

STUDIO LEGALE AVV. *BENEDETTO RONCHI*
Patrocinante in CASSAZIONE
Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia del Mare
Via San Gervasio, 61
Tel. e Fax 0883/767546
76125 TRANI

TRIBUNALE DI TIVOLI - SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

CON ISTANZA CAUTELARE IN CORSO DI CAUSA EX ARTT. 700 E 669 QUATER C.P.C. -

ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE

E CONTESTUALE RICHIESTA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICA

NEI CONFRONTI DEI LITISCONSORTI AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C.

Per la **Prof.ssa MONTANARELLA Rina**, nata a Melfi il 04.08.1969, c.f. MNTRNI69M44F104D, ed ivi alla via S. Pertini n.5 rappresentata e difesa, per procura a margine del presente ricorso, dall'avv. Benedetto Ronchi, C.F. RNCBDT75P21L328P, presso il cui studio in Trani alla via S. Gervasio, 61 elettivamente domicilia, il quale dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni riguardanti il procedimento de quo al numero di fax: 0883/767546, e/o al seguente indirizzo di posta elettronica certificata avv.benedetto.ronchi@postecert.it

RICORRENTE

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO, in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma Largo Trastevere n. 76/A (C.F.: 80185250588), domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato in ROMA, alla Via dei Portoghesi, 12.

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL LAZIO, in persona del dirigente pro tempore, con sede in ROMA, Via Mannelli n. 113 (C.F.: 80022410486), domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato in ROMA, alla Via dei Portoghesi, 12.

nonchè

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA BASILICATA in persona del Dirigente *pro tempore*, con sede in Potenza alla Piazza delle Regioni s.n.c, elettivamente domiciliato in POTENZA, presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato che lo rappresenta *ope legis*;

IN PUNTO A:

MOBILITA' INTERREGIONALE DEL PERSONALE DIRIGENTE SCOLASTICO –
RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI DI CUI ALLA LEGGE 104/1992 ART. 33,
COMMA 5.

PREMESSO CHE

1. La Prof.ssa MONTANARELLA Rina è Dirigente in servizio presso IIS “ELIANO – LUZZATTI” di Palestrina, già vincitrice del corso-concorso nazionale per il reclutamento dei dirigenti scolastici di cui al D.D.G. MIUR n. 1259 del 23.11.2017.

2. Il dirigente ha presentato rituale domanda di partecipazione alle operazioni di mobilità interregionale per l'anno scolastico 2022/2023, richiedendo il trasferimento in una sede della Regione BASILICATA (doc. nn. 2 e 8):

1) LICEO SCIENTIFICO FEDERICO II DI SVEVIA di MELFI PZ

2 I.T.G.GASPARRINI di MELFI

3 I.I.S. ETTORE MAIORANA di GENZANO DI LUCANIA

4 I.C. LUIGI LA VISTA di POTENZA

5 I.I.S.TEN.RIGHETTI di MELFI

6 I.C.FERRARA-MAROTTOLI di MELFI

7 I.C. “LEONARDO DE LORENZO” di VIGGIANO

8 I.I.S.”GIUSTINO FORTUNATO” di PISTICCI

9 I.C.”DON LIBORIO PALAZZO” di MONTESCAGLIOSO MT

10 I.I.S “NICOLA MIRAGLIA” di LAURIA PZ

11 I.C. “NICOLA FIORENTINO di MONTALBANO JONICO MT

12 I.C.”FABRIZIO DE ANDRE” di SCANZANO JONICO

13 I.C.”DON BOSCO” di ROTONDA PZ

14 I.C.”LUIGI SETTEMBRINI” di NOVA SIRI

In subordine:

la mobilità interregionale per la regione Puglia, BASILICATA, Molise e CAMPANIA.

3. L'esigenza alla base della richiesta di trasferimento è fondata sulla necessità di prendersi cura della propria madre, sig.ra [REDACTED] (residente nello stesso comune della ricorrente doc .13), disabile in situazione di gravità ex art. 3, comma 3, della legge 104/1992. (doc.18).

Inoltre La Prof.ssa MONTANARELLA Rina, in quanto titolare dei benefici della legge 104/1992, per accudire la madre, può avanzare la richiesta di trasferimento in qualsiasi momento lavorativo, come stabilito dalla Suprema Corte, nell'ordinanza emessa n. 6150/2019, ha

statuito che l'art. 33 comma 5 cit. va interpretato nel senso che il diritto di assistere il familiare effetto da handicap grave può essere esercitato anche nel corso del rapporto di lavoro.

