

TRIBUNALE ORDINARIO DI REGGIO EMILIA

-SEZIONE LAVORO-

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

^^^

**PER: BENEDETTO MARIA BEATRICE** (C.F.: BNDMBT70B59H282P) nata a Rieti il 19/02/1970 e residente a Roma, in Via Giosuè Borsi n. 4, rappresentata e difesa dall'Avv. Domenico Naso del foro di Roma (C.F. NSADNC65M03H501Z) come da mandato in calce al presente ricorso, ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale del medesimo in Roma, in Salita di San Nicola da Tolentino, n. 1/b (00187), che dichiara di voler ricevere la notifica di atti e comunicazioni a mezzo fax al numero 06/42005658 e/o a mezzo PEC al seguente indirizzo PEC: [domeniconaso@ordineavvocatiroma.org](mailto:domeniconaso@ordineavvocatiroma.org);

**-Ricorrente-**

**CONTRO: MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, GIÀ M.I.U.R.**, in persona del Ministro *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna ed ivi elettivamente domiciliato *ex lege* in Via A. Testoni n. 6, con notifica PEC al seguente indirizzo: [ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.bo@mailcert.avvocaturastato.it);

**- Resistente-**

^^^

**OGGETTO: ANNULLAMENTO E/O DISAPPLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO, DI DATA E PROTOCOLLO SCONOSCIUTI, CON IL QUALE IL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE HA NEGATO IL NULLA OSTA ALLA MOBILITÀ "IN ENTRATA" NEL LAZIO, QUALE PRIMA REGIONE DI PREFERENZA ESPRESSA. CONDANNA DELL'AMMINISTRAZIONE RESISTENTE AD ACCOGLIERE LA DOMANDA DI MOBILITÀ INTERREGIONALE "IN ENTRATA" NELLA REGIONE LAZIO, QUALE SEDE DI PRIMA PREFERENZA ESPRESSA, AI SENSI DELLA LEGGE N. 104/92 E DELL'ART. 9 COMMA 3 DEL CCNL AREA V DIRIGENZA SCOLASTICA.**

^^^

**ESPOSIZIONE DEI FATTI**

La ricorrente, dopo aver partecipato e superato positivamente la procedura concorsuale indetta con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017, veniva assunta nei ruoli della Dirigenza Scolastica, con assegnazione presso il "CPIA Reggio Sud" di Reggio Emilia (RE), con decorrenza dal 01.09.2019 (**cfr. doc. 1: Nomina ruoli Dirigenza Scolastica Emilia Romagna**).



In data 14.06.2022 la ricorrente trasmetteva all'U.S.R. per l'Emilia Romagna domanda di mobilità interregionale a decorrere dal 01.09.2022, nell'a.s. 2022/23, in uscita dall'Emilia Romagna verso la Regione Lazio, motivandola ai sensi dell'art. 9 del CCNL Area V Dirigenza, nonché della legge n. 104/92 per i motivi di seguito esposti (**cfr. doc. 2: Domanda di mobilità**).

La ricorrente, nella domanda di mobilità avanzata, indicava altresì in subordine come ulteriore sede di assegnazione la Regione Umbria.

La Dirigente rappresentava la sussistenza di casi di particolare urgenza ed esigenze familiari, come contemplate dal CCNL di settore, indicando quanto segue: *"Si chiede avvicinamento per scadenza incarico e per assistere familiare – parente Maria Teresa Benedetto in possesso di certificazione ex l. 104/1992 in situazione di particolare gravità. La sottoscritta attesta di essere l'unico parente che può prestare assistenza e che la presa in carico del familiare – parente, in possesso di certificazione ex l. 104/1992, è sopravvenuta all'incarico in essere"*.

La Dott.ssa Benedetto allegava tutta la documentazione necessaria a corredo della istanza presentata, in particolare il verbale I.N.P.S. di accertamento dell'handicap della zia Sig.ra Maria Teresa Benedetto, la quale veniva riconosciuta in data 13.05.2017 portatrice di handicap in situazione di gravità (comma 3 art. 3), con la seguente diagnosi: *"encefalopatia vascolare cronica. Parkinsonismo secondario. Poliartrosi diffusa severamente limitante. Malattia ipertensiva. Incontinenza urinaria"* (**cfr. doc. 3: Verbale invalidità Sig.ra Maria Teresa Benedetto**).

