

STUDIO LEGALE ROCERETO

Via Lautoni I traversa n. 6 – 81040 Formicola (CE)
Via De Gasperi n. 33 – 81055 S. Maria C.V. (CE)
Fax 0823876493 – 3711282453
E mail roceretorossana@gmail.com . pec rossanarocereto@legalmial.it

TRIBUNALE CIVILE DI TORINO

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

CON RICHIESTA DI PROVVEDIMENTO EX ART.700 CPC

Per la **prof.ssa, D.S. sig.ra D'ettore Giovanna** nata a Napoli il 02/01/1972, C.F. DTTGNN72A42F839A, rappresentata e difesa per procura in calce al presente atto dall'Avv. Rossana Rocereto del Foro di S. Maria C.V. (c.f. RCRRSN73B47D709M), elettivamente domiciliata presso il suo studio in Formicola (CE) alla Via Lautoni I traversa n. 6.

Il procuratore di parte istante dichiara, ai sensi del secondo comma dell'art. 176 c.p.c., di voler ricevere comunicazioni presso il proprio numero di fax 0823876493 o indirizzo di pec rossanarocereto@legalmial.it così indicato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 del D.P.R. 11/02/2005 n. 68.

-ricorrente -

CONTRO

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca, C.F. 80185250588, in persona del Ministro *pro-tempore*, con sede in Roma, viale Trastevere 76/A, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino, via dell'Arsenale n. 21 (pec: ads.to@mailcert.avvocaturastato.it);

- resistente-

nonchè

Ufficio Scolastico Regionale del Piemonte, C.F. 97613140017, in persona del Direttore Generale, con sede in Torino, Corso Vittorio Emanuele II, n. 70, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino, via dell'Arsenale n. 21 (pec: ads.to@mailcert.avvocaturastato.it)



- resistente-

Nonchè

Ufficio Scolastico Regionale per il Piemonte- Ufficio V- Ambito Territoriale di Torino- C.
F. 80089530010, in persona del Direttore *pro-tempore*, Via Coazze n. 18, Torino, (pec:
uspto@postacert.istruzione.it), domiciliato per la carica presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato
di Torino, via dell'Arsenale n. 21 (pec: ads.to@mailcert.avvocaturastato.it)

-resistente-

PER LA DECLARATORIA

del diritto della ricorrente al riconoscimento della precedenza ai sensi dell'art.33 della L. 104/92 nella scelta della sede sin dalla fase di assegnazione alla regione di destinazione ai fini della stipula del contratto a tempo indeterminato in qualità di vincitrice del concorso per dirigente scolastico e/o del diritto della ricorrente ad essere assegnata e/o trasferita alla regione Campania quale dirigente scolastico nelle operazioni di mobilità per l'a.s. 2023/2024.

PREMESSE

- 1) La ricorrente è Dirigente scolastico a tempo indeterminato in quanto vincitrice del corso-concorso nazionale per il reclutamento dei dirigenti scolastici di cui al D.D.G. MIUR n. 1259 del 23.11.2017, con sede di servizio presso l'I.C. Santena Via Tetti Agostino n. 31 – Santena (TO).
- 2) Nel giugno 2023 presentava domanda di mobilità presso la Regione Campania al fine di poter assistere la sig.ra Cozzolino Maria portatore di Handicap grave ex art 3 comma 3 legge 104/92, nonchè beneficiaria di prestazione di accompagnamento, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita (**All. 3 e 4**);
- 3) La domanda di mobilità non veniva accolta per assenza di posti, nonostante la stessa, pur di riuscire ad avere un incarico nella vicinanze della regione Campania ove risiede il suo assistito, presentava domanda anche nelle seguenti regioni: Lazio, Puglia; Molise Abruzzo



(all. da 9 a 12);

- 4) La professoressa D'Ettore Giovanna è l'unica referente della sig.ra Cozzolino come si evince dalla dichiarazione sostitutiva **(All.7)**;
- 5) Ad oggi le condizioni di salute della sig.ra Cozzolino sono degenerate come si evince dalla certificazione medica allegata **(all. 5 e 6)**, tali che non riesce più a gestire il lontananza l'assistenza dell anziana donna disabile.

SUL DIRITTO ALL'ASSEGNAZIONE

PRESSO LA REGIONE CAMPANIA

In quanto collocatasi in posizione utile nella graduatoria generale di merito del concorso, la ricorrente è rientrata tra i vincitori dello stesso ed è stata individuata quale destinataria di contratto a tempo indeterminato con decorrenza 1.09.2015, procedura concorsuale di assunzione nel ruolo di Dirigente Scolastico D. M. n. 635 del 27/08/2015.

Nell'ambito della procedura, la ricorrente, nonostante la domanda non prevedesse apposita sezione, aveva dichiarato con specifica integrazione di essere referente unico per l'assistenza alla di lei suocera Cozzolino Maria , con la medesima residente e convivente, disabile ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104 del 1992.

Nonostante ciò, in occasione della pubblicazione dell'assegnazione ai ruoli regionali dei vincitori del concorso, avvenuta in data 12.08.2023, la ricorrente ha appreso che non era stata minimamente tenuta in considerazione la propria condizione di referente unico per l'assistenza alla madre disabile grave, nonostante avesse espressamente richiesto di poter esercitare il diritto all'assegnazione con priorità alla regione Campnia ai sensi della legge 104/92, ed era stata assegnata alla regione Piemonte anziché, quantomeno, alla regione Campania, come invece aveva richiesto quale prima preferenza in fase di scelta delle regioni di assegnazione, sebbene le sedi vacanti e disponibili per la Regione Campnia fossero effettivamente in numero sufficiente anche per la sua assegnazione, in quanto si trattava di diverse sedi effettivamente vacanti e disponibili in esito alla procedura di mobilità ed essendo dirigente da ormai 8 anni nella regione Piemonte.



Il mancato riconoscimento del diritto all'esercizio della scelta della regione di assegnazione con priorità in quanto referente unico per l'assistenza ai genitori portatori di handicap grave è illegittimo per i motivi di cui si dirà in seguito.

Pertanto, in via preliminare, va quindi dato atto dell'esistenza di sedi vacanti e disponibili –e norme dimensionate per l'a.s. 2023/2024 – utilizzabili per la nomina dei vincitori di concorso beneficiari della Legge 104/92, con il conseguente accertamento del diritto della ricorrente a poter essere assegnata alla regione Campania, quale prima preferenza espressa.

*** **

Ciò posto, si evidenzia quanto segue:

ai sensi dei commi 3 e 5 dell'art.33 della legge 104/92, 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.

Il tenore della norma è inequivocabile.

Il vincitore di concorso che si trovi nella condizione di referente unico per l'assistenza ad uno o più congiunti portatori di handicap con gravità ha quindi diritto a scegliere con priorità, ove possibile nei termini chiariti dalla giurisprudenza, rispetto agli altri vincitori la sede di lavoro tra tutte quelle disponibili, quindi, nel caso di specie, a prescindere dalla regione in cui verrebbe assegnato per posizione in graduatoria.

Come dianzi evidenziato, tuttavia, il bando di concorso illegittimamente sposta in avanti il momento di esercizio del diritto.

Se da un lato infatti non viene negata l'applicazione delle disposizioni normative citate, tuttavia la stessa viene postergata alla fase successiva rispetto all'assegnazione alla regione di destinazione,



eludendo sostanzialmente la norma stessa.

È evidente, infatti, che l'unico modo per rendere effettivo il diritto previsto dall'art.33 della L.104 era quello di consentirne l'esercizio sin da subito, ossia sin dalla fase di assegnazione alla regione di destinazione e non dopo, come tuttavia è avvenuto.

Ci si chiede infatti quale utilità possa avere per il soggetto che presta assistenza al congiunto disabile grave, scegliere la sede con priorità rispetto agli altri candidati solo dopo essere stati assegnati ad una regione diversa rispetto a quella ove risiede il disabile assistito, o comunque alla regione più vicina.

Il caso della ricorrente è emblematico per meglio cogliere l'illogicità, oltre che la palese illegittimità, dell'agire dell'Amministrazione.

Nel caso a mano, la ricorrente è l'unico soggetto che presta assistenza alla di lei madre disabile grave domiciliata e residente con lei in Campania. Anche in ragione della propria condizione di referente unico per l'assistenza alla madre, la ricorrente aveva indicato quale prima preferenza la regione Campania – dove risiede e dove assiste il congiunto disabile.

Il meccanismo illegittimo ed aberrante seguito dall'Amministrazione ha del tutto azzerato la portata del diritto alla priorità nella scelta riconosciuto alla ricorrente dal legislatore del 1992, peraltro a tutela del superiore interesse del soggetto disabile, tutelato costituzionalmente.

