamentale della persona disabile di ricevere adeguata assistenza dai propri familiari, poiché, ove si ritenesse prevalente il vincolo di inamovibilità prima della scadenza dell’incarico triennale, il disabile verrebbe privato in concreto di quella tutela effettiva rispetto al quale l’interesse dell’amministrazione alla permanenza nella sede è recessivo (cfr. Trib. Latina, ord. n. 2678/2019)”; **Trib. Siracusa, sez. lav., sent. 30/1/2020, n. 128**, secondo cui “l’Amministrazione non può opporre al ricorrente, per giustificare il rigetto della sua domanda di trasferimento, i vincoli temporali di inamovibilità della sede e non solo quelli previsti da norme pattizie o comunque di rango inferiore, ma neanche quelli previsti per tutti pubblici dipendenti dal d.lgs. 165/2001, *lex generalis* che non può derogare alla legge speciale (104/92)”; ed ancora, **Trib. Latina, ord. caut. n. 2678/2019** (e in termini esattamente identici anche **Trib. Foggia, ord. caut. n. 28633/2019**), secondo cui “la disciplina di cui all’art. 33 L. n. 104/92 risultando posta a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ed inerenti al diritto fondamentale delle persone disabilità a 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 DS presso l’istituzione scolastica, sia rispetto alla norma di cui al d.lgs. n. 165/2001, 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”.

19.2. Pertanto, l'USR Campania, alla lettera g) della nota **relativa alla mobilità per l'a.s. 2021/22** ([doc. 15](#)), ha palesemente errato a ritenere *tout court* di non prendere in considerazione le istanze di mobilità presentate dai dirigenti scolastici assunti a seguito del concorso indetto con DDG n. 1259/2017, sul presupposto del vincolo di permanenza triennale nella regione di iniziale assegnazione previsto dall'art. 15, comma 5, del relativo bando di concorso, omettendo invece di considerare che tale vincolo non è applicabile a quelli tra di essi (come l'odierna ricorrente) che siano titolari del diritto di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92.

20. Infine, anche la clausola della contrattazione collettiva che limita, entro il 30% complessivo dei posti vacanti e disponibili annualmente, il numero delle domande di mobilità interregionale accoglibili, trova palese deroga nell'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 (norma sovraordinata, cogente e imperativa, costituente *lex specialis*), che limita l'esercizio del diritto del lavoratore alla scelta della sede più vicina al domicilio del familiare disabile grave da assistere solo quando vi sia una impossibilità di fatto e non certo sulla base di ragioni generali ed astratte quali quelle derivanti da una previsione del CCNL.

20.1. Dello stesso avviso è la giurisprudenza che si è pronunciata su casi analoghi a quello *de quo*, affermando che il **limite del 30% di cui sopra “deve ritenersi non tassativo e recessivo rispetto al diritto fondamentale della persona con disabilità alla salute psico-fisica, alla assistenza e alla socializzazione, a tutela del quale è previsto il diritto di precedenza del familiare lavoratore di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/1992. L'unico limite all'esercizio del diritto di precedenza consiste nella tutela di oggettive e concrete esigenze tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro che non possono altrimenti essere soddisfatte, di fatto coincidenti, nell'ambito del pubblico impiego, con la mancanza di posti vacanti e disponibili ai quali possa essere assegnato il dipendente che intenda avvicinarsi al domicilio del familiare da assistere. Non può invece assumere alcun rilievo la distinzione tra i vari tipi e le varie fasi di mobilità, del tutto estranea alla disciplina nazionale, eurounitaria e sovranazionale posta a tutela delle persone con disabilità (cfr. Trib. Catania, sez. lav., ord. n. 3198/2020 e Trib. Castrovillari, sez. lav., decreto 8.7.2020). Ne discende la irrilevanza delle modalità con cui l'amministrazione decide di coprire i posti vacanti e disponibili in organico, ai fini della garanzia del diritto di precedenza ex art. 33, comma 5” [...], pertanto “la limitazione del numero delle sedi da coprire mediante mobilità interregionale non è opponibile agli aventi diritto ex art. 33, comma 5, L. 104/1992”**



(Trib. Cassino, ord. n. 5187/2020 e le altre pronunce ivi citate).