All'interno della domanda di mobilità la Dirigente indicava le sedi di preferenza nel seguente ordine, privilegiando quelle più prossime alla sua residenza e a quella della zia gravemente invalida:

6 Istituzioni scolastiche richieste, salve le autonome determinazioni del Direttore generale dell'Ufficio Scolastico Regionale di destinazione all'assegnazione della sede

Tipologia	Cod.meccanografico-e-dizione-in-chiaro-o-Provincia-o-Comune
1 Provincia di Roma	
2 Provincia di Rieti	
3 Provincia di Viterbo	
4 Comune di Latina	
5	



La ricorrente attestava di essere l'unica referente della zia invalida: ne è prova il fatto che il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per l'Emilia Romagna, con D.D.G. prot. n. 10092 del 19.11.2020, autorizzava la ricorrente a fruire dei *“permessi per l'a.s. 2020/21 e della relativa indennità in base al decreto legislativo n. 151/2001 e dalla legge 104/1992 per l'assistenza al parente di terzo grado Sig.ra Benedetto Maria Teresa”*, tenuto conto che quest'ultima *“è riconosciuta persona con handicap in situazione di gravità così come accertato dal verbale della commissione medica dell'INPS di Rieti del 13/05/2017 n. 63027065804-6; allo stato non ricoverato a tempo pieno in istituti specializzati; che nessun altro familiare beneficia dei permessi per lo stesso soggetto portatore di handicap; che non fruisce in nessuno dei mesi solari in cui cadono i permessi richiesti, dei congedi straordinari previsti dall'art. 42 comma 5 del D.L. 151/2001 per l'assistenza ai figli (o nei casi previsti ai fratelli o sorelle) con handicap grave; che non è convivente con il soggetto portatore di handicap, **ma che nessun'altra persona è in grado di prestargli assistenza**”* (cfr. doc. 4: D.D.G. prot. n. 10092 del 19.11.2020).

Con D.D.G. prot. n. 16494 del 29.06.2022 il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per l'Emilia Romagna, in accoglimento della domanda presentata dalla ricorrente, esprimeva l'assenso alla mobilità interregionale in uscita dall'Emilia Romagna, in considerazione della sussistenza dei presupposti ciò legittimanti (cfr. doc. 5: D.D.G. prot. n. 16494 del 29.06.2022).

Con D.D. prot. n. 447 del 15.07.2022 il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per l'Umbria, comunicava l'accoglimento della domanda di mobilità in entrata nella predetta Regione, quale seconda sede di preferenza espressa dalla Dirigente nella istanza trasmessa (cfr. doc. 6: D.D. prot. n. 447 del 15.07.2022).

La ricorrente otteneva dunque l'assenso alla mobilità in entrata nella Regione Umbria, quale sede espressa come seconda preferenza, in luogo del Lazio, quale prima Regione di preferenza.

La domanda di mobilità “in entrata” nel Lazio doveva trovare necessariamente una valutazione positiva sulla base di una delle tante sedi vacanti disponibili e/o unicamente disponibili per il prossimo anno scolastico 2022/2023.

A ciò deve aggiungersi che, in deroga temporanea al limite fissato del 30% dal vigente contratto collettivo, con l'articolo 19-quater del decreto legge 27 gennaio 2022 n. 4 è stato previsto che: *“In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per*



*la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025. Per la suddetta mobilità, oltre all'assenso dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è necessario quello dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare situazioni di esubero di personale, anche per gli anni scolastici successivi all'ultimo anno scolastico indicato al primo periodo>>.*

Pertanto, la suddetta disposizione ha introdotto una deroga al CCNL di settore, elevando la percentuale rimessa alla mobilità interregionale al 60%, unitamente all'assenso da parte dell'Ufficio Scolastico della Regione di destinazione richiesta.

Le domande di mobilità dovevano essere presentate dai Dirigenti Scolastici interessati entro il 07.07.2022 all'Ufficio Scolastico Regionale di appartenenza e contestualmente doveva essere richiesto formalmente anche l'assenso alla mobilità interregionale del Direttore Generale della Regione di appartenenza.

I singoli Uffici Scolastici dovevano adottare i provvedimenti di accoglimento o di diniego della richiesta di mobilità in entrata entro il 15.07.2022, termine entro il quale le operazioni di attribuzione degli incarichi dirigenziali dovevano essere completate.

Per quanto riguarda la Regione Lazio, con D.D.G. prot. n. 22253 del 08.06.2022, poi successivamente integrato con D.D.G. prot. n. 21972 del 14.06.2022, venivano stabiliti i criteri e le modalità delle operazioni di attribuzione degli incarichi dirigenziali, ivi compresa la mobilità interregionale, in relazione alla quale veniva così previsto: *“L'articolo 9, comma 4, del CCNL Area V sottoscritto in data 15 luglio 2010, come modificato dall'articolo 53 del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca sottoscritto in data 8 luglio 2019 prevede che: “su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente. .. omissis...”. L'articolo 19-quater del decreto-legge n.4 del 27 gennaio 2022, recentemente intervenuto dettando disposizioni in materia di mobilità straordinaria dei dirigenti scolastici, prevede che: “In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025. Per la suddetta mobilità, oltre all'assenso dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è necessario quello dell'Ufficio scolastico*