Infatti, nonostante ciò, la ricorrente è stata assegnata alla regione Piemonte, anziché alla Campania come richiesto.

In maniera poi quasi beffarda, solo dopo essere stata assegnata in Piemonte, e quindi a centinaia di chilometri di distanza dal luogo di residenza del congiunto disabile, l'Amministrazione le ha consentito – sulla carta - di scegliere con priorità la sede di servizio (nell'ambito della stessa regione Piemonte).

Tuttavia, ci si chiede quale utilità possa derivare dalla scelta con priorità della sede nell'ambito di una regione che dista centinaia di chilometri dalla Campania e dalla provincia di Caserta.

È evidente quindi l'illogicità oltre che la palese illegittimità per violazione della norma di carattere



imperativo di cui all'art.33 della L.104/92.

La piena applicabilità della disposizione normativa in esame, posta a tutela di valori costituzionali quale quello alla salute ed all'accesso al lavoro dei soggetti disabili, che fanno assurgere al rango di norma imperativa la previsione di cui all'art.33 della L.104/92, è stata più volte confermata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito sia in tema di assunzione che in tema di trasferimento del personale scolastico.

L'immediata applicabilità della disposizione di cui all'art.33 della legge 104 comporta che il vincitore di concorso che vanti i requisiti ivi indicati – nel caso di specie la ricorrente – deve avere priorità assoluta nella scelta della sede, a prescindere dal meccanismo di assegnazione alle regioni previsto dal bando, e le eventuali disposizioni dello stesso che non dovessero riconoscere detta precedenza, o che, come nel caso di specie la dovessero spostare alla fase successiva all'assegnazione alla regione, dovrebbero ritenersi nulle per contrasto con norma imperativa e disapplicare.

Alla legge 104/1992, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, va quindi riconosciuto lo storico merito di aver sancito diritti ormai intoccabili a favore delle persone portatrici di handicap, prevedendo l'eliminazione di tutti quegli ostacoli che limitano il regolare dispiegarsi della vita di relazione.

In casi analoghi (precedenza per assistenza al genitore/figlio disabile grave,) la giurisprudenza ha anche dichiarato la nullità dei contratti collettivi laddove non prevedono la precedenza assoluta per i beneficiari della legge 104. La piena applicabilità della disposizione normativa



in esame, posta a tutela di valori costituzionali quale quello alla salute ed all'accesso al lavoro dei soggetti disabili, che fanno assurgere al rango di norma imperativa la previsione di cui all'art.33 della L.104/92, è stata più volte confermata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito sia in tema di assunzione che in tema di trasferimento del personale scolastico.

L'immediata applicabilità della disposizione di cui all'art.33 della legge 104 comporta che il vincitore di concorso che vanti i requisiti ivi indicati – nel caso di specie la ricorrente – deve avere priorità assoluta nella scelta della sede, a prescindere dal meccanismo di assegnazione alle regioni previsto dal bando, e le eventuali disposizioni dello stesso che non dovessero riconoscere detta precedenza, o che, come nel caso di specie la dovessero spostare alla fase successiva all'assegnazione alla regione, dovrebbero ritenersi nulle per contrasto con norma imperativa e disapplicare.

Ad esempio, con pronunce rese sia in sede cautelare che di merito, il Tribunale di Genova ha avuto modo di evidenziare che *“In tema di trasferimento, nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla l. n. 104/1992, ma anche la disciplina speciale di cui all'art. 601 d.lg. n. 297/1994, che accorda maggiore tutela al portatore di handicap e non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, quale circostanza del tutto neutra per la PA: tale precedenza non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost.”* (Tribunale di Genova, ordinanza collegiale 19.12.2016 2).

In particolare, la giurisprudenza richiamata ha rilevato che *“nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla legge 104/92, ma anche la disciplina speciale di cui all'art. 601 d. lgs 297/94. Tale disposizione stabilisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/92 <si applicano al personale di cui al presente testo unico> e che tali norme <comportano la*



precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità>.

Quest'ultima disposizione (art. 601) non prevede limiti al proprio contenuto precettivo a differenza della disciplina generale, sicché ha la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale.

Ora, tenuto conto che l'art 33 c. 5 della legge 104/1992 3, accorda al "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", è possibile apprezzare la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell'art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell'articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009. Sul punto, ritiene il Collegio, che non colgano nel segno le obiezioni di contraddittorietà dell'ordinanza impugnata sollevata dalla difesa erariale. Infatti se è vero che l'art. 601 rinvia all'art. 33 e quindi anche alla locuzione <ove possibile>, locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell'Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, è altresì vero che l'art. 601 nel secondo comma specifica che <le predette norme (cioè gli articoli 21 e 33: ndr) comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità>. Il che indica cosa diversa dalla scelta, ove possibile, della sede di lavoro, perché l'art. 601 non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, circostanza del tutto neutra per la PA. Perde quindi consistenza anche la seconda contraddittorietà dell'ordinanza impugnata indicata dalla difesa erariale perché l'art. 601 non incide su valori di rango costituzionale non valutati dal GM (segnatamente quelli espressi dall'art. 97 Cost. relativi al buon andamento della PA) ma si limita a rinforzare, dando concreta attuazione, a principi espressi dall'art. 38 Costituzione e da fonti sovranazionali.



Il che vuole dire, in altri termini, che la “precedenza” nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost.

Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni oggetto di censura da parte del MIUR, non può non rilevarsi la nullità dell’art. 13 del CCNI, così come già evidenziata nell’ordinanza impugnata, nella parte in cui nega la precedenza assolutanelle operazioni di trasferimento interprovinciale al genitore che assiste un figlio affetto da handicap grave (accordandola invece alla persona affetta da cecità o emodializzata rispettoal genitore del figlio disabile, criterio che come ben rilevato condivisibilmente dal GM è anche slegato da qualunque esigenza organizzativa della PA)”.

In altro caso analogo, anche la Corte d’Appello di Sassari (sent. 43/2015) ha rilevato la natura imperativa della norma con la conseguente declaratoria di nullità delle disposizioni del contratto collettivo non compatibili.

L’insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili ed alle famiglie di appartenenza, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.)⁵.

Orbene, ciò posto, pur non essendo prevista un’espressa sanzione di nullità per violazione dell’art. 21 e dell’art.33, 5° co. l. 104/1992, la natura di norma imperativa di tali disposizioni è comunque evincibile dalla ratio legis di esse e dalla loro collocazione all’interno di una legge contenente “*i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata*” ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero



funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 l. 104/1992).

Dette norme, l'art.21 e l'art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale con esse eventualmente contrastanti (come il bando di concorso nel caso a mano), a maggior ragione laddove il bando (all'art.15) ne richiama integralmente l'applicazione, sebbene nella fase successiva all'assegnazione alla regione di destinazione.

Di conseguenza, le stesse non possono ritenersi implicitamente abrogate neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi della Corte Costituzionale in subiecta materia, dei diritti che l'art.21 e l'art. 33, 5° co. l. 104/1992 sono diretti a tutelare, rende evidente che le norme in questione costituiscono norme imperative, la cui violazione da parte di disposizioni di rango inferiore (come il bando di concorso) comporta la nullità di queste ultime e la loro conseguente disapplicazione da parte del Giudice ordinario.

Da quanto esposto emerge che l'esigenza dell'organizzazione e della conseguente discrezionalità amministrativa, non può far venir meno le condizioni di uguaglianza nei confronti dei soggetti portatori di handicap (Cos. di Stato Sez. III n. 1625/2000) atteso che, diversamente opinando, il diritto dei predetti verrebbe eliminato da una mera affermazione di principio. Le disposizioni di cui alla L.104/92 pongono quindi *“un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 C.C., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa”*.

In ragione di quanto sopra, in quanto soggetto che presta assistenza alla suocera disabile grave,



alla ricorrente andava riconosciuta la precedenza assoluta nell'assegnazione della sede già nella prima fase di assegnazione alla regione di destinazione, con la conseguente assegnazione in via prioritaria alla regione Campania a nulla valendo la possibilità di esercitare detta opzione presso la regione Piemonte come dianzi evidenziato.

Nel caso specifico quindi, dovendo l'Amministrazione procedere alla copertura di quelle sedi dirigenziali vacanti e messe a concorso, la precedenza nell'assegnazione alla regione prima, e nella scelta della sede dopo, era una circostanza del tutto neutra per la P.A..

In fattispecie identica si sono peraltro già espressi i Tribunali di Siena (ordinanza 4.09.2019), il Tribunale di Napoli Nord (ordinanza 25.09.2019), il Tribunale di Palermo (ordinanza del 27.09.2019) e ancora il Tribunale di Termini Imerese (ordinanza del 15.10.2019, ordinanza collegiale del 7.07.2020, il Tribunale di Termini Imerese).