\*\*\*

## **VII. SULLA SUSSISTENZA IN CAMPANIA DI SEDI VACANTI E DISPONIBILI.**

21. Prima dell'inizio di ciascun anno scolastico, gli l'USR provvedono all'assegnazione di dirigenti scolastici alle sedi vacanti e disponibili al 1° settembre (ad esempio per collocamento a riposo dei dirigenti titolari), conferendo **incarichi dirigenziali** con effetto dal 1° settembre.

21.1. In particolare, per quanto rileva in questa sede, per il prossimo a.s. 2021/22, l'USR Campania ha provveduto a quanto sopra, come appresso meglio si dirà, innanzitutto **mediante mutamenti di incarico** a dirigenti già in servizio (operazioni di mobilità regionale e interregionale ed in esecuzione di provvedimenti giudiziari relativi alla mobilità dell'anno scolastico precedente, che erano rimasti ineseguiti) e, quanto alle sedi rimaste vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di mobilità, **mediante assunzione di nuovi dirigenti scolastici** (immettendoli in ruolo tramite scorrimento di graduatoria concorsuale ancora vigente).

21.2. Infine, le sedi rimaste vacanti e disponibili all'esito delle suddette operazioni sono state conferite con **incarichi di reggenza** a dirigenti titolari di incarico dirigenziale su altra sede. È appena il caso di precisare che, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del d.l. n. 98/2011 (norma transitoria, che però ha mantenuto la sua efficacia sino ad oggi ai sensi del comma 5-bis dello stesso articolo), gli incarichi di reggenza servono a coprire le sedi c.d. sottodimensionate in quanto esse non possono essere assegnate mediante incarico dirigenziale; di contro, le sedi c.d. normo-dimensionate possono essere conferite in reggenza soltanto fin quando non sia possibile assegnare ad esse un dirigente titolare, mediante un incarico dirigenziale (e conseguente revoca della reggenza temporaneamente disposta). Ai sensi della norma da ultimo citata, le sedi sottodimensionate sono quelle con un numero di alunni inferiore a 600 (o 400 per le sedi disagiate, ossia site nelle piccole isole, nei comuni montani, nelle aree geografiche caratterizzate da specificità linguistiche); solo per l'a.s. 2021/22, l'art. 1, comma 978, della l. n. 178/2020 (Legge di Bilancio 2021), ha abbassato la soglia del sottodimensionamento a 500 alunni (ed a 300 per le sedi disagiate), così che, limitatamente a tale anno scolastico, sono sedi c.d. normo-dimensionate anche quelle con numero di alunni compreso tra 500 e 599 (o tra 300 e 399, per le sedi disagiate). Per migliore comprensione delle sigle utilizzate nei provvedimenti dell'USR Campania prodotti, si precisa che le sedi scolastiche sottodimensionate sono ivi indicate con la sigla SOTTO, quelle



normo-dimensionate con la sigla DIME e quelle normo-dimensionate solo per l'a.s. 2021/22 (in forza dalla Legge di Bilancio 2021) con la sigla DIME L.B.

22. L'unico limite all'esercizio del diritto di cui all'art. 33, comma 5, l. n. 104/92 è dato dall'inesistenza di posti vacanti e disponibili, il cui onere di allegazione e prova grava sul datore di lavoro (v. *supra* § 15.3). Pur senza consentire ad alcuna inversione di tale onere, la ricorrente comunque allega e documenta, in relazione all'**a.s. 2021/22**, l'esistenza di sedi vacanti e disponibili a decorrere dal 1/9/2021, anche vicine al domicilio del familiare disabile grave assistito.

23. Appare evidente come l'amministrazione abbia violato il diritto della ricorrente non assegnandola ad alcuna di tali sedi, ed invece assegnando ad esse altri dirigenti scolastici, non dotati di medesima o poziore precedenza, dapprima mediante mobilità (regionale e interregionale), poi mediante nuove assunzioni, ed infine anche mediante incarichi di reggenza.