della regione richiesta. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare situazioni di esubero di personale, anche per gli anni scolastici successivi all'ultimo anno scolastico indicato al primo periodo". La citata disposizione introduce pertanto una deroga al vigente contratto collettivo, da un lato elevando la percentuale rimessa alla mobilità interregionale, dall'altro richiedendo l'assenso da parte dell'ufficio scolastico regionale della regione richiesta. Si ricorda che le istituzioni scolastiche dimensionate ai sensi dell'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, come previsto dal D.M. 26 aprile 2022, n.104, recante le dotazioni organiche dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2022/2023, in corso di registrazione, non rientrano nel computo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale. In ciascuna delle precedenti fasi, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e dalla disciplina contrattuale vigente, si terrà conto delle attitudini e delle capacità professionali del singolo Dirigente, da valutare considerando le esperienze svolte nel ruolo dirigenziale e le competenze maturate, anche in relazione alle caratteristiche e agli obiettivi delle istituzioni scolastiche richieste, così come desumibili dai documenti di programmazione delle stesse, al fine di tenere conto delle prioritarie esigenze di funzionamento delle scuole" (cfr. doc.ti 7 - 8: D.D.G. prot. n. 22253 del 08.06.2022; D.D.G. prot. n. 21972 del 14.06.2022 e sedi vacanti al 15.06.22).

Successivamente, con D.D.G. prot. n. 25442 del 04.07.2022 il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per il Lazio rettificava la precedente nota prot. n. 22253 del 08.06.2022, così disponendo: "[...] Relativamente alla mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, la disposizione normativa deve inoltre essere coordinata con l'articolo 19-quater del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, con il quale si prevede che: "In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025. Per la suddetta mobilità, oltre all'assenso dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è necessario quello dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare situazioni di esubero di personale, anche per gli anni scolastici successivi all'ultimo anno scolastico indicato al primo periodo". Come già accennato, la disposizione introduce una deroga al vigente contratto collettivo, da un lato elevando la percentuale rimessa alla mobilità interregionale, dall'altro richiedendo l'assenso da parte dell'ufficio scolastico regionale della regione richiesta. Occorre inoltre considerare che la



normativa vigente limita agli anni scolastici 2022/2023 e 2023/2024 il dimensionamento delle istituzioni scolastiche sulla base dei parametri dettati dalla legge di bilancio, mentre la disposizione derogatoria in materia di mobilità si estende fino all'a.s. 2024/2025. Per tale ultima annualità le istituzioni scolastiche saranno di nuovo considerate normodimensionate esclusivamente sulla base della normativa di carattere generale prevista dall'articolo 19, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98. Pertanto per l'anno scolastico 2022/2023, l'inserimento delle istituzioni scolastiche dimensionate ai sensi dell'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 nel computo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale comporta che, a seguito della quantificazione del 60 per cento dei posti disponibili, devono essere effettuate le opportune valutazioni al fine di evitare che nell'ultimo anno dell'incarico conferito si possano verificare situazioni di esubero. Sulla base di quanto sopra esposto occorre procedere ad integrazioni dei termini indicati nella nota DGPER prot. n. 22252 dell'8.6.2022, con la quale sono state fornite indicazioni per l'a.s. 2022/2023 sulle "Operazioni di attribuzione degli incarichi dirigenziali: conferme, mutamenti, mobilità interregionale con decorrenza 01/09/2022 – C.C.N.L. sottoscritto in data 11/04/2006 Area V (Scuola), C.C.N.L. sottoscritto in data 15/07/2010 per il personale dell'Area V della dirigenza scolastica e C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca sottoscritto in data 08/07/2019". Per consentire agli interessati la possibilità di presentare la domanda alla luce della nuova disciplina, o rettificare quella già presentata, si precisa che per l'a.s. 2022/2023 la richiesta di mobilità deve essere inviata entro il 7 luglio 2022 all'Ufficio Scolastico Regionale di appartenenza. Lo stesso termine dovrà essere osservato in via cautelativa dai dirigenti scolastici in posizione di stato che potrebbero rientrare dal collocamento fuori ruolo, comando, utilizzazione, incarico sindacale o rientro dall'estero. Entro la medesima data, esclusivamente per il tramite dell'Ufficio Scolastico Regionale di appartenenza, devono essere presentate le domande di mobilità interregionale, con le quali dovrà essere formalmente richiesto anche l'assenso alla mobilità interregionale del Direttore generale della regione di appartenenza" (cfr. doc. 9: D.D.G. prot. n. 25442 del 04.07.22 e sedi vacanti al 06.07.22).