In particolare, il Tribunale di Palermo ha evidenziato con Sentenza n.1465 del 4.06.2020 (passata in giudicato), 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, allegate 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)”.

Senza recesso alcuno dai superiori motivi, in via subordinata, si evidenzia ulteriormente quanto segue in merito alla procedura di mobilità per l'a.s. 2023/2024.

SULLA PROCEDURA DI MOBILITA' PER L'A.S. 2023/2024

Entro i termini previsti allo scopo, la prof.ssa D'ettore Giovanna ha presentato domanda di mobilità interregionale con decorrenza 01/09/2023, in ragione della necessità di prestare assistenza alla suocera disabile grave e, quindi, in presenza di una situazione di particolare necessità come previsto dal CCNL.

In particolare, la suocera della ricorrente – Cozzollino Maria - è stata riconosciuta soggetto portatore di handicap in stato di gravità ai sensi dell'art.3 comma 3 della L.104/92 nei cui confronti la ricorrente è referente unico per l'assistenza, stante che il marito dell'asig.ra Cozolino è deceduto e l'altro figlio è impossibilitata a prestare assistenza alla madre per impegni relativi alla propria attività lavorativa e familiari come si evince dalla mentovata dichiarazione sostitutiva (All. 7).

A fronte della domanda di mobilità interregionale formulata dalla ricorrente, debitamente documentata, la ricorrente non ha ottenuto il richiesto trasferimento, per via degli illegittimi criteri che hanno regolato la procedura di mobilità e il mancato trasferimento nella regione Campania, della ricorrente risulta tuttavia illegittimo per i motivi che seguono.



SULLA PRIORITA' DELLA MOBILITA' RISPETTO ALLE NUOVE ASSUNZIONI

L'istituto della mobilità dei pubblici dipendenti è disciplinato dall'art.30 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che al comma 2-bis dispone che *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio.*

Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria”.

La portata precettiva della disposizione è rafforzata dalla previsione di nullità degli accordi, atti o clausole dei contratti collettivi elusivi del principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale, che peraltro è presente nella disposizione relativa al reclutamento dei dirigenti scolastici (art.29 stesso testo) che impone il reclutamento per corso-concorso e la ricognizione del contingente utile, previamente <<...tenendo conto dei posti da riservare alla mobilità...>>.

La stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica- (DFP 0013731 P-1. 2. 3. 4 del 19/03/2010) - ha ricordato che *“l'art. 30, comma 2-bis, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n.165 non lascia dubbi circa il fatto che le procedure concorsuali debbano essere precedute dall'esperimento delle procedure di mobilità”.*

Può ragionevolmente concludersi nel senso dell'identificazione della chiara scelta del Legislatore di preferire prioritariamente la migliore allocazione delle risorse lavorative già in essere, rispetto ai nuovi ingressi di personale, scelta già chiara, per quanto qui di precipuo interesse, alla luce del T.U. del personale scolastico (D.Lvo 297/94) ed ulteriormente rafforzata con carattere di generalità per tutti i dipendenti pubblici dal novellato art.30 D.Lgs. 165/2001.



La disciplina qui adottata, laddove sottrae alle sedi utilizzabili ai fini della mobilità quelle da destinare alle nuove assunzioni, risulta quindi illegittima per chiara violazione di legge: a fugare dubbi sulla giurisdizione in materia, si segnalano Tar Lazio sez. III bis Sentenze n.ri 8389/2020, 8398/2020, 8420/2020, 8448/2020, 8536/2020, 8609/2020, tutte del mese di luglio u.s..

Non a caso il citato comma 2bis dell'art.30 del d.lgs. n. 165/2001 si esprime con perentorio tenore prevedendo che *“In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale”*.

In particolare, quanto al personale scolastico, l'art.465 del D.lvo 297/94, con disposizione applicabile anche al personale direttivo, che:

“1. Sino all'attuazione di quanto previsto dall'articolo 470, comma 1, i trasferimenti nell'ambito della provincia sono disposti con precedenza rispetto ai trasferimenti da altra provincia.

2. I trasferimenti da altra provincia sono disposti sia sul 50 per cento dei posti che risultano annualmente vacanti e disponibili, sia per compensazione.

3. Ai trasferimenti sono assegnati esclusivamente le cattedre ed i posti di insegnamento la cui disponibilità, nella misura fissata dal comma 2, si venga a verificare entro il 31 marzo di ciascun anno.

4. Le cattedre ed i posti di insegnamento che risultino, per qualsiasi causa, disponibili e vacanti dopo tale data sono invece assegnati, nella misura intera, alle nuove nomine in ruolo, che saranno disposte su sedi provvisorie.

5. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano altresì per i trasferimenti e le nuove nomine del personale direttivo e del personale educativo”.

Il successivo art. 466 dispone altresì che i trasferimenti a domanda del personale direttivo, docente ed educativo sono disposti anche su posti lasciati vacanti a seguito del collocamento fuori ruolo, del comando o dell'esonero dal servizio dei titolari, purché tali posizioni di stato siano di durata annuale e siano note all'inizio dello svolgimento delle operazioni di trasferimento.



Infine, l'art. 470 del D.lvo 16 aprile 1994, n. 297 al comma 1, inequivocabilmente stabilisce:
“Specifici accordi contrattuali tra le organizzazioni sindacali ed il Ministero della pubblica istruzione definiscono tempi e modalità per il conseguimento dell'equiparazione tra mobilità professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) e quella territoriale, nonché per il superamento della ripartizione tra posti riservati alla mobilità da fuori provincia e quelli riservati alle immissioni in ruolo, in modo che queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico”.

Quest'ultima disposizione ricalca le previsioni di cui all'art.30 comma 2 bis del D.Lvo165/2001 che, in termini più generali, dispone che *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria”.*

In sintesi, dalla superiore ricognizione normativa, emerge quindi che:

- i posti che risultino, per qualsiasi causa, disponibili e vacanti dopo il 31 marzo sono assegnati, nella misura intera, alle nuove nomine in ruolo, che saranno disposte su sedi provvisorie;
- i trasferimenti a domanda del personale direttivo, docente ed educativo sono disposti anche su posti lasciati vacanti a seguito del collocamento fuori ruolo, del comando o dell'esonero dal servizio dei titolari, purché tali posizioni di stato siano di durata annuale e siano note all'inizio



dello svolgimento delle operazioni di trasferimento;

- le immissioni in ruolo siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico.

Come detto, la stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri -Dipartimento della Funzione Pubblica- ha (DFP 0013731 P-1. 2. 3. 4 del 19/03/2010) ha ricordato che *“l’art. 30, comma 2- bis, del D.Lgs 30 marzo 2001, n. 165 non lascia dubbi circa il fatto che le procedure concorsuali debbano essere precedute dall’esperimento delle procedure di mobilità”*. La disciplina prevista dal CCNI sulla mobilità dei dirigenti scolastici, laddove si pone in contrasto o, quantomeno, non dà piena attuazione ai predetti principi, risulta pertanto illegittima per violazione di legge.

Le nuove assunzioni di dirigenti scolastici per l’a.s. 2023/2024 dalla graduatoria del concorso bandito nel 2015, il medesimo vinto dalla ricorrente, devono quindi essere effettuate senza alcun accantonamento di posti in danno della procedura di mobilità che, a mente delle chiare disposizioni legislative sopra riportate, deve effettuarsi su tutti i posti vacanti e/o comunque disponibili, nei termini precisati dal richiamato art.466 del D.Lvo 297/94.

Quindi, le nuove assunzioni possono essere effettuate esclusivamente sui posti residui al termine delle operazioni di mobilità.

Il citato art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 prevede infatti che *“In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l’applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale”*. Come evidenziato in identica fattispecie dal Tribunale di Roma (sentenza n.5660 dell’11.06.2019) *“La previsione legislativa, quindi, contrariamente alla contrattazione collettiva, accorda preferenza alle operazioni di mobilità territoriale rispetto alle immissioni in ruolo che dovrebbero essere effettuate sui posti residui al termine delle prime.*

Nella specie, il ricorrente reclama il trasferimento in un posto che risulta essere l’unico



disponibile. Ne consegue che l'aver riservato questo posto ad una nuova immissione in ruolo, come da previsione contrattuale, è in contrasto con la riportata normativa di legge.”.