24. La sussistenza di sedi vacanti e disponibili al 1/9/2021 è comprovata da:

a) decreto n. 20211 del 1/6/2021 ([doc. 14](#)), con il quale l'USR Campania decretava il collocamento a riposo di n. 62 dirigenti scolastici, a decorrere dal 1/9/2021, e individuava le relative 62 sedi resesi vacanti;

b) nota n. 22012 del 15/6/2021 ([doc. 15](#)), con la quale l'USR Campania dettava istruzioni per la procedura di mobilità ed individuava le sedi disponibili a decorrere dal 1/9/2021;

c) decreto n. 27146 del 14/7/2021 ([doc. 16](#)), con il quale l'USR Campania, in esito alla procedura di mobilità, assegnava, a decorrere dal 1/9/2021, n. **107 sedi**, di cui n. 100 mediante mobilità regionale, n. 3 in esecuzione di provvedimenti giudiziari (analoghi a quello che in questa sede si domanda) e n. 4 mediante mobilità interregionale, ed a rettifica e integrazione del suddetto decreto, l'USR Campania adottava:

c1) decreto n. 28743 del 27/7/2021 ([doc. 17](#)), con il quale assegnava, a decorrere dal 1/9/2021, n. 9 sedi, di cui n. 2 in esecuzione di provvedimenti giudiziari (analoghi a quello che in questa sede si domanda), n. 1 mediante mobilità interregionale e n. 6 mediante mobilità regionale;

c2) decreto n. 29692 del 2/8/2021 ([doc. 18](#)), con il quale assegnava, a decorrere



dal 1/9/2021, n. 3 sedi mediante mobilità regionale;

c3) decreto n. 30844 del 11/8/2021 ([doc. 19](#)), con il quale conferiva, a decorrere dal 1/9/2021, n. 1 sede mediante mobilità interregionale.

24.1. Le sedi rimaste non assegnate a conclusione della procedura di mobilità sono state utilizzate dall'USR Campania per **l'immissione in ruolo, a decorrere dal 1/9/2021, di nuovi dirigenti scolastici** (con nuova grave pretermissione del diritto della ricorrente, attesa la **priorità delle operazioni di mobilità**!), attingendo dalla graduatoria del concorso del 2011 (nota n. 29024 del 28/7/2021, [doc. 20](#)), con il conseguente conferimento di **n. 8** incarichi di dirigenza scolastica a decorrere dal 1/9/2021 (decreto n. 29689 del 2/8/2021, [doc. 21](#)).

24.2. Le sedi rimaste non assegnate anche a conclusione delle immissioni in ruolo sono state utilizzate dall'USR Campania, con nota n. 29715 del 2/8/2021 ([doc. 22](#)), per **incarichi di reggenza**, a decorrere dal 1/9/2021, di cui n. 62 su sedi normo-dimensionate (nell'elenco indicate con la sigla DIME) e n. 24 su sedi che sono normo-dimensionate limitatamente al solo a.s. 2021/22 (nell'elenco indicate con la sigla DIME L.B.), incarichi poi conferiti con decreto n. 30866 del 11/8/2021 ([doc. 23](#)).

\*\*\*

#### **VIII. SULLA ESISTENZA DI POTENZIALI CONTROINTERESSATI E SULLA EVENTUALE INTEGRAZIONE DEL CONTRADDITTORIO NEI LORO CONFRONTI.**

25. Da quanto sopra emerge che, al tempo in cui la ricorrente esercitato il diritto di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, vi sono senz'altro sedi vacanti e disponibili al 1/9/2021, ed il fatto che l'Amministrazione, in violazione del diritto di precedenza della ricorrente, abbia assegnato le sedi vacanti e disponibili con atti che avranno effetto dal 1/9/2021, non può ovviamente pregiudicare il diritto cautelando.

