

N. R.G. 2022/8369



**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**

Sezione Lavoro CIVILE

Nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. **8369/2022** promosso da:

**TERESA CARUSO** (C.F. CRSTRS63P66A020V) con il patrocinio dell'avv. RONCHI BENEDETTO elettivamente domiciliato in Indirizzo Telematico presso il difensore avv. RONCHI BENEDETTO

**RICORRENTE**

contro

**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA BASILICATA** (C.F. 96013630767) con il patrocinio dell'avv. DELL'OLIO ENZO elettivamente domiciliato in VIA POLESINE, 13 20139 MILANO presso il difensore avv. DELL'OLIO ENZO

**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA LOMBARDIA** (C.F. 97254200153) con il patrocinio dell'avv. DELL'OLIO ENZO elettivamente domiciliato in VIA POLESINE, 13 20139 MILANO presso il difensore avv. DELL'OLIO ENZO

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE** (C.F. 80185250588) con il patrocinio dell'avv. DELL'OLIO ENZO elettivamente domiciliato in VIA POLESINE, 13 20139 MILANO presso il difensore avv. DELL'OLIO ENZO

**RESISTENTI**

Il Giudice dott.ssa Maria Beatrice Gigli,  
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 20/10/2022,  
ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA ex art. 700 c.p.c.**

Con ricorso ordinario, contenente contestuale domanda cautelare, depositato il 25/9/22, TERESA CARUSO ha convenuto in giudizio il Ministero dell'ISTRUZIONE, l'USR Lombardia e l'USR BASILICATA al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione convenuta *“alla immediata e definitiva assegnazione nel ruolo dirigenziale nella Provincia di POTENZA o, subordine, presso altra sede scolastica sita in BASILICATA, o in una sede più vicina alla residenza la ricorrente”*.

Nel ricorso, è riferito:

- che la ricorrente è risultata vincitrice del Corso concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di 2.425 dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, giusta graduatoria definitiva generale nazionale per merito e titoli del concorso pubblicata con DDG n. 1205 del 1.08.2019 e successivamente rettificata con DDG n. 1229 del 07.08.2019;



- che la ricorrente, collocata in posizione n. 3057, ha indicato la BASILICATA come prima scelta per l'assegnazione ai ruoli regionali;
- che, né in sede di presentazione della domanda di partecipazione al concorso, né in sede di presentazione del suddetto ordine di priorità è stato consentito alla candidata di far valere diritti di precedenza nella scelta di sede ex artt. 21 e 33 L. 104/92, di cui la ricorrente è titolare essendo stata riconosciuta INVALIDA con riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73% con una percentuale di invalidità del 67% (doc. 15 e 16 RIC.);
- che, secondo interpretazione del Bando, fatta propria dall'amministrazione, le precedenze ex L. 104/1992 non possono farsi valere in sede di assegnazione alle regioni, bensì soltanto nella successiva fase inerente l'assegnazione della sede di primo incarico;
- che la ricorrente, avendo potuto esercitare la precedenza ex L. n. 104/1992 solo una volta assegnata alla Regione Lombardia, indicata quale seconda scelta, non ha potuto far altro che accettare l'incarico di dirigente scolastico dell'ISTITUTO COMPRENSIVO CASSINA de' PECCHI con sede in Milano.

Quanto al *fumus boni iuris*, la ricorrente ha eccepito l'illegittimità della procedura che non le ha consentito di far valere la precedenza prima dell'assegnazione della Regione pur in presenza di posti vacanti e disponibili in Basilicata; quanto al *periculum in mora*, la ricorrente ha allegato che il trasferimento in una Regione così distante da quella di residenza le causa un danno grave e irreparabile nella misura in cui le impedisce di portare avanti le cure e di godere del supporto e della vicinanza della propria famiglia.

Il Ministero e gli Uffici Scolastici regionali si sono costituiti con un'unica memoria contestando le allegazioni e le difese avversarie e chiedendo il rigetto del ricorso.

Il procedimento, interrogata la ricorrente e discussa la domanda cautelare, è stato trattenuto in decisione.

\*\*\*

Preliminarmente va detto che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Ciò in quanto nel pubblico impiego c.d. contrattualizzato, con l'approvazione della graduatoria nelle procedure concorsuali, si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo ed all'attività autoritativa della P.A. e subentra una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della P.A. nella veste di datrice di lavoro, da valutarsi alla stregua dei principi civilistici sull'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), inclusi i parametri della correttezza e della buona fede (Cass. Sez. U n. 27197 del 16/11/2017).