Più di recente, il Tribunale di Latina (sent. n.703 del 18.06.2020) ha evidenziato che *“La previsione legislativa, quindi, contrariamente alla contrattazione collettiva, accorda preferenza alle operazioni di mobilità territoriale e professionale rispetto alle immissioni in ruolo che dovrebbero essere effettuate sui posti residui al termine delle prime. Ne consegue che l'aver riservato questi posti ad una nuova immissione in ruolo, come da previsione contrattuale, è in contrasto con la riportata normativa di legge”.*

Recentemente, su fattispecie identica, con ordinanza collegiale del 29.09.2021, il Tribunale di Ancona ha rilevato che *“il citato art.470 non si limiti ad imporre una «priorità temporale» tra esame delle domande di trasferimento e prima assegnazione della sede al personale immesso in ruolo, ma - laddove dispone che « queste ultime siano effettuate sui posti residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico» - riservi un vero e proprio diritto precedenza a tutti i dirigenti già in ruolo rispetto ai nuovi assunti, sulle sedi di anno in anno disponibili, esprimendo senz'altro un principio di piena «preferenza per il trasferimento d'ichi sia già in ruolo rispetto alla assegnazione di sede per le nuove nomine» (ordinanza 3722/19 del CdS ...).”*

SUL DIRITTO AL TRASFERIMENTO CON PRECEDENZA AI SENSI DELLA LEGGE 104/92 A PRESCINDERE DALLA FASE DI MOBILITA’

A prescindere dalla correttezza o meno del calcolo delle sedi disponibili per la mobilità interregionale, errata per più ragioni come dianzi evidenziato, la ricorrente aveva comunque diritto alla mobilità con precedenza assoluta rispetto ai dirigenti che non beneficiavano della legge 104/92 e che partecipavano ad una delle precedenti fasi di mutamento di incarico e mobilità.

Tuttavia, in ragione della natura imperativa delle disposizioni di cui alla legge 104/92, al personale



beneficiario, come la ricorrente, andava riconosciuta la priorità assoluta nell'assegnazione della sede rispetto al personale privo di precedenza alcuna, a prescindere dalla fase di mobilità cui partecipava.

La lesione del diritto della ricorrente si deve, dunque, a due ragioni in diritto, fra esse complementari e legate all'obbligo di effettuare la mobilità su tutti i posti vacanti e disponibili anteriormente alle nuove assunzioni e con priorità rispetto al personale privo di precedenza alcuna a prescindere dalla fase di mobilità, ed al dovere di tutelare la condizione di soggetto disabile ai sensi della L.104/92 del congiunto della ricorrente.

Sul punto, il Tribunale di Ancona con la citata ordinanza del 29.09.2021 ha evidenziato che *“la citata limitazione del 30% prevista dalla contrattazione collettiva appaia illegittima, in quanto contraria alla legge; così come contrarie a norme speciali e di rango superiore(art.33 L.104/92) appaiono le disposizioni invocate dalla parte convenuta («DDG 13/7/11,.... DM 27/8/15 n°635») che impongono ai dirigenti scolastici un generico obbligo di permanenza (per 3 o 6 anni) nella sede”*.

La condotta dell'Amministrazione resistente è illegittima ed ingiusta per i seguenti motivi di

DIRITTO

VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.30, COMMA 2 BIS, D.LGS. N.165/2001 IN COMBINATA LETTURA CON L'ART.29, COMMA 2 DEL MEDESIMO TESTO, E- DISCENDENTE NULLITÀ DELLE EVENTUALI DISPOSIZIONE PATTIZIE E REGOLAMENTARI OSTATIVE

Ferma la sussistenza del diritto invocato, è nei principi generali della mobilità dei dipendenti che va ulteriormente rintracciata la lesione subita dalla ricorrente.

Come dianzi già evidenziato, l'istituto della mobilità dei pubblici dipendenti è disciplinato dall'art.30 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che al comma 2-bis dispone che *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti*



vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio.

Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria”.

La portata precettiva della disposizione è rafforzata dalla previsione di nullità degli accordi, atti o clausole dei contratti collettivi elusivi del principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale, che peraltro è presente nella disposizione relativa al reclutamento dei dirigenti scolastici (art.29 stesso testo) che impone il reclutamento per concorso e la ricognizione del contingente utile, previamente

<<...tenendo conto dei posti da riservare alla mobilità..>>. La stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica- (DFP 0013731 P-1. 2. 3. 4 del 19/03/2010) - ha ricordato che *“l’art. 30, comma 2-bis, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n.165 non lascia dubbi circa il fatto che le procedure concorsuali debbano essere precedute dall’esperimento delle procedure di mobilità”*.

Può ragionevolmente concludersi nel senso dell'identificazione della chiara scelta del Legislatore di preferire prioritariamente la migliore allocazione delle risorse lavorative già in essere, rispetto ai nuovi ingressi di personale, scelta già chiara, per quanto qui di precipuo interesse, alla luce del T.U. del personale scolastico (297/94) ed ulteriormente rafforzata con carattere di generalità per tutti i dipendenti pubblici dal novellato art.30 D.Lgs. 165/2001.

La disciplina qui adottata risulta quindi illegittima per chiara violazione di legge: a fugare dubbi sulla giurisdizione in materia, si segnalano Tar Lazio sez. III bis Sentenze n.ri 8389/2020, 8398/2020, 8420/2020, 8448/2020, 8536/2020, 8609/2020, tutte del mese di



luglio u.s.

Non a caso il citato comma 2bis dell'art.30 del d.lgs. n. 165/2001 si esprime con perentorio tenore prevedendo che *“In ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale”*.

E non a caso le OO.SS., informate dal Ministero delle prossime assunzioni, abbiano unanimemente posto la questione della necessaria priorità da attribuire alla mobilità, proprio per rendere operative le mobilità assistite dai benefici di cui alla L.104.

Certamente, dunque, l'illegittimità nasce dall'aver anteposto nuove assunzioni alle mobilità, come quella della ricorrente, per di più assistita dalle precedenze di cui alla L.104/92.

La questione è già nota in giurisprudenza: si evidenzia, innanzitutto, come con recente arresto il Consiglio di Stato (Ordinanza n. 3722/2019 del 22.7.2019), rigettando l'appello del M.I.U.R., abbia chiarito come gli atti regolatori della mobilità del personale scolastico (nel caso trattato docente) dovessero ritenersi illegittimi e da annullare in parte qua, proprio stabilendo (e confermando l'orientamento espresso dal Tar Lazio in primo esame) che *“nel rapporto tra mobilità e nuovi assunzioni deve essere attribuita prevalenza alla prima ...”*.

La pronuncia in commento si innesta nel più ampio filone giurisprudenziale formatosi in questi ultimi anni sul tema della priorità da attribuire alle procedure di mobilità nel p.i..

L'istituto della mobilità volontaria costituisce la prima fase obbligatoria da attuare per il reclutamento dei pubblici dipendenti, che il Legislatore privilegia sia sotto l'aspetto ordinamentale, che finanziario: tale istituto, infatti, non dà luogo alla costituzione di un nuovorapporto di lavoro, in quanto attraverso la cessione del contratto di lavoro, con il consenso delle parti coinvolte, determina una modifica soggettiva del rapporto di lavoro (Cass., SS.UU., 9 settembre 2010, n. 19251).

La mobilità è uno strumento che non risponde solo all'interesse dell'amministrazione che vi ricorre, ma garantisce una più razionale distribuzione delle risorse tra le PA di cui all'art. 1, comma 2, del



D.Lgs. n. 165/2001, nonché economie di spesa di personale complessivamente intesa, dal momento che consente una stabilità dei livelli occupazionali nel settore pubblico.

La mobilità è, infatti, alternativa all'assunzione di nuovo personale tramite concorso o scorrimento delle graduatorie.

Come chiarito anche di recente dalla giurisprudenza amministrativa, con la mobilità il personale non viene assunto, ma solamente trasferito con il consenso della amministrazione di appartenenza, che esercita una valutazione circa la necessità di mantenere presso di sé determinati soggetti (Consiglio di Stato, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 2929; Consiglio di Stato, Sez. II, 23 agosto 2016, n. 3677).

Per non mancare di difese, si rileva inoltre che, nell'ambito del principio generale contenuto nell'art.30 D.Lgs 165/2001, la mobilità volontaria sia certamente da preferire non solo rispetto l'indizione di nuovo concorso, ma anche con riguardo allo scorrimento delle graduatorie.

Invero, Secondo la Suprema Corte *“la scelta tra copertura di posti vacanti tramite mobilità del personale ovvero scorrimento di graduatoria efficace poteva ritenersi rimessa, sino alla novella legislativa del novembre 2005 (legge 246/2005), al potere discrezionale della pubblica amministrazione; successivamente, la previsione di un'espressa nullità della determinazione che decida il reclutamento di nuovo personale (nella cui accezione, secondo giurisprudenza consolidata, va incluso la progressione verticale dei dipendenti in categoria superiore) senza provvedere, prioritariamente, ad avviare la mobilità di personale proveniente da altra amministrazione configura un obbligo per l'amministrazione procedente”*.

La Cassazione ha, infatti, precisato che *“non sussiste un diritto soggettivo dei ricorrenti alla copertura di posti vacanti tramite scorrimento in graduatoria in via prioritaria rispetto al trasferimento di personale mediante mobilità intercompartimentale”*.