4. In ragione di tale complessa situazione familiare, il Dirigente ha quindi correttamente richiesto il trasferimento presso alcune Istituzioni scolastiche della Regione BASILICATA, in particolare nella Provincia di POTENZA che, per dislocazione e distanza rispetto al domicilio dell'assistita, gli consentirebbero di prestare assistenza alla madre disabile.

5. Nonostante le chiare circostanze, certamente meritevoli di scrupolosa attenzione, l'Amministrazione Scolastica (USR BASILICATA), ha respinto l'istanza di trasferimento del dirigente, non mettendo in esecuzione il NULLA OSTA, concesso dall'Ufficio Scolastico Regionale per la LAZIO (doc.9), senza fornire alcuna concreta e valida motivazione a riguardo.

6. L'Amministrazione resistente era infatti tenuta a disporre il trasferimento in diretta applicazione dei ben noti precetti contenuti nella legge 104/1992.

7. La distanza tra comune di residenza della disabile (MELFI) da assistere e sede scolastica assegnata (Palestrina) supera i **300 Km**, e questo rende umanamente impossibile per la ricorrente rientrare a MELFI nel corso della settimana.

8. In ogni caso, non sussistono né sono dimostrabili nel caso di specie ragioni oggettive contrarie a quelle della **Prof.ssa Rina MONTANARELLA** che rendano prevalente l'interesse organizzativo della P.A. ad assegnare il ricorrente presso sede scolastica di MELFI o in una sede più vicina, anche a e, dunque, recessivo l'interesse di quest'ultimo alla tutela del disabile al quale prestare assistenza.

Né può validamente giustificare la scelta dell'amministrazione convenuta, l'assunto per cui il diritto del ricorrente sarebbe stato sacrificato sull'altare della meritocrazia perché così non è affatto: come verrà meglio spiegato in diritto, l'elemento della casualità è entrato in maniera preponderante nella determinazione e definizione delle assegnazioni dei neo-dirigenti scolastici ai ruoli regionali, come dimostra anche il fatto stesso che molti candidati con minor punteggio del ricorrente hanno comunque ottenuto l'assegnazione alla propria regione di provenienza ed una volta superato agevolmente tale ostacolo hanno poi potuto far valere appieno anche il diritto di precedenza ex lege 104/1992 al fine di ottenere incarico presso istituto scolastico vicino.

In mancanza di un provvedimento di accoglimento delle sue ragioni e tenuto conto del tempo necessario per gli spostamenti, verrebbe peraltro seriamente compromesso anche il diritto del ricorrente alla piena fruizione e valorizzazione dei 3 giorni di permessi al mese per handicap, previsti sempre dalla legge 104/'92, **di cui ella beneficia dal 2021.**

Per tutti e ciascuno dei suddetti motivi la sistemazione riservata al ricorrente pregiudica irrimediabilmente e *sine die* la possibilità per quest'ultimo di assistere la madre affetta da handicap grave in qualità di referente unico.

9. Pertanto La Prof.ssa MONTANARELLA Rina deve essere assegnato presso una sede vacante e disponibile libera in BASILICATA vicina al luogo (MELFI) dove è domiciliata la madre con disabilità grave, bisognosa di assistenza, la **ricorrente** è costretta ad adire in via d'urgenza codesto Tribunale per le seguenti ragioni di

DIRITTO

SULLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO IN FUNZIONE DI GIUDICE DEL LAVORO

Ai sensi dell'art. 63, comma 4, D. Lgs. n. 165/2001, spettano alla giurisdizione del Giudice amministrativo “Le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3 (ovvero, relative ai rapporti di lavoro del personale, che restano in regime di diritto pubblico), ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi”.

Il presente ricorso ha per oggetto l'assegnazione alle Regioni dei Dirigenti Scolastici vincitori di concorso, dunque, un'ipotesi esterna alla fattispecie concorsuale presa in considerazione dal citato art. 63. Si tratta, infatti, di meri atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito di precedente instaurazione del rapporto di pubblico impiego.

A parere del **Consiglio di Stato**¹, invero, *“La natura gestionale-privatistica delle graduatorie per il conferimento degli incarichi di insegnamento e dei relativi atti di gestione riguarda non solo gli atti che determinano i punteggi e la conseguente collocazione all'interno della graduatoria, ma anche gli atti volti a verificare la sussistenza dei requisiti per l'inserimento nella graduatoria medesima. In entrambi i casi, l'aspirante candidato fa valere un diritto soggettivo (o, comunque, una situazione di natura privatistica) che si sostanzia nella pretesa di essere inserito in graduatoria e di essere esattamente collocato al suo interno. Del resto, la verifica dei requisiti per l'inserimento, non richiede alcun esercizio di discrezionalità amministrativa, trattandosi al contrario di attività vincolata alla sussistenza dei presupposti di legge, rispetto alla cui verifica possono venire eventualmente in considerazione giudizi tecnico- valutativi, ma non scelte di opportunità amministrativa o, comunque, atti di esercizio di discrezionalità amministrativa”*.