25.1. Peraltro, la prassi dell'USR Campania è quella di dare esecuzione ai provvedimenti giudiziari relativi alla mobilità soltanto dal 1° settembre successivo, in sede di operazioni di mobilità relativa al seguente anno scolastico (cfr. [doc. 16](#)), a meno del caso fortuito che si determini - in corso di anno scolastico - la vacanza e disponibilità di una sede (ad es. per sopraggiunto decesso del suo titolare).



25.2. Tuttavia, è evidente che un provvedimento cautelare immediatamente esecutivo non si presti al ritardo nella sua esecuzione, così che, qualora a causa della pretermissione della precedenza della ricorrente, non vi fossero più sedi vacanti e disponibili vicine al domicilio del familiare disabile nel momento in cui dovrà darsi esecuzione all'emananda ordinanza cautelare, l'Amministrazione dovrà necessariamente revocare/annullare l'assegnazione disposta in favore di altro dirigente scolastico che non sia titolare di medesima o poziore precedenza, e di ciò si fa espressa richiesta nelle conclusioni del presente ricorso.

25.3. È altrettanto evidente che l'individuazione in concreto del provvedimento di assegnazione da revocare/annullare, richiedendo atti di determinazione del datore di lavoro (ivi inclusa l'individuazione del dirigente scolastico non titolare di medesima o poziore precedenza assegnatario della sede più vicina al domicilio del familiare da assistere), non potrà che spettare all'Amministrazione (o, in sua vece, ove inadempiente, al commissario *ad acta* nominabile dal giudice ex art. 669-duodecies c.p.c., come per pacifica giurisprudenza, *ex multis*: Trib. Roma, sez. lav., ord. 19/3/2018; Trib. Latina, sez. lav., ord. 8/7/2014; Trib. Campobasso, ord. 19/8/2013; Trib. Lamezia Terme, sez. lav., 29/1/2009; Trib. Reggio Calabria, sez. lav., ord. 1/12/2006).

25.4. Per tale ragione, a parere della scrivente difesa, sono potenziali controinteressati i dirigenti scolastici nei cui confronti l'esecuzione dell'emananda ordinanza cautelare potrebbe determinare pregiudizio e che, in questa fase, sono da individuarsi in tutti i dirigenti scolastici ai quali è stato conferito, a qualsiasi titolo, un incarico di dirigenza scolastica o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche della regione Campania, a decorrere dal 1/9/2021.

25.5. Trattandosi di numero elevato di soggetti, nei cui confronti sarebbe impossibile procedere a notifica individuale, si formula in calce al presente ricorso, istanza di autorizzazione alla notifica ex art. 151 c.p.c.

\*\*\*

## **IX. SUL FUMUS BONI IURIS.**

26. Alla luce di quanto ampiamente esposto e documentato, la sussistenza del *fumus boni iuris* è evidente, e qui ci si limiterà soltanto a tirare le fila di quanto precede.

26.1. La ricorrente ha diritto a scegliere la sede più vicina al familiare portatore di handicap in situazione di gravità che assiste (art. 33, comma 5, l. n. 104/92) e ciò comporta diritto di



precedenza in fase di mobilità (art. 601 d.lgs. n. 297/94) rispetto agli altri dirigenti scolastici che non siano titolari di medesima o poziore precedenza.

26.2. Rimane solo da rammentare che tutela cautelare quale quella qui chiesta è stata già costantemente riconosciuta in casi analoghi a quello *de quo*, come dimostra la copiosa giurisprudenza citata e prodotta ([doc. 10](#)).

\*\*\*

#### **X. SUL PERICULUM IN MORA.**

27. Come dedotto e documentato la ricorrente è il referente unico per l'assistenza della madre, persona con handicap in situazione di gravità certificato.

27.1. La distanza di oltre 200 km tra l'attuale sede di servizio della ricorrente, in Pomezia (RM), e il domicilio di sua madre, portatrice di handicap in situazione di gravità (73enne, affetta dalla malattia di Parkinson al 4° stadio), in Santa Maria Capua Vetere (CE), pregiudica estremamente la possibilità di prestarle la necessaria assistenza. Pertanto, la chiesta cautela è necessaria ad evitare, nel tempo che occorrerebbe per un giudizio di merito, una grave compromissione di diritti di rilevanza costituzionale, non riparabile per equivalente.