Dunque, le postazioni dirigenziali vacanti e disponibili, che numericamente non cambiano, dato che la mobilità all'interno dell'Amministrazione non sottrae posti ma ne dispone una differente dislocazione sul territorio, possono essere coperte con nuove assunzioni solo dopo una migliore



allocazione delle risorse sul territorio con la mobilità, che – nel caso in esame – halo scopo, indicato anche dalle OO.SS., di restituire dignità proprio alle condizioni dei dirigenti beneficiari della L.104/92, come nel caso della ricorrente.

VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 COMMA 2, 4 COMMA 1, 32, 38 E 97 COMMA 2, DELLA COSTITUZIONE, DELL'ART. 6 DEL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA (TUE) E DELL'ART. 26 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA, DEGLI ARTT. 21 E 33 COMMA 5 DELLA LEGGE N.104/1992, DELL'ART. 601 DEL D.LGS. N. 297/1994

Già più volte la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione, anche con riferimento al personale docente, precisando che ove esista il posto da assegnare ai trasferimenti, le precedenze di cui alla Legge 104/92 devono trovare soddisfazione: in particolare, la copertura normativa per il personale scolastico tutto si rintraccia nell'art.601 T.U. 297/94, rubricato “Tutela dei soggetti portatori di handicap” che così recita:

<< 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 giurisprudenza in materia di protezione del disabile appare alquanto chiara:

“...Le norme del contratto collettivo nazionale della scuola relative alla mobilità volontaria del personale sono nulle nella parte in cui – in violazione dell'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104 - non danno precedenza assoluta, nei trasferimenti a domanda, ai portatori di handicap con invalidità superiore ai 2/3...” (Trib. Cremona, 1 agosto 2001, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2001, p. 983);

“...E' nulla, per contrasto con norma imperativa, la disposizione di contratto collettivo che non dà precedenza assoluta alla domanda di trasferimento effettuata dal portatore di handicap, poiché si



pone in contrasto con l'art. 21 L. n. 104 del 1992, la quale attribuisce ai portatori di handicap, in caso di domanda di trasferimento, la assoluta priorità nella scelta e nell'assegnazione della sede (Trib. Perugia, 25 gennaio 1999, in Rass. Giur. Umbra, 1999, p. 307, nota di Bartolini).

Le disposizioni di cui alla L.104/92 pongono quindi “un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 C.C., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa”.

L'insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.).

E l'immanenza al sistema della disposizione in questione è scolpita – spiace ripeterlo – nell'art.601 del T.U. 297/94, che estende i principi protettivi di cui alla L.104/92 (anche per assistenza) al personale scolastico tutto ed anche per la mobilità.

Così, proprio nel senso che la precedenza operi a prescindere dalle fasi scandite dalla contrattazione, purché esista la disponibilità del posto, si vedano:

“...La norma dell'art.21 L. 5 febbraio 1992, n. 104, nella parte in cui prevede che la persona portatrice di handicap, con grado d'invalidità superiore a due terzi, abbia la precedenza in sede di trasferimento a domanda, non sancisce un diritto assoluto di preferenza prevalente sulle esigenze organizzative dell'amministrazione, ma una priorità operante soltanto nei confronti di altri soggetti interessati ai trasferimenti, nell'ambito della disciplina delle ipotesi di trasferimenti intracomunali, intraprovinciali o da provincia a provincia (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2000, n. 195, in Foro Amm., 2000, p. 101);

“...A norma dell'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104, l'insegnante di scuola media portatore di handicap con riduzione della capacità lavorativa in misura superiore a due terzi ha diritto alla precedenza assoluta, in sede di trasferimento a domanda, in ciascuna fase di trasferimento, in quanto la relativa posizione deve essere riconosciuta in termini di diritto soggettivo perfetto a



fronte del quale sussiste l'obbligo dell'amministrazione di accordare la detta precedenza, non residuando alcun margine di discrezionalità alle determinazioni dell'autorità amministrativa relativamente all'"an", al "quid", e al "quomodo" delle stesse..." (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10 marzo 1999, n. 311, in Trib. Amm. Reg., 1999, I, p.2220).

"...La precedenza, prevista dall'art. 21 L. 5 febbraio 1992, n. 104 a favore degli handicappati con grado di invalidità superiore a due terzi o con minorazioni ascritte alle prime tre categorie di cui alla tabella A annessa alla L. 10 agosto 1950, n. 648 spetta agli insegnanti secondari in ogni fase del procedimento di trasferimento a domanda e quindi in quella dei trasferimenti intercomunali..." (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 luglio 1994, n. 496, in Riv. Giur. Scuola, 1995, p. 760) .

Detta disposizione, in quanto diretta a dare attuazione ai fondamentali principi di solidarietà sociale, non può essere derogata neppure da parte dei contratti collettivi con doverosa pari dignità fra titolarità in capo a sé ed assistenza a prossimi congiunti, quale referente unico all'assistenza: il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che la L.104/92 è diretto a tutelare rende, pertanto, evidente che la norma in questione costituisca una norma imperativa da attuare senza possibilità di deroga da parte di fonti secondarie

Non mancano gli arresti giurisprudenziali dedicati alla specifica disciplina della mobilità dei dirigenti scolastici: cfr. recente Tribunale lavoro Collegio Messina n. cronol. 9854/2020 del 29/05/2020 proprio con riferimento alla necessità di preferire la movimentazione assistita da precedenza ex L.104/92 rispetto alle nuove assunzioni, cfr. ancora Tribunale Lavoro Foggia Sentenza n. 4480/2019; Sent. Tribunale lavoro Castrovillari Ord. 7.11.2017; con riferimento alla prevalenza della L.104/92 sui vincoli di permanenza territoriale Trib. Lav. Venezia Sent.506/2019.

Ancora: *"...L'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33, comma 6, L. n. 104 del 1992 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), comporta che si debba tenere conto anche delle esigenze della pubblica amministrazione, oltre che della persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità, la quale intenda trasferirsi nella sede di lavoro più vicina al proprio domicilio; tuttavia, né la ridefinizione della pianta organica né la*



rideterminazione del personale in servizio costituiscono ostacolo all'accoglimento della domanda di trasferimento di cui trattasi (Cons. Stato, 31 maggio 2005, n. 2843, in Foro Amm., 2005, p. 1573).

La risoluzione della controversia dipende principalmente dall'interpretazione di due disposizioni che concorrono a disegnare il quadro della tutela dei disabili in ambito lavorativo e che garantiscono il rispetto e la salvaguardia dei principi costituzionali e sovranazionali richiamati nel titolo del presente capitolo: la L. n. 104 del 1992 che riconosce al lavoratore disabile il diritto al trasferimento con precedenza, ed il D.lgs. 16.4.1994 n. 297, art. 601, secondo cui *“Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”*.

È quindi lampante come tale complesso normativo, applicabile al caso dell'odierna ricorrente, riconosca al lavoratore che assiste un parente disabile il diritto al trasferimento, e con precedenza, nel comune di domicilio dell'assistito, o, in mancanza, nella sede più vicina.

L'esegesi delle citate norme non può condurre ad alcun dubbio, circa il fatto che l'amministrazione scolastica abbia leso il diritto dell'odierna istante.

Procediamo con ordine.

La condotta della p.a. si dimostra contraria anche e soprattutto ai precetti della disciplina generale di cui alla legge 104/92.

Va, preliminarmente, rilevato che, con la recente sentenza n. 6150/2019, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento della precedente giurisprudenza, secondo cui la disposizione normativa di cui all'art. 33, comma 5, della Legge 104/92, ed a fortiori quella di cui all'art. 21 per i lavoratori disabili, deve essere interpretata nel senso che il diritto del lavoratore disabile o di quello che assiste un portatore di handicap in situazione di gravità sia esercitabile anche in costanza di rapporto di lavoro e non soltanto al momento dell'assunzione, evidenziando la funzione solidaristica della norma e le esigenze di tutela del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

La clausola generale contenuta nella Legge Quadro comporta che il diritto del disabile assistito



possa essere legittimamente precluso solo mediante principi e disposizioni che siano volti alla tutela di rilevanti interessi collettivi, e solo qualora sia dimostrata l'impossibilità di espletare l'attività lavorativa in determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002). Difatti, come innanzi anticipato, le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, 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, e giustifica il recesso del diritto stesso solo ove questo risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro. In tali casi di incompatibilità - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe infatti determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945).

Sta tuttavia di fatto che si devono contemplare sul punto talune ulteriori e determinanti considerazioni.