Nel caso di specie, essendo approvata la graduatoria, il rapporto tra ricorrente e Ministero va ricondotto nell'alveo di quello privatistico di lavoro.

Venendo alla domanda cautelare.

Come è noto, la concessione della tutela d'urgenza presuppone la coesistenza dei due noti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, intesi - il primo - come dimostrazione della verosimile esistenza del diritto per cui si agisce, essendo infatti sufficiente, in base ad un giudizio necessariamente sommario, la probabile fondatezza della pretesa azionata, e - il secondo - come il fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria, questo rimanga all'esito insoddisfatto in quanto minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Date queste premesse deve ribadirsi che in ambito giuslavoristico, il requisito del *periculum in mora* deve ritenersi sussistente ove si sia in presenza di uno “stravolgimento delle abitudini di vita” del richiedente la tutela in via cautelare; altrimenti “ogni licenziamento, ogni trasferimento, ogni assegnazione di mansioni inferiori” incidendo sulla “libertà e sulla dignità dei lavoratori, nonché sulla vita delle loro famiglie, colpendo un aspetto fondamentale dei diritti degli individui”, legittimerebbe “il ricorso alla procedura d'urgenza” [V. Trib. Foggia 15/9/2016 in un caso dove il ricorso è stato accolto essendo stata la ricorrente costretta a trasferirsi dalla Puglia alla Lombardia].

Nel caso di specie, il *periculum in mora* è sussistente.

La ricorrente risulta invalida al 67% in quanto affetta da “emicrania con aura ricorrente associata a disturbo ditinico con episodio depressivo. Diarrea cronica con secondarie sindromi da malassorbimento in soggetto affetto da colon irritabile secondo criteri Roma III. Anemia sideropenica Stato asteniforme. Dorsolombalgia in scoliosi del tratto dorsale e discopatia l5 s1. Incontinenza urinaria urge. Lieve ipoacusia neurosensoriale in AA. Incontinenza cardiaca” (v. doc. 14 e 15 ric.).

Risulta altresì dalla documentazione in atti che la ricorrente è stata ricoverata sia a Milano nel 2021 sia a Potenza nel 2019 a fronte delle patologie che la affliggono (v. doc. 15 ric.).

Nel corso della prima udienza ha dichiarato di aver recentemente subito un intervento chirurgico e di aver bisogno di tornare a casa.

Pur potendosi ragionevolmente ritenere che la ricorrente potrebbe ricevere adeguate cure in Lombardia, non può negarsi – dall'altro lato - che il trasferimento dalla Basilicata alla Lombardia comporta uno sradicamento dall'ambiente familiare e sociale di riferimento in quanto, in



considerazione della distanza, rende difficoltoso il rientro frequente presso la residenza. Ciò tanto più nel caso in cui lo sradicamento riguardi un soggetto affetto da disabilità.

L'art. 21, l. 1992/n. 104, "Precedenza nell'assegnazione di sede", prevede, infatti:

*"1. La persona handicappata con un grado di invalidita' superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili.*

*2. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda".*

La norma, da interpretarsi alla luce della giurisprudenza costituzionale e comunitaria, è volta a tutelare la condizione del disabile e a consentirgli di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità (v. Cassazione n. 6150/2019 nonché l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel 2000 e successivamente adattata a Strasburgo il 13 dicembre 2007 il quale - 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").

Il trasferimento di un disabile a 1000 km di distanza dal luogo di residenza abituale comporta uno stravolgimento delle abitudini di vita e di cura che, a parere di chi scrive, merita di essere tutelato in via d'urgenza.

Sussiste altresì il requisito del *fumus boni iuris*.