Con D.D.G. prot. n. 754 del 19.07.2022, poi rettificato ed integrato dal D.D.G. prot. n. 767 del 21.07.2022, il Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per il Lazio pubblicava l'elenco dei Dirigenti Scolastici nei confronti dei quali veniva concessa la mobilità interregionale nella predetta Regione, con decorrenza dal 01.09.2022, all'interno del quale non risulta



presente il nominativo della ricorrente (cfr. doc.ti 10 - 11: D.D.G. prot. n. 754 del 19.07.2022; D.D.G. prot. n. 767 del 21.07.2022).

Difatti, l'U.S.R. per il Lazio, senza nulla motivare in relazione alla domanda di mobilità presentata dalla ricorrente, non riconosceva alla Dirigente il trasferimento nella predetta Regione, nonostante l'assenso rilasciato dall'U.S.R. per l'Emilia Romagna e la sussistenza di tutti i requisiti di legge richiesti, derivanti dalla assistenza esclusiva prestata dalla Dirigente nei confronti della zia invalida ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge n. 104/92.

Risultano dubbie le modalità di concessione della mobilità poste in essere dalla resistente Amministrazione "in entrata" nel Lazio, considerata la vacanza e disponibilità delle sedi che, ogni anno, vengono poste a reggenza in luogo del conferimento a Dirigenti Scolastici bisognosi di ottenere un trasferimento per gravi ed oggettivi motivazioni, come tutelate dalla normativa di settore.

Ne è prova il fatto che, nel precedente anno scolastico 2021/2022, nella Regione Lazio molte sedi venivano poste a reggenza, con conseguente impossibilità per Dirigenti Scolastici che avanzavano domanda di mobilità interregionale di poter ottenere l'assegnazione nonostante il possesso di tutti i presupposti ciò legittimanti.

Si vedano i conferimenti degli incarichi di reggenza sulle sedi disponibili posti in essere nel corso del precedente a.s. 2021/22, come si evince dagli estratti di seguito riportati, che dimostrano come le sedi disponibili in organico siano state poste a reggenza invece di essere assegnate a D.S. ai sensi dell'art. 9 comma 3 del CCNL di settore:

All. 1 - Elenco Sedi Disponibili per Incarico Reggenza a.s. 2021-2022										
Provincia	Comune	Tipologia istituzione scolastica	Codice	Fascia di complessità CIR 18-19	SEDE_REGGENZA	INDIRIZZO	cap	Distr.	Ambito	Sottodimensionata (SI/NO)

All. 1 al DDG n. 898 del 30/08/2021. Incarichi di reggenza a.s. 2021-2022										
Provincia	Distretto	Comune	Tipologia istituzione scolastica	Codice Meccanografico	Fascia di complessità CIR 18-19	Denominazione	Indirizzo	Cap	Sottodimensionata (SI/NO)	Dirigente scolastico REGGENTE

Con molta probabilità, l'U.S.R. per il Lazio procederà a breve alla individuazione ed assegnazione degli incarichi di reggenza anche per l'a.s. 2022/23, in relazione ai quali ci



si riserva il deposito in giudizio della relativa documentazione una volta che sarà pubblicata sul sito web istituzionale dell'U.S.R. per il Lazio.

Unitamente a ciò deve altresì considerarsi che l'U.S.R. per il Lazio, nelle succitate note, non ha inserito tutti i posti vacanti e disponibili, per i motivi di seguito esposti.

Come si evince dal provvedimento con il quale l'U.S.R. per la Campania ha disposto la mobilità interregionale "in entrata", si rileva che sono stati assegnati presso la predetta Regione ben 23 Dirigenti Scolastici provenienti dalla Regione Lazio (**cfr. doc. 12: Esiti mobilità U.S.R. Campania**).

La prova della ulteriore disponibilità di sedi è fornita altresì dal recente D.D.G. prot. n. 798 del 28.07.2022 con il quale l'U.S.R. per il Lazio ha decretato il collocamento a riposo di altri 7 Dirigenti Scolastici, con decorrenza dal 01.09.2022 (**cfr. doc. 13: D.D.G. prot. n. 798 del 28.07.2022**).

**Da ciò consegue ovviamente che, oltre alle sedi individuate come vacanti e disponibili, presso la Regione Lazio si libereranno a partire dal 01.09.2022 altre sedi di servizio nei ruoli della Dirigenza Scolastica che, ad un primo sommario calcolo, sono pari a 30, senza considerare quelle ulteriori che verranno assegnate a reggenza.**

Risultano pertanto poco chiari e dubbi i criteri utilizzati dall'Amministrazione resistente al fine di concedere la mobilità interregionale in entrata nella Regione Lazio, tenuto conto della disponibilità delle sedi e di quelle che ulteriormente si renderanno disponibili a decorrere dal 01.09.2022, oltre a quelle rese note dal Ministero dell'Istruzione.