La prima è rappresentata dal chiarissimo insegnamento del Consiglio di Stato (Adun. Sez. III, 17 ottobre 2000, n. 1623) che ha affrontato lo specifico problema del temperamento degli interessi, qualificando espressamente l'esigenza organizzativa della p.a. quale esigenza di rango subordinato rispetto a quella rappresentata dalla legge n. 104/92, pertanto ma mera ed astratta potestà amministrativa non è sufficiente a limitare i diritti del soggetto disabile e del lavoratore che lo assiste.

La Legge quadro parola infatti, affermano i Giudici di Palazzo Spada, *"trova diretto fondamento in principi di rango costituzionale ed ha carattere derogatorio rispetto*



all'ordinaria procedura delle assegnazioni di sede e dei trasferimenti... La disciplina in esame trova diretto fondamento in principi di solidarietà sociale di rango costituzionale in materia di salute, famiglia, istruzione e lavoro, e non può che avere carattere derogatorio rispetto alla ordinaria regolamentazione delle assegnazioni di sedi di servizio ai dipendenti, sia in via di prima assegnazione che di successivo trasferimento.

Infatti, la disciplina della materia in questione risponde all'esigenza di un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, che è esigenza di rango subordinato rispetto alla necessità di ripristinare, per quanto possibile, condizioni di uguaglianza nei confronti dei soggetti portatori di handicap, tenuto conto della rilevanza costituzionale, come sopra accennato, di tale finalità. Tale assetto di valori, nella gerarchia dettata dai principi della Carta costituzionale, trova d'altronde conferma nelle deroghe a favore degli invalidi previste in materia di assunzioni e di avviamento al lavoro, nonché relativamente alle provvidenze economiche e sociali dettate a favore dei predetti soggetti.”.

Su tale specifico punto si è espressa, anche di recente, la Magistratura del Lavoro. Segnatamente il Tribunale di Latina, con ordinanza del 5.3.2019 ha efficacemente osservato come “*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”.*

L'interesse contrapposto a quello dell'amministrazione, quindi, non è quello del lavoratore, ma quello del portatore di handicap, il che rafforza indubbiamente l'esigenza di tutela e protezione che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta della norma predetta, e dimostra la chiara lesione nel caso di specie dei principi contenuti agli artt. 32 e 38 Cost.



La citata sentenza della S.C. (6150/2019) così continua: *"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...".* In breve, si evince dalle suesposte argomentazioni che l'esercizio del diritto in esame non può essere soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro (come invece accade nel caso di specie!) effettuata in base a generiche esigenze di organizzazione aziendale, ma può cedere il passo soltanto a fronte della prova della sussistenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive che non possono essere diversamente soddisfatte; l'onere probatorio di tali circostanze incombe sul datore di lavoro.

Orbene, in conseguenza dei principi espressi dalle soprarichiamate pronunce quindi si può ritenere precluso il diritto al trasferimento solo in difetto della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (il cui onere di allegazione e di prova è invero a carico di controparte - v. Cass. 3896/2009).

Nel caso di specie, non v'è alcuna esigenza tecnica, organizzativa e produttiva che determinerebbe l'impossibilità per l'istante di assegnazione ad una sede più vicina alla propria residenza; in altre parole non può affermarsi che non vi sia, ancora oggi, vacanza in organico, né materiale disponibilità del posto come è stato ampiamente dimostrato.



È principio indiscutibile infatti, che una disposizione di natura secondaria non può violare la norma di rango primario della Legge 104/92 che impone "ove possibile" il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio della persona da assistere, ponendo come unico limite l'impossibilità derivante da esigenze economiche e organizzative, che nel caso di specie non sono state neppure richiamate dall'amministrazione piemontese.

Se così non fosse, e quindi si limitasse la possibilità del dirigente in pendenza di incarico di potersi avvicinare al proprio domicilio partecipando all'ultima fase della mobilità sebbene beneficiario della legge 104/92, si violerebbero innanzitutto i fondamentali diritti costituzionali, ed in particolare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2, Cost., in quanto, per dirla con il Tribunale di Torino, si creerebbe una clamorosa *"discriminazione ai danni dei disabili in quanto (si) nega ... al disabile quel doveroso trattamento preferenziale idoneo a consentirgli di beneficiare delle stesse opportunità di cui beneficiano le persone che non sono portatrici di handicap"*. (v. Tribunale Torino, Sez. lav. 9/06/2017, n. 1248. V. anche Tar Lazio, sentenza n. 7104 del 3 giugno 2019).

La ratio della norma contenuta nella Legge quadro nazionale è, come detto, quella di garantire in concreto la tutela del portatore di handicap.

Siffatta tutela è altresì riconosciuta prioritaria anche a livello comunitario 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"*.

La giurisprudenza nazionale pronunciata sul tema ha già affermato che, alla luce della Carta citata, cui l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei trattati ed alla quale anche in precedenza è stato riconosciuto carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei avente, quindi, come tale valore di ausilio interpretativo, deve ritenersi affetto da nullità per violazione di norma imperativa il contratto collettivo ove limita la tutela per i disabili



nell'assegnazione della sede, solo dopo lo svolgimento delle precedenti fasi di mobilità in mancanza di altri soggetti beneficiari del diritto di precedenza.

In altro caso analogo, anche la Corte d'Appello di Sassari (sent. 43/2015) ha rilevato la natura imperativa della norma con la conseguente declaratoria di nullità delle disposizioni del contratto collettivo non compatibili.

L'insieme dei principi che definiscono il quadro di sostegno della legge n.104/1992 offrono quindi, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili ed alle famiglie di appartenenza, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale (articoli 3, 32, 34 e 38 Cost.) Negli stessi termini vedi pure, Corte d'Appello di Torino, sentenza n.209 del 28.05.2018 e n.204 del 25.03.2019.

Orbene, ciò posto, pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 21 e dell'art. 33, 5° co. 1. 104/1992, la natura di norma imperativa di tali disposizioni è comunque evincibile dalla ratio legis di esse e dalla loro collocazione all'interno di una legge contenente *“i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata”* ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 l. 104/1992).

Detta norma, unitamente all'art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni



di una *lex specialis* rispetto alle norme di carattere generale con esse eventualmente contrastanti, a maggior ragione laddove il contratto collettivo non si pone neppure in aperto contrasto con esse, ma semplicemente non riconosce priorità a prescindere dalla fase di mobilità cui partecipa al dirigente beneficiario della legge 104 in situazione di disabilità personale o parentale, circostanza indicata in via generale (ed inderogabile) da una norma di legge superiore.

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi della Corte Costituzionale in subjecta materia, dei diritti che l'art. 21 e l'art. 33, 5° co. l. 104/1992 sono diretti a tutelare, rende evidente che le norme in questione costituiscono norme imperative, la cui violazione da parte di disposizioni di natura pattizia comporta la nullità di queste ultime e la loro conseguente disapplicazione da parte del Giudice ordinario.

Da quanto esposto, richiamando il principio affermato dal Consiglio di Stato, nella pronuncia citata ad inizio di questo capitolo, emerge che l'esigenza dell'organizzazione e della conseguente discrezionalità amministrativa, non può far venir meno le condizioni di uguaglianza nei confronti dei soggetti portatori di handicap atteso che, diversamente opinando, il diritto dei predetti verrebbe eliminato da una mera affermazione di principio.

Le disposizioni di cui alla L.104/92 pongono quindi *“un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 C.C., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa”*.

Venendo poi alla seconda norma applicabile al caso di specie, ovvero quella contenuta nel citato art. 601, si osserva subito che mentre, come visto, la portata della tutela della Legge 104 è subordinata dall'inciso "ove possibile", la disposizione del TU Scuola non richiede tale condizione. In ogni caso, il differente grado di tutela tra le due fondamentali norme di legge non rileva particolarmente ai fini della definizione della presente controversia, in quanto come sopra dimostrato nel luogo di domicilio del soggetto assistito dal ricorrente (o comunque nei comuni vicini) vi erano, e vi sono ancor oggi, numerosi posti attribuibili.



È tuttavia rilevante osservare, che l'applicazione di tale precetto consente al lavoratore di scegliere, con precedenza, la sede ove essere trasferito.

Sul differente grado di tutela si è efficacemente espresso il Tribunale di Genova: *“In tema di trasferimento, nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla l. n.104/1992, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 D.lg. n. 297/1994, che accorda maggiore tutela al portatore di handicap e non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, quale circostanza del tutto neutra per la PA: tale precedenza non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell’esclusivo perimetro dell’art. 38 Cost.”* (Tribunale di Genova, ordinanza collegiale 19.12.2016).