Questo giudice condivide quanto affermato dalla Corte di Appello di Milano con sentenza n. 916/2021, che si richiama anche ex art. 118 dispos. Att. C.p.c.: *"Ciò detto, occorre esaminare il contenuto delle norme richiamate dal DM n. 137/2017, nelle parti sopra riportate.*

*L'art. 1 co. 2 ter del DL 7.4.2014 n. 58, conv. con mod. in L. n. 87/2014, menzionato nelle premesse di detto DM, stabilisce che:*

*"entro il 31 marzo 2015, è bandita ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, la prima tornata del corso-concorso nazionale per il reclutamento dei dirigenti scolastici per la copertura delle vacanze di organico delle regioni per le quali si è esaurita la graduatoria di cui al comma 1-bis del medesimo articolo 17. In sede di prima applicazione, il bando dispone che una quota dei posti, nel rispetto della normativa vigente, sia riservata ai soggetti già vincitori ovvero utilmente collocati nelle graduatorie di concorso successivamente annullate in sede giurisdizionale,*



*ai soggetti che hanno un contenzioso pendente, che abbiano avuto una sentenza favorevole almeno nel primo grado di giudizio ovvero non abbiano avuto, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, alcuna sentenza definitiva, nel limite della suddetta riserva di posti già autorizzata per il menzionato corso-concorso, contenzioso legato ai concorsi per dirigente scolastico di cui al decreto direttoriale 22 novembre 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4a serie speciale, n. 94 del 26 novembre 2004, e al decreto del Ministro della pubblica istruzione 3 ottobre 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4a serie speciale, n. 76 del 6 ottobre 2006, ovvero avverso la rinnovazione della procedura concorsuale ai sensi della legge 3 dicembre 2010, n. 202, nonché ai soggetti che hanno avuto la conferma degli incarichi di presidenza di cui all'articolo 1-sexies del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43. Lo stesso bando disciplina i titoli valutabili tra i quali l'aver svolto le funzioni di dirigente scolastico”.*

*A propria volta, l'art. 29 co. 1 d. lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'articolo 1, comma 217, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e citato dall'art. 1 del DM 137/17, prevede quanto segue:*

*“il reclutamento dei dirigenti scolastici si realizza mediante concorso selettivo per titoli ed esami, organizzato su base regionale, bandito dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, per tutti i posti vacanti nel triennio, fermo restando il regime autorizzatorio in materia di assunzioni di cui all'articolo 39, comma 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni. Al concorso può partecipare il personale docente ed educativo delle istituzioni scolastiche ed educative statali in possesso del relativo diploma di laurea magistrale ovvero di laurea conseguita in base al previgente ordinamento, che abbia maturato un'anzianità complessiva nel ruolo di appartenenza di almeno cinque anni. E' previsto il pagamento di un contributo, da parte dei candidati, per le spese della procedura concorsuale. Il concorso può comprendere una prova preselettiva e comprende una o più prove scritte, cui sono ammessi tutti coloro che superano l'eventuale preselezione, e una prova orale, a cui segue la valutazione dei titoli. Le prove scritte e la prova orale sono superate dai candidati che conseguano, in ciascuna prova, il punteggio minimo di sette decimi o equivalente. Con uno o più decreti del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti le modalità di svolgimento del concorso e dell'eventuale preselezione, le prove e i programmi concorsuali, la valutazione della preselezione, delle prove e dei titoli, la disciplina del periodo di formazione e prova e i contenuti dei moduli formativi relativi ai due anni successivi alla conferma in ruolo”.*



*Infine, l'art. 25 del medesimo d. lgs. n. 165/2001 (anch'esso nominato nell'art. 1 del Regolamento in esame) è rubricato "Dirigenti delle istituzioni scolastiche" e, nell'istituire tale figura, ne regola dettagliatamente funzioni e competenze.*

*Il quadro normativo così tracciato, pur evidenziando la portata nazionale del concorso in questione, non consente – tuttavia – di ritenere perciò solo preclusa l'applicazione delle prerogative stabilite all'art. 33 l. n. 104/92, fin dalla formazione della prima graduatoria generale di merito.*

*Nessun elemento in tal senso è ricavabile dalla disciplina della procedura, stabilita dalle fonti primarie e dal Regolamento, invocati dal Ministero, che non contengono alcuna espressa esclusione, né alcuna disposizione incompatibile con la piena attuazione della tutela della disabilità in ogni fase della procedura.*

*Non appare, infatti, comprensibile per quale ragione l'estensione del reclutamento ai posti vacanti in tutte le ragioni impedirebbe il riconoscimento del titolo di preferenza stabilito dalla l. 104/92, già in vista della scelta dell'ambito regionale di assegnazione del candidato risultato vincitore.*