In relazione ai criteri utilizzati ai fini della concessione della mobilità interregionale, si rappresenta che la discrezionalità dell'Amministrazione in relazione ad una presunta priorità in sede di assegnazione in base al tipo di invalidità – se personale o per familiare o affine – trova il proprio limite nella normativa applicabile in materia, ove non risulta esservi alcun ordine di graduazione in relazione a quanto sopra.

Ciò è stato confortato dalla Corte di Cassazione che, con riferimento ad una fattispecie analoga alla presente, ha ritenuto che *"la graduazione del diritto di precedenza, sulla base del maggior o minore legame fra il disabile ed il soggetto che fa valere il diritto in parola, non sarebbe consentita dall'art. 33 della legge n. 104/1992, che non giustifica neppure la diversità di regime fra trasferimenti interprovinciali, assegnazioni*



*provvisorie e mobilità infraprovinciale*” (cfr. doc. 14: Ordinanza interlocutoria Corte di Cassazione n. 13587/2022).

A ciò deve aggiungersi che la ricorrente è stata assunta nei ruoli della Dirigenza Scolastica in data 01/09/2019 e che pertanto, avendo superato il triennio, alla medesima non può essere applicato il vincolo triennale previsto dal Bando di concorso per D.S.

**Deve tra l'altro precisarsi che, sul punto, vi sono elementi discordanti tra i vari Uffici Scolastici Regionali.**

Ciò si evince dal D.D.G. prot. n. 28434 del 15.07.2022 del Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per la Campania, ove è così previsto: “VALUTATE accoglibili le istanze relative a mutamento di incarico in pendenza di contratto triennale bilanciando da un lato la continuità dell'azione amministrativa e dall'altra le motivazioni personali e professionali addotte dall'aspirante” (cfr. doc. 15: Nota D.D.G. U.S.R. Campania n. 28434 del 15.07.2022).

**Nella richiamata nota, si dà pertanto atto della concessione della mobilità interregionale anche a D.S. in pendenza di contratto triennale.**

Da ciò si deduce che non sono chiare le modalità di concessione della mobilità interregionale nelle diverse Regioni, tenuto conto che, pur a fronte di tutti i presupposti normativi ed in presenza di sedi vacanti e disponibili, l'U.S.R. per il Lazio non ha concesso alla ricorrente la mobilità “in entrata”, richiesta al fine di assistere la zia gravemente invalida.

La situazione di pregiudizio patita dalla ricorrente è evidente, se solo si considera che la medesima ha ottenuto l'assenso alla mobilità “in entrata” nella Regione Umbria, laddove invece aveva indicato per ovvi motivi quale sede di prima preferenza il Lazio, tenuto conto che sua zia gravemente invalida è sprovvista di ogni forma di quotidiana assistenza, che solo la ricorrente può prestarle, per i motivi di cui sopra.

#### **DIRITTO**

**DIRITTO DI PARTE RICORRENTE AD OTTENERE LA MOBILITÀ INTERREGIONALE “IN ENTRATA” NELLA REGIONE LAZIO, IN APPLICAZIONE DELL'ART. 33, COMMA 5 DELLA LEGGE 5 FEBBRAIO 1992, N. 104. VIOLAZIONE DELL'ART. 9 COMMA 3 DEL CCNL AREA V DIRIGENZA SCOLASTICA DEL 15.07.2010.**

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 (**cf. doc. 16: CCNL Area V Dirigenza 2019**).

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” (**cf. doc. 17: Legge n. 104/92**).

Per quel che maggiormente interessa parte ricorrente, l'art. 33 comma 5 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”.

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 della persona handicappata.

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).



Le posizioni espresse sul punto dalla giurisprudenza 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'orientamento della Corte di Cassazione è univoco nel senso di riconoscere 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; 20. 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; né la dizione letterale adoperata nel citato comma 5 dell'art. 33 implica la preesistenza dell'assistenza in favore del familiare rispetto alla scelta della sede lavorativa (anche a seguito di trasferimento), in quanto al lavoratore è riconosciuto il diritto di "scegliere la sede di lavoro" più vicina al "domicilio della persona da assistere", non necessariamente già assistita. Tale rilievo priva di consistenza l'osservazione della società ricorrente sulle implicazioni del riferimento nell'articolo 33, comma 5, nel testo ratione temporis applicabile, alla condizione di handicap grave che presuppone la necessità di assistenza "permanente, continuativa e globale"; quest'ultima è il tipo di assistenza di cui ha bisogno la persona in condizione di handicap grave ma non è necessariamente l'assistenza che farà carico sul singolo familiare, anche in ragione della soppressione del requisito di esclusività dell'assistenza ai fini delle agevolazioni di cui si discute; 21. l'interpretazione adottata dalla Corte di merito non solo risulta del tutto coerente col tenore letterale del citato art. 33, comma 5, ma appare la sola compatibile con le esigenze di tutela di rilievo costituzionale connesse alla condizione di persona con handicap; [...]23. l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute*