27.2. *Ex multis*, in casi del tutto analoghi: **Trib. Napoli Nord, ord. caut. n. 49741/2019**, “*il particolare rilievo dei valori, anche costituzionali, sottesi all'assistenza a persone disabili, in uno con la circostanza che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio di merito, perdurando la mancata assegnazione alla sede vicina al domicilio del familiare, per effetto del mancato riconoscimento del diritto di precedenza, verrebbe gravemente limitata, se non del tutto preclusa, la possibilità di assistenza dell'anziano e malato genitore, con definitiva (e non risarcibile per equivalente) compromissione del relativo diritto*”; analogamente, **Trib. Foggia, ord. n. 28633/2019**; **Trib. Reggio Calabria, decr. n. 98/2020**; **Trib. Grosseto, ord. n. 1625/2019**; **Trib. Alessandria, ord. n. 145/2020**; **Trib. Terni, ord. n. 3222/2020**; **Trib. Pesaro, ord. n. 2347/2020**).

#### **RICHIESTA DI DECRETO INAUDITA ALTERA PARTE EX ART. 669-SEXIES C.P.C.**

28. È necessario che, nelle more della fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, sia concessa una tutela cautelare provvisoria *ex art. 669-sexies c.p.c.*, atteso il **duplice motivo di estrema urgenza**: *da un lato*, la gravità della patologia da cui è affetta il familiare della ricorrente,





gravemente disabile e necessitante di assistenza (cfr. [doc. 1](#)); *dall'altro lato*, l'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico 2021/22 (1° settembre 2021), data dalla quale avranno decorrenza le assegnazioni delle sedi di lavoro disposte dall'USR Campania in violazione del diritto cautelando (per la considerazione quale “*pregiudizio imminente*” dell’ “*avvio dell'anno scolastico con le correlate, necessarie immissioni in servizio*”, si veda **Trib. Siena, 4/9/2019, n. 2304**).

28.1. Sulla base delle stesse ragioni, si veda il **decreto cautelare dell'8/7/2020 del Tribunale di Castrovillari, dr.ssa Anna Caputo**: “*viene in rilievo il doppio motivo di urgenza, dato dalla necessità di assistere il disabile in condizione di gravità ed ulteriormente dall'imminenza delle nuove assegnazioni*”.

\*\*\*\*\*

Tutto ciò premesso e considerato, la ricorrente *ut supra* rappresentata e difesa,

### **CHIEDE**

a codesto Ecc.mo Tribunale, disattesa ogni contraria deduzione ed eccezione, in via cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c., **anche con provvedimento *inaudita altera parte***, di ordinare al Ministero dell'Istruzione di garantire alla ricorrente il diritto di precedenza di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92 nella scelta della sede di servizio più vicina al domicilio del familiare portatore di handicap in situazione di gravità da assistere, nel comune di Santa Maria Capua Vetere (CE) e, per l'effetto, di assegnarla al ruolo della dirigenza scolastica della regione Campania, con conferimento dell'incarico di dirigente scolastico in una delle sedi di servizio indicate nella domanda di mobilità interregionale presentata per l'anno scolastico 2021/2022 o in altra sede di servizio più vicina al comune di Santa Maria Capua Vetere (CE), previa disapplicazione di ogni atto e provvedimento in contrasto con il suddetto diritto, con eventuale revoca/annullamento dell'assegnazione alla stessa sede di altro dirigente scolastico che non sia titolare di medesima o poziore precedenza.

Con vittoria delle spese e dei compensi professionali, oltre rimborso forfetario, CPA e IVA, del presente procedimento, come per legge, da liquidarsi sulla base dei parametri forensi di cui al D.M. n. 55/2014.