*Pertanto, la disposizione dettata dall'art. 15 del bando di concorso, secondo cui l'applicazione degli artt. 21 e 33, l. n. 104/92 sarebbe riservata al singolo Ufficio Scolastico Regionale "nell'assegnazione della sede di servizio", vale a dire nella fase successiva alla scelta della regione, appare priva di alcun supporto nelle fonti sovraordinate.*

*Essa non può, pertanto, in alcun modo prevalere sulla disciplina generale – di rango primario – volta alla tutela delle esigenze di assistenza e integrazione sociale delle persone con disabilità, dettata dalla l. 104/1992, con la quale la stessa si pone in insanabile contrasto.*

*Le prerogative del familiare dedito all'assistenza del disabile, se confinate alla sola fase regionale, possono – infatti – risultare in concreto totalmente vanificate.*

*(...)*

*Superfluo rilevare la sostanziale inutilità della precedenza così esercitata".*

Ciò posto, non sfugge che l'art. 33, comma quinto, della legge 104 del 1992 deve essere interpretato nel senso che il diritto del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non è assoluto o illimitato, ma presuppone, oltre gli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse dell'impresa, posto che secondo il legislatore, come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile", il diritto alla effettiva tutela della persona disabile non





può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro (cfr., ex plurimis, Cass. n. 12692/2002).

A parere di chi scrive e in linea con la giurisprudenza della Corte di Appello sopra richiamata, incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina.

Quanto alla vacanza e alla disponibilità delle sedi, deve darsi atto che la sussistenza di tali requisiti con riguardo alle sedi richieste, è, nel caso di specie, dimostrata dalla pendenza stessa della procedura concorsuale oggetto di causa.

Come osservato dalla condivisa pronuncia della Corte di Appello *“Le disposizioni di legge sopra riportate evidenziano, infatti, come il concorso nazionale per il reclutamento dei dirigenti scolastici sia volto alla copertura delle vacanze di organico verificatesi nei singoli ambiti regionali coinvolti.*

*Non può, pertanto, ritenersi pertinente al caso di specie la pronuncia n. 1396/2006 – invocata da parte appellante – mediante la quale il Supremo Collegio ha posto a carico del lavoratore l'onere probatorio attinente all'esistenza di posti vacanti e disponibili, su cui esercitare il diritto in questione.*

*Tale precedente, infatti, riguarda l'attuazione delle prerogative ex l. 104/92 – non già nell'ambito di una procedura concorsuale – bensì nel corso di un rapporto di impiego già in atto, caso in cui compete all'interessato l'indicazione delle sedi idonee all'invocato trasferimento.*

*Indicazione superflua laddove – come nella fattispecie per cui è causa – sia stata l'Amministrazione stessa ad individuare e mettere a concorso i posti vacanti e disponibili”.*

Quanto all'assolvimento dell'onere della prova.

Nel caso di specie, la parte convenuta si è limitata ad allegare e dimostrare che l'organico dei dirigenti in Basilicata è al completo essendo state immesse in ruolo 5 dirigenti con punteggio superiore a quello della ricorrente (v. memoria pag. 15).

La convenuta non ha tuttavia allegato e dimostrato la titolarità in capo a queste 5 dirigenti di titoli di precedenza ex L. n. 104/1992 che avrebbero consentito loro di prevalere, comunque, sulla ricorrente.

Non risulta quindi assolto l'onere probatorio gravante sull'amministrazione resistente.

La stessa Corte di Appello sopra richiamata ha del resto ribadito che *“I basilari principi di vicinanza della prova impediscono, del resto, di onerare la ricorrente della prova relativa all'assenza di titolari dei diritti ex l. 104/92, con punteggi superiori al suo”.*



Alla luce di tutto quanto sopra, la domanda va accolta e l'amministrazione deve essere condannata ad assegnare la ricorrente al ruolo dirigenziale nella Provincia di POTENZA o, subordine, presso altra sede scolastica sita in BASILICATA o, comunque, più vicina alla residenza della ricorrente.

Spese al giudizio di merito pendente.

**P.Q.M.**

Condanna l'amministrazione convenuta ad assegnare la ricorrente al ruolo dirigenziale nella Provincia di POTENZA o, subordine, presso altra sede scolastica sita in BASILICATA, o, comunque, più vicina alla residenza della ricorrente;

spese al merito.

Si comunichi.

Milano, 24 ottobre 2022

Il Giudice  
dott.ssa Maria Beatrice Gigli