psico-fisica (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003); 24. 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; 25. l'art. 33, comma 5 disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza; 26. circoscrivere l'agevolazione in favore dei familiari della persona disabile al solo momento della scelta iniziale della sede di lavoro, come preteso dalla società ricorrente, equivarrebbe a tagliare fuori dall'ambito di tutela tutti i casi di sopravvenute esigenze di assistenza, in modo del tutto irrazionale e con compromissione dei beni fondamentali richiamati nelle pronunce della Corte Costituzionale sopra citate; 27. l'interpretazione data dalla Corte di merito deve quindi essere confermata in quanto, oltre che compatibile col testo letterale della disposizione in esame, è 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 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 questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017); [...] 29. ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, 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.; 30. 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 assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte e la Corte



*di merito si è attenuta a tali criteri, sicché nessuna violazione dell'art. 41 Cost. e dell'art. 2082 c.c., come dedotta col terzo motivo di ricorso, è configurabile” (cfr. doc. 18: Ordinanza Corte di Cassazione – Sezione Lavoro n. 6150/2019).*

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”.

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***



*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”.

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. [...]**”.

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”.

Come già precisato, con l'art. 19 *quater* del D.L. n. 4/2022, fino all'a.s. 2024/25 è operativa la disposizione derogatoria che innalza il limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei Dirigenti Scolastici, rendendo disponibile il **60%** dei posti vacanti.

Ciò implica ovviamente un notevole ampliamento dell'organico, in relazione al quale si conferma la evidente illegittimità della condotta della resistente Amministrazione,



senza considerare i posti che si renderanno ulteriormente disponibili e vacanti a decorrere dal 01.09.2022, come si evince dalla documentazione prodotta in atti.

Non si comprende difatti in base a quali criteri siano state effettuate le assegnazioni nella Regione Lazio, tenuto conto che la ricorrente non solo e tanto è in possesso di tutti i requisiti di legge, ma ha anche ottenuto l'assenso dall'U.S.R. di provenienza.

La ricorrente ha pertanto subito una evidente lesione dei suoi diritti, come garantiti e previsti dalla legge n. 104/92, in quanto ha ottenuto l'assenso da parte dell'U.S.R. per l'Emilia Romagna (quale Regione di prima assegnazione), ma non ha ricevuto alcun riscontro da parte dell'U.S.R. per il Lazio – prima preferenza espressa – il quale nulla ha motivato in relazione alla mancata concessione della mobilità “in entrata”.

La negazione dei diritti della 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.

Con la recente sentenza n. 1943/2021 il Tribunale di Prato ha espressamente riconosciuto che: *“Il successivo comma 5 dà al lavoratore il diritto di scegliere, “ove possibile”, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e sancisce il divieto di trasferimento in mancanza del suo consenso. Inoltre, l'art. 601 del D. Lgs. 297 del 16.4.1994 (“Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”) precisa 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. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”. Le disposizioni sopra richiamate rappresentano strumento indiretto di tutela delle persone in condizione di handicap, la cui assistenza è garantita attraverso il riconoscimento del diritto del familiare/lavoratore di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio, in un'ottica squisitamente solidaristica. Se questa è dunque la finalità perseguita dal legislatore, allora è evidente che irrilevante è il momento in cui si manifesta l'esigenza di assistenza (se in occasione della costituzione del rapporto di lavoro o successivamente) al fine di assecondare tale tipo di mobilità: di conseguenza, la sede idonea a prestare le cure adeguate al familiare disabile potrà essere ottenuta anche in occasione di una eventuale domanda di trasferimento. Da ciò ne consegue, anche nell'ottica di un'interpretazione*



costituzionalmente orientata delle disposizioni in parola, che il lavoratore, familiare di un portatore di handicap, vanta un vero e proprio diritto rispetto alla scelta di una sede il più vicino possibile al familiare da assistere. La qualifica in siffatti termini della posizione giuridica del lavoratore non implica, tuttavia, che si tratti di un diritto incondizionato. Invero, secondo l'interpretazione ormai costante della giurisprudenza di legittimità, l'uso della locuzione "ove possibile" di cui all'art. 33, comma 5, significa che esso può essere fatto valere quando "alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività" (Cass., SS.UU., sentenza n. 7945 del 27.3.2008), gravando sul datore di lavoro l'onere della prova circa l'esistenza di circostanze ostative al riguardo (così, Cass. SS. UU. n. 7945 cit. e, più di recente, Cass. n. 7120/2018). Perché il diritto ad assistere il familiare disabile possa avere piena attuazione, è necessario che lo stesso non venga sacrificato in presenza di qualunque confliggente interesse del datore di lavoro, ma solo quando la diversa organizzazione che ne deriverebbe imponga uno sforzo organizzativo che risulterebbe "sproporzionato", valutazione da effettuarsi in concreto, alla luce delle caratteristiche del datore di lavoro e delle altre esigenze (in questo caso, pubbliche) che egli è chiamato a soddisfare: è per tale ragione che, nell'ambito del lavoro pubblico, la giurisprudenza ha previsto che il trasferimento sia subordinato all'esistenza di un posto vacante e disponibile" (cfr. **doc.ti 19 - 20: Sentenza Tribunale di Prato n. 1943/2021; Sentenza Tribunale di Velletri del 16.09.2021**).