In particolare, la giurisprudenza richiamata ha rilevato che *“nel settore scuola non opera la sola disciplina generale di cui alla legge 104/92, ma anche la disciplina speciale di cui all’art. 601 d.lgs. 297/94.*

Tale disposizione stabilisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/92 <si applicano al personale di cui al presente testo unico> e che tali norme <comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità>. Quest’ultima disposizione (art. 601) non prevede limiti al proprio contenuto precettivo a differenza della disciplina generale, sicché ha la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale. Ora, tenuto conto che l’art 33 c. 5 della legge 104/1992 , accorda al “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”, è possibile apprezzare la maggiore tutela accordata al portatore di handicap dalla disposizione speciale dell’art. 601 citato: una diversa interpretazione dalla sua lettera non sarebbe in piena consonanza con i precetti costituzionali degli articoli 3, comma 2 e 38 della Costituzione, dell’articolo 26 della Carta di Nizza, nonché della Convenzione delle Nazioni Unite del 13/12/2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge 18/2009.

Sul punto, ritiene il Collegio, che non colgano nel segno le obiezioni di contraddittorietà



dell'ordinanza impugnata sollevata dalla difesa erariale.

Infatti, se è vero che l'art. 601 rinvia all'art. 33 e quindi anche alla locuzione <ove possibile>, locuzione che la giurisprudenza interpreta come esigenza pubblica ad un assetto dell'Amministrazione rispondente a ragioni di economia e migliore organizzazione, è altresì vero che l'art. 601 nel secondo comma specifica che <le predette norme (cioè gli articoli 21 e 33: ndr) comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione comenon di ruolo e in sede di mobilità>.

Il che indica cosa diversa dalla scelta, ove possibile, della sede di lavoro, perché l'art. 601 non incide sulla scelta della sede di lavoro, ma sulla precedenza alla scelta, circostanza del tutto neutra per la PA. Perde quindi consistenza anche la seconda contraddittorietà dell'ordinanza impugnata indicata dalla difesa erariale perché l'art. 601 non incide su valori di rango costituzionale non valutati dal GM (segnatamente quelli espressi dall'art. 97 Cost. relativi al buon andamento della PA) ma si limita a rinforzare, dando concreta attuazione, a principi espressi dall'art. 38 Costituzione e da fonti sovranazionali.

Il che vuole dire, in altri termini, che la “precedenza” nella scelta non richiede bilanciamento di valori costituzionali, perché si pone nell'esclusivo perimetro dell'art. 38 Cost.

Sulla base di quanto esposto, accertata la natura imperativa delle disposizioni oggetto di censura da parte del MIUR, non può non rilevarsi la nullità dell'art. 13 del CCNI, così come già evidenziata nell'ordinanza impugnata, nella parte in cui nega la precedenza assoluta nelle operazioni di trasferimento interprovinciale al genitore che assiste un figlio affetto da handicap grave (accordandola invece alla persona affetta da cecità o emodializzata rispetto al genitore del figlio disabile, criterio che come ben rilevato condivisibilmente dal GM è anche slegato da qualunque esigenza organizzativa della PA)”.

Orbene, poiché a mente della suddetta norma speciale, l'istante avrebbe avuto diritto al trasferimento con precedenza, e dal momento che sono stati concessi numerosi trasferimenti sia all'interno che dall'esterno della Regione Lazio, è evidente che il diniego espresso dall'Ufficio



regionale è motivo di patente illegittimità della condotta datoriale.

Su fattispecie analoga, si sono pronunciati, tra gli altri:

il Tribunale di Cuneo (ordinanza del 7.08.2020), il quale ha evidenziato *“L’art. 33, comma 5, della L. n. 104/1992, nell’attuale formulazione, prevede che “il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.*

A sua volta, l’art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 (...) stabilisce 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 (co.1) 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 (co.2).

La natura di norma imperativa della legge 104/92 ... è evincibile dalle “Finalità” enunciate dall’art.1 (La Repubblica: a) garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; c) persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predispone interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata.”) e dai “principi generali” sanciti dall’art.2 (La presente legge detta i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata).

Ed invero, la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che *“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 di 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 naturale di solidarietà tra i suoi componenti”. (così Cass SS. UU. del 27.3.2008, n. 7945). Peraltro, la stessa S.C. ha affermato il principio secondo cui *“Alla stregua dell'art. 33, comma 5, della legge 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 o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - con l'interesse della collettività. Considerazioni queste la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica”.*

Secondo la Suprema Corte, quindi, *“Il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso non è un diritto assoluto o illimitato in quanto presuppone, oltre agli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse comune posto che secondo il legislatore - come è dimostrato anche dalla presenza dell' inciso "ove possibile" - il diritto alla tutela dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi soprattutto per quel che riguarda i rapporti di lavoro pubblico - in un danno per la collettività (cfr.: Cass. 29 settembre 2002 n. 12692).* In questo caso quindi il diritto del familiare-lavoratore deve bilanciarsi con altri interessi, che trovano anche essi una copertura costituzionale, sicché il riconoscimento del diritto del lavoratore- familiare può - a



seconda delle situazioni fattuali a fronte delle quali si intenda farlo valere - cedere a rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, e per quanto riguarda i rapporti di lavoro pubblico, ad interessi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta ex art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992.

La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede fa carico poi ..., 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. 2103, ultimo comma, c.c. (per l'affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro cfr. ex plurimis : Cass. 22 marzo 2005 n. 6117, Cass. 15 maggio 2004 n. 9290).

Tale interpretazione risulta avallata anche da ripetuti interventi della Corte Costituzionale (cfr C. Cost. 325/1996; C. Cost. 372/2002) con i quali è stato precisato che la legge 104/92 ha particolare valore in quanto finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, ma la posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione di cui all'art. 33 comma 5 cit. non è illimitata, potendo essere la applicazione del principio ivi affermato legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa in determinate dislocazioni territoriali.

L'interpretazione giurisprudenziale richiamata porta, pertanto, a ritenere che il diritto del lavoratore familiare del disabile può, quindi, cedere solo a fronte di rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa e – nei casi di rapporto di lavoro pubblico, come quello in esame - ad interessi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta.

L'onere di provare la sussistenza delle ragioni ostative al diritto alla scelta della sede vicinior, grava sul datore di lavoro, e – per quanto di interesse sull'amministrazione – il quale è tenuto ad allegare e dimostrare con riferimento al singolo posto di lavoro le concrete esigenze che impediscono la realizzazione del diritto soggettivo del lavoratore che assiste un familiare disabile



a scegliere la sede più vicina al domicilio e quindi più idonea a garantire l'attuazione del diritto della persona disabile ad un'assistenza continua (cfr Cass. 23857/2017).

Ne consegue che, in ipotesi di fattibilità materiale (che si risolve nella disponibilità concreta del posto nella sede richiesta - nel caso in esame sussistente, alla luce della documentazione prodotta dalla ricorrente) e in difetto di prova di una qualche rilevante lesione delle esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, il diritto del lavoratore alla assegnazione ad una sede di lavoro viciniora debba essere riconosciuto.

Il rilievo costituzionale del diritto che l'art.33, comma 5, della legge 104/92 è volto a tutelare, rende evidente come la norma in questione costituisca norma imperativa e come la precedenza assicurata dalle fonti normative richiamate non possa essere impedita dalla previsione da parte di norme pattizie o comunque di rango inferiore - le quali quindi devono ritenersi nulle e vanno disapplicate - di criteri di limitazione del diritto alla precedenza ed al trasferimento che di tale precedenza tenga conto.



DOMANDA DI PROVVEDIMENTO CAUTELARE IN

CORSO DI CAUSA

Come dianzi evidenziato, la ricorrente è referente unico per l'assistenza alla suocera portatore di handicap grave ai sensi della legge 104/92.

La condizione di soggetto disabile grave, fa sì che la ricorrente – ed indirettamente la suocera disabile grave - rischia di subire danni gravissimi ed irreparabili dalla mancata possibilità di avvicinarsi al nucleo familiare.

L'impossibilità per la ricorrente di essere trasferita in Campania, esporrebbe il congiunto che assiste – e naturalmente anche la ricorrente - a conseguenze certamente gravissime sulle sue condizioni di vita e di salute.

La frustrazione dei diritti della ricorrente comporta la perdita di una occasione sostanzialmente irripetibile di potersi definitivamente e non provvisoriamente ricongiungere al proprio nucleo familiare, al fine di poter prestare la dovuta assistenza alla suocera.

Pertanto, la madre della ricorrente - come è normale che sia in queste situazioni - manifesta spesso atteggiamenti irrequieti e di disagio nei confronti di chi vuole prendersi cura di lei, rasserenandosi solo in presenza della sig.ra professoressa D Ettore Giovanna.