Si producono i seguenti documenti:



1) documentazione comprovante i requisiti L. 104/92, contenente: a) verbale accertamento handicap di Vaiano Angela; b) relazione neurologica; c) dichiarazione di Di Tella Caterina con documento di identità; d) dichiarazione di Vaiano Angela con documento di identità; e) dichiarazione di Di Tella Armando con documento di identità; f) certificato di stato di famiglia di Di Tella Armando; g) dichiarazione di Di Tella Vincenzo con documento di identità; h) certificato di stato di famiglia di Di Tella Vincenzo; i) certificato di matrimonio di Vaiano Angela; 2) D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017 (bando di concorso); 3) decreto MIUR n. 1205 del 1.8.2019 (approvazione graduatoria); 4) decreto MIUR n. 1229 del 7.8.2019 (rettifica graduatoria); 5) avviso MIUR n. 35372 del 1.8.2019; 6) nota MIUR prot. 36621 del 8.8.2019; 7) decreto USR Lazio n. 845 del 20.8.2019; 8) domanda di mobilità per l'a.s. 2021/22; 9) assenso alla mobilità interregionale; 10) raccolta di giurisprudenza; 11) C.C.N.L. relativo al personale dell'Area V della Dirigenza del 15/7/2010; 12) C.C.N.L. relativo al personale dell'area istruzione e ricerca dell'8/7/2019; 13) nota MIUR n. nota 17877 del 9/6/2021; 14) decreto USR Campania n. 20211 del 1/6/2021; 15) nota USR Campania n. 22012 del 15/6/2021; 16) decreto USR Campania n. 27146 del 14/7/2021; 17) decreto USR Campania n. 28743 del 27/7/2021; 18) decreto USR Campania n. 29692 del 2/8/2021; 19) decreto USR Campania n. 30844 del 11/8/2021; 20) nota USR Campania n. 29024 del 28/7/2021; 21) decreto USR Campania n. 29689 del 2/8/2021; 22) nota USR Campania n. 29715 del 2/8/2021; 23) decreto USR Campania n. 30866 del 11/8/2021.

Si dichiara che il presente procedimento ha valore indeterminabile e che, vertendo in materia di controversia di lavoro, il contributo unificato è dovuto nella misura di € 259,00.

#### **ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DI NOTIFICA EX ART. 151 C.P.C.**

La scrivente difesa,

premesse

che, per le ragioni ampiamente esposte nel paragrafo VIII del presente ricorso, l'emananda ordinanza cautelare potrebbe determinare pregiudizio nei confronti dei dirigenti scolastici ai quali è stato conferito, a qualsiasi titolo, un incarico di dirigenza scolastica o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche della regione Campania, a decorrere dal 1/9/2021;

che, atteso l'elevato numero di controinteressati e l'impossibilità di reperirne gli indirizzi di residenza, è impossibile o comunque estremamente difficile e costoso provvedere alla notifica



del presente ricorso nei modi ordinari, anche in considerazione delle esigenze di celerità proprie del procedimento cautelare;

che il Ministero dell'Istruzione dispone di area del proprio sito internet istituzionale destinata alla pubblicazione di atti processuali da notificare con modalità diverse da quelle ordinarie previste dalla legge;

chiede

all'Ill.mo Tribunale adito,

di autorizzare

ai sensi dell'art. 151 c.p.c., la notificazione del presente ricorso e dell'emanando decreto di fissazione dell'udienza, ai dirigenti scolastici ai quali è stato conferito, a qualsiasi titolo, un incarico di dirigenza scolastica o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche della regione Campania, a decorrere dal 1/9/2021, mediante la pubblicazione del presente ricorso e dell'emanando decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti sul sito internet istituzionale del Ministero dell'Istruzione.

Avv. Prof. Andrea Saccucci

Avv. Matteo Magnano

Avv. Giulia Borgna

#### ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Io sottoscritto Avv. Matteo Magnano (c.f. MGNMTT80P23E532P), quale procuratore e difensore della ricorrente, attesto che la presente copia informatica è conforme alla copia informatica del corrispondente atto, che ho estratto dal fascicolo processuale informatico del procedimento n. r.g. 3069/2021 pendente innanzi al Tribunale di Velletri - Sezione lavoro.

Roma, 30 agosto 2021

Avv. Matteo Magnano