Il Tribunale di Tempio Pausania, pronunciandosi in merito ad una analoga procedura di mobilità avanzata da un Dirigente Scolastico verso la Regione Lazio, si è così pronunciato in relazione alla disponibilità di sedi presso la predetta Regione: "Per converso, nella fattispecie, non vi è prova della sussistenza di contrarie esigenze tecniche -organizzative e produttive determinanti l'impossibilità per la ricorrente di assegnazione a una sede più vicina al domicilio della madre, avendo l'Amministrazione resistente unicamente assunto l'indisponibilità di posti per la mobilità interregionale (cfr pagg. 10 e ss. memoria) ma non avendo provato documentalmente tali assunti e risultando agli atti documentazione di segno contrario. Difatti, parte ricorrente ha allegato e documentato che presso la Regione Lazio sono presenti numerosi posti di



**Dirigenti Scolastici che continuano ad essere assegnati a reggenza (cfr produzioni in data 01.09.2021 e 15.09.2021). Tali produzioni, sebbene rese senza autorizzazione del giudice, sono da ritenersi ammissibili e rilevanti anche in forza della disponibilità delle stesse da parte dell'Amministrazione resistente.**

Segnatamente, in sede di discussione, parte ricorrente ha evidenziato che i posti totali dati in reggenza sono 107, che quelli avente un titolare in altra sede sono 21, e che i restanti, sono, per l'effetto, disponibili in quanto privi di dirigente scolastico. A tale puntuale allegazione l'Amministrazione resistente non ha replicato sollevando una eccezione nuova (limite triennale) peraltro neppure rappresentata in memoria di costituzione e comunque infondata atteso il nulla osta rilasciato dall'USR della Sardegna e la deroga operata dall'art. 9 c. 3 del CCNL dell'area V della Dirigenza al comma 2 (quindi anche ai limiti temporali) in presenza di casi di particolare rilevanza stabiliti dalle norme speciali, quale l'art. 33 co. 5 della L. n. 104/1992. Per l'effetto, in ordine alla disponibilità delle sedi, si condivide e si confà alla presente fattispecie, quanto statuito dal Tribunale di Venezia, ordinanza n. 1359/21: "...in queste controversie l'onere della prova in relazione alla carenza dei posti vacanti e disponibili o comunque l'esistenza di altre ragioni ostative al trasferimento ex art. 3, co. 5, L. 104/92 grava sull'Amministrazione datrice di lavoro; invero, nell'ottica dell'applicazione dell'art. 3, co. 5, L. 104/92 si tratta di circostanza di fatto ostativa al diritto al trasferimento, ma anche avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 9, co. 4 del CCNL la conclusione non può che essere la medesima in considerazione del principio di vicinanza della prova, non potendo richiedersi all'istante di essere a conoscenza di tutti i dati necessari per l'individuazione dei posti effettivamente vacanti, al di là dell'indicazione ricavabile dalla documentazione pubblica...". L'Amministrazione resistente non ha soddisfatto tale preciso onere probatorio. Da quanto precede risulta, dunque, fondata la sussistenza del fumus" (cfr. **doc.ti 21 - 22: Ordinanza del Tribunale di Tempio Pausania n. 1724/2021; Ordinanza Tribunale Tempio Pausania n. 789/2022).**

Ancora, 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 sfinite 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 23 - 25: 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. 40/2020).*

Anche il Tribunale di Alessandria, con ordinanza del 09.06.2020 pronunciata in riferimento ad un ricorso presentato da un neo Dirigente Scolastico al fine di ottenere il trasferimento per assistere la suocera disabile, ha stabilito che: *“ la disposizione del bando di concorso, così come formulata, si pone tuttavia in evidente contrasto con la disciplina contenuta nella legge n. 104/1992..... Nel settore scolastico non opera soltanto la disciplina generale di cui alla legge n. 104/1992, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 d.lgs n. 297/1994 ai cui sensi: 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. Le predette norme comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità.... Alla luce della natura imperativa delle disciplina stabilita dalla legge 104, l’art. 15 del bando di concorso per dirigenti scolastici risulta nullo nella parte in cui nega la precedenza assoluta nell’assegnazione ai ruoli regionali ai dirigenti scolastici che godano dei benefici di cui alla legge 104/1992”.*

Nello stesso senso anche 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 necessità 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 già la Corte si è 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 già 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, allegare 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 [...]” (cfr. doc. 26).