Da quanto sopra esposto, è chiaro come un avvicinamento della ricorrente a casa, si ripercuoterebbe a favore del benessere psicofisico della suocera, consentendo altresì di ripristinare il diritto della ricorrente, illegittimamente penalizzata dalla mancata assegnazione nonostante la sussistenza di posti vacanti e disponibili, in sede di primanomina e, successivamente in sede di mobilità, e comporterebbe sia per la ricorrente l'utilità di non dover subire gli effetti pregiudizievoli e duraturi nel tempo dell'illegittimo agire amministrativo, per tutta la durata della causa di merito, sia consentirebbe all'Amministrazione di non dover nominare terzi: viceversa, si assisterebbe ad un quadro fattuale che modificherebbe irreparabilmente l'assetto degli interessi in gioco, con l'incardinamento in capo a terzi soggetti, in atto non portatori d'altro che di una mera aspettativa,



di posizioni, invece, di diritto soggettivo in relazione alle predette postazioni dirigenziali.

È quindi praticamente certo che i tempi ordinari di un giudizio comporterebbero irreparabilmente il quadro rappresentato e se, dunque, com'è noto, la tutela cautelare può essere concessa in presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e, dunque, può essere erogata ove la situazione giuridica dedotta sia qualificabile come diritto soggettivo (*fumus boni iuris*) ed appaia minacciata – atteso il tempo necessario per il giudizio ordinario – da un pregiudizio imminente ed irreparabile (*periculum in mora*), ben può sostenersi che entrambi i requisiti risiedano nel caso di specie.

È evidentissimo, quindi, il danno grave ed irreparabile che rischia di subire la ricorrente: il *periculum* è ravvisabile nella distanza enorme tra il luogo di residenza della ricorrente e la sede di assegnazione con notevole pregiudizio, nonché il disagio che patirebbe la ricorrente ed il congiunto disabile.

Sicché è doveroso evidenziare l'esatto diritto vantato dalla ricorrente che – è palese – non ha carattere in questa sede esclusivamente patrimoniale, ma attiene alla sfera personale e professionale della ricorrente ed alla loro stessa esistenza, la cui dignità è enormemente compromessa nelle relazioni individuali, lavorative e familiari.

Al riguardo, dunque, risulta palese come l'illegittima condotta del Ministero abbia determinato, e continui a determinare, seri pregiudizi di natura patrimoniale e non solo incapo alla ricorrente. L'irreparabilità del pregiudizio in relazione al diritto azionato si concretizza in ragione delle innumerevoli difficoltà di carattere economico e soprattutto inerenti la sfera del diritto alla salute e degli affetti familiari che la ricorrente ha dovuto già assumersi e che rischia di dover continuare ad affrontare.

Senza dimenticare, peraltro, come lo stesso Giudice delle Leggi abbia avuto modo di insegnare riguardo ai provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (sentenza n. 190 del 1985 e sent. n. 253 del 20/6/94) "...che la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del "principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione";



ed una siffatta funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale, essendo innegabilmente comune sia alle misure di contenuto anticipatorio che a quelle conservative, giustifica l'introduzione di una uniforme disciplina...”.

Nel caso prospettato - è intuitivo - la durata del processo vanificherebbe il buon diritto della ricorrente e dunque la stessa azione giudiziaria e determinerebbe l'impossibilità di qualsiasi utile riparazione risarcitoria “per equivalente”.

Non pare dubitabile che la condotta posta in essere dall'Amministrazione abbia creato grande nocumento alla ricorrente e continui a crearlo giorno dopo giorno: una sentenza che intervenisse con ritardo pregiudicherebbe il diritto dell'istante, nonché la legittima aspettativa ad una effettività della tutela giurisdizionale, garantita dalla Costituzione.

Pertanto, per quanto sopra esposto, nelle more della definizione nel merito del giudizio si

CHIEDE

IN VIA CAUTELARE

All'Ill.mo Tribunale,

1) in via principale e in via d'urgenza ai sensi dell'art.700 c.p.c. previa declaratoria di nullità, o disapplicazione del D.D.G. MIUR n. 1259 del 23.11.2017 nella parte in cui, art.15 commi 2 e 3, prevede che le disposizioni di cui agli articoli 21 e 33, commi 5, 6e 7, della legge 104/1992 trovano applicazione solo dopo l'assegnazione dei vincitori alla regione, non consentendo il diritto di scelta prioritaria della sede ai sensi dell'art.33 commi 3e 5 della L.104/92 sin dalla fase di assegnazione alla regione di destinazione dei vincitori aventi i relativi requisiti e, per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente all'assegnazione nella regione Campania , con priorità ai sensi dell'art.33, commi 3 e 5, della L.104/92 in quanto soggetto che presta assistenza alla suocera disabile grave;

2) In via subordinata e sempre in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. previa declaratoria di



illegittimità ed inefficacia, con conseguente disapplicazione di tutti i provvedimenti riguardanti la mobilità interregionale per l'a.s. 2023/2024 che hanno coinvolto l'odierna ricorrente;

per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita presso una delle sedi della regione Campania effettivamente disponibili ed utilizzabili ai fini della mobilità, nei termini di cui in ricorso, con priorità rispetto al restante personale privo di precedenza alcuna e partecipante a precedenti fasi di mobilità, in quanto referente unico per l'assistenza alla madre disabile grave;

per l'effetto,

- ordinare all'Amministrazione resistente di procedere all'assegnazione in favore della ricorrente della sede di servizio quale dirigente scolastico presso la regione Campania, presso una delle sedi effettivamente disponibili ed utilizzabili ai fini della mobilità, nei termini di cui in ricorso e procedere alla stipula del relativo contratto di lavoro a tempo indeterminato presso la regione Campania.

*** **

NEL MERITO, per quanto sopra esposto, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, fissata l'udienza di comparizione delle parti

A) In via principale previa declaratoria di nullità, o disapplicazione del D.D.G. MIUR n. 1259 del 23.11.2017 nella parte in cui, art.15 commi 2 e 3, prevede che le disposizioni di cui agli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992 trovano applicazione solo dopo l'assegnazione dei vincitori alla regione, non consentendo il diritto di scelta prioritaria della sede ai sensi dell'art.33 commi 3 e 5 della L.104/92 sin dalla fase di assegnazione alla regione di destinazione dei vincitori aventi i relativi requisiti e, per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente all'assegnazione nella regione Campania con priorità ai sensi dell'art.33, commi 3 e 5, della L.104/92 in quanto soggetto che presta



assistenza alla madre disabile grave;

B) In via subordinata previa declaratoria di illegittimità ed inefficacia, con conseguente disapplicazione di tutti i provvedimenti riguardanti la mobilità interregionale per l'a.s. 2023/2024 che hanno coinvolto l'odierna ricorrente;

per l'effetto:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita presso una delle sedi della regione Campania effettivamente disponibili ed utilizzabili ai fini della mobilità, nei termini di cui in ricorso, con priorità rispetto al restante personale privo di precedenza alcuna e partecipante a precedenti fasi di mobilità, in quanto referente unico per l'assistenza alla madre disabile grave;

per l'effetto:

- ordinare all'Amministrazione resistente di procedere all'assegnazione in favore della ricorrente della sede di servizio quale dirigente scolastico presso la regione Lazio, presso una delle sedi effettivamente disponibili ed utilizzabili ai fini della mobilità, nei termini di cui in ricorso e procedere alla stipula del relativo contratto di lavoro a tempo indeterminato presso la regione Campania.

Con ogni conseguenziale statuizione per spese diritti ed onorari del giudizio.

Ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. n. 115/2002 si dichiara la controversia è di valore indeterminabile ed il contributo unificato è di €259,00.

Si offrono in comunicazione mediante deposito in cancelleria i documenti come da indice foliaro.

ISTANZA DI NOTIFICAZIONE EX ART. 151 C.P.C.

Solo qualora codesto Giudice dovesse ritenerlo strettamente necessario, ai fini dell'integrazione del contraddittorio con tutti i candidati già inseriti nella vigente Graduatoria concorsuale di cui al decreto dirigenziale MIUR n.1259 del 23.11.2017 in cui la ricorrente risultava collocata, si richiede di essere autorizzati a notificare agli stessi il ricorso e l'emanando decreto di fissazione di udienza.



Tuttavia, sorgono oggettive difficoltà nel reperire tutti gli indirizzi dei nominativi degli eventuali controinteressati.

Rilevato che la notifica dei ricorso nei modi ordinari, oltre che incompleta potrebbe dilatare oltremodo i tempi del procedimento, anche in considerazione dell'elevato numero di dirigenti scolastici al quale notificare il presente atto, unita alla impossibilità per gli istanti di individuare il nominativo e l'indirizzo degli eventuali controinteressati, si chiede al Giudice adito, ai sensi dell'art.151 c.p.c., di autorizzare la notifica agli eventuali controinteressati mediante la pubblicazione del presente ricorso e dell'emanando decreto di fissazione di udienza sul sito web ufficiale del Ministero dell'Istruzione, nella sezione "Atti di notifica"

Formicola (CE) 03 gennaio 2024

Avv. Rossana Rocereto