Il 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 parte ricorrente abbia documentato lo stato di *handicap* della zia gravemente invalida e che, in quanto unica referente della predetta, abbia presentato la domanda di mobilità dalla Regione Emilia Romagna verso il Lazio – e solo in subordine verso l’Umbria - peraltro accolta dall’U.S.R. di provenienza, in considerazione della sussistenza dei presupposti di legge.**

La distanza tra la sede di assegnazione del Dirigente e quella di domicilio è di notevole rilevanza, precludendo di fatto alla ricorrente l’assistenza necessaria al familiare affetto da invalidità.

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, poiché:

- Parte ricorrente ha documentato lo stato di salute del familiare invalido e richiede l’applicazione in suo favore del comma 5, art. 33 legge n. 104/1992;

- La richiesta di assegnazione presso la Regione Lazio è “..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 sedi disponibili, come emerge dalla documentazione prodotta in atti.

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.

^^^

Tutto ciò premesso la ricorrente, come in epigrafe rappresentata, difesa e domiciliata

#### **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**



- **ANNULLARE E/O DISAPPLICARE** il provvedimento, di data e protocollo sconosciuti, con il quale il Ministero dell'Istruzione ha negato l'assenso alla mobilità "in entrata" nella regione Lazio, nonostante il nulla osta rilasciato dall'U.S.R. per l'Emilia Romagna;

- **ACCERTARE E DICHIARARE** il diritto della ricorrente, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/92, ad ottenere il trasferimento presso la Regione Lazio, in qualità di Dirigente Scolastico, in una delle sedi di preferenza espresse nella domanda di mobilità;

### **E PER L'EFFETTO:**

- **ORDINARE E CONDANNARE** l'Amministrazione resistente ad assegnare la ricorrente nei ruoli della Dirigenza Scolastica della regione Lazio, in una delle sedi di preferenza espresse nella domanda di mobilità.

### **IN VIA ISTRUTTORIA:**

### **ISTANZA EX ART. 210 C.P.C.**

Con la presente istanza si chiede all'Ill.mo Giudice adito di ordinare a parte resistente, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., l'esibizione in giudizio di tutti i provvedimenti e dei verbali aventi ad oggetto l'esame della documentazione e dei criteri di scelta utilizzati nell'ambito della procedura di mobilità, con la specificazione dei criteri in base ai quali è stato concesso il trasferimento nella Regione Lazio nei confronti degli individuati Dirigenti Scolastici.

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 i seguenti documenti in copia:

1. Nomina ruoli Dirigenza Scolastica Emilia Romagna;
2. Domanda di mobilità;
3. Verbale invalidità Sig.ra Maria Teresa Benedetto;
4. D.D.G. prot. n. 10092 del 19.11.2020;
5. D.D.G. prot. n. 16494 del 29.06.2022;
6. D.D. prot. n. 447 del 15.07.2022;
7. D.D.G. prot. n. 22253 del 08.06.2022;
8. D.D.G. prot. n. 21972 del 14.06.2022 e sedi vacanti al 15.06.22;
9. D.D.G. prot. n. 25442 del 04.07.22 e sedi vacanti al 06.07.22;
10. D.D.G. prot. n. 754 del 19.07.2022;
11. D.D.G. prot. n. 767 del 21.07.2022;
12. Esiti mobilità U.S.R. Campania;



13. D.D.G. prot. n. 798 del 28.07.2022;
14. Ordinanza interlocutoria Corte di Cassazione n. 13587/2022;
15. Nota D.D.G. U.S.R. Campania n. 28434 del 15.07.2022;
16. CCNL Area V Dirigenza 2019;
17. Legge n. 104/92;
18. Ordinanza Corte di Cassazione – Sezione Lavoro n. 6150/2019;
19. Sentenza Tribunale di Prato n. 1943/2021;
20. Sentenza Tribunale di Velletri del 16.09.2021;
21. Ordinanza del Tribunale di Tempio Pausania n. 1724/2021;
22. Ordinanza Tribunale Tempio Pausania n. 789/2022;
23. Ordinanza Tribunale di Foggia n. 25107/2020 del 24.08.2020;
24. Ordinanza del Tribunale di Bologna n. 5346/2020 del 31.08.2020;
25. Ordinanza Tribunale di Padova n. 40/2020;
26. Ordinanza Tribunale di Palermo n. 36001/2019.

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, 02.08.2022

Avv. Domenico Naso