¹ Consiglio di Stato, sentenza n. 3415/2015.

In favore della giurisdizione del giudice ordinario è intervenuta anche la **Corte di Cassazione SS.UU.** ², secondo cui: *“In tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del D. Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione, e non potendo configurarsi l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali l'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo -, in quanto trattasi, piuttosto, dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili”*.

D'altronde per consolidata e autorevole giurisprudenza la competenza della Giustizia amministrativa in materia di concorsi si estende dalla pubblicazione del bando sino alla formazione ed approvazione delle graduatorie, lasciando il passo alla Giustizia ordinaria per tutto quel che ne consegue a partire dalla successiva fase del reclutamento mediante scorrimento delle stesse (v. ex multis Cassazione civile sez. un., 28/05/2012, n.8410; Cassazione civile sez. un., 23/09/2013, n.21671; Cassazione civile sez. un., 06/05/2013, n.10404).

Pertanto la Giurisdizione del Giudice del Lavoro è confermata anche dalle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, con la sentenza n 12221/2006 (in una causa relativa all'annullamento dell'esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside), che ha infatti stabilito che la procedura concorsuale “iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”.

Il Tribunale di Foggia, sez. lavoro, Giudice Dott. Ivano Caputo, in data 17.10.2019, con decreto n. 38286/2019, in merito alla Giurisdizione, a stabilito che: *“... Invero, l'art. 63, comma 1, del D. Lgs. 165/2001 devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni indicate art. 1, comma 2, dello stesso decreto legislativo, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali”, senza che abbia alcuna incidenza sulla giurisdizione del giudice ordinario la circostanza che nel giudizio vengano in questione “atti amministrativi predisposti”*.

Dall'altra parte, la giurisdizione ordinaria non si estende a tutte le vertenze inerenti al personale con rapporto contrattuale: ai sensi dell'art. 63, comma 4, D. Lgs. n. 165/2001, restano devolute alla

² Corte di cassazione, Sezioni Unite, Ordinanza n. 16756/2014.

giurisdizione al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

Giova poi rammentare che la giurisdizione si determina in base al *petitum* sostanziale, da individuarsi con riferimento ai fatti materiali allegati dall'attore e alle particolari caratteristiche del rapporto di lavoro dedotto in giudizio, e che nella giurisdizione del giudice ordinario rientra il potere di verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti generali di autoregolamentazione che costituiscono solamente atti predisposti (Cass. Sez. Un. N. 13169 del 2016, Cass. Sez. Un. N. 3677 del 2009; Cass. sez. Un. N. 11712 del 2016).

Nel caso di specie, la ricorrente ha inteso chiaramente fare valere il proprio diritto soggettivo presso una sede più vicina al domicilio della persona da assistere.

In data 4.11.2019, il Tribunale di Reggio Calabria, sez. Lavoro, Giudice dott.ssa Francesca Sicari, con Ordinanza di accoglimento totale n. 18661/2019 (doc n.28), in merito alla Giurisdizione, ha stabilito che:

“La Suprema Corte di Cassazione a S.U., nella sentenza n 12221/2006 (decidendo su una controversia relativa all'annullamento dell'esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside), ha ribadito che la procedura concorsuale “iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”.

Nel caso che ci occupa non è in questione la graduatoria di merito finale, ma la fase successiva dell'assunzione e, precisamente, il mancato riconoscimento della precedenza ex art 33 L 104/92 nella scelta della prima sede di servizio, sin dall'assegnazione ai ruoli regionali.

Ne consegue che la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in questione profili di interesse legittimo nell'ambito della procedura concorsuale, ma situazioni giuridiche attinenti alla fase del rapporto di lavoro aventi consistenza di diritto soggettivo”.

In conformità anche il **Tribunale di Varese, II^a Sez. Civile, Giudice dott.ssa Giorgiana Manzo, in data 28.02.2020, con decreto n. 374/2020**, in merito alla **Giurisdizione** ha così affermato: “Ritiene questo Giudicante che nella fattispecie in esame debba essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro”.

Sul punto, si condivide l'orientamento espresso dal **Tribunale di Reggio Calabria, sez. Lavoro, nell'Ordinanza n. 19727 del 17.11.2019 – est. Olisterno** – che in questa sede si richiama anche ai sensi del disposto di cui all'art. 118 disp att. cpc: “E' pacifico che il corso-concorso nazionale, per titoli ed esame, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali (...) cui l'odierno ricorrente ha partecipato, collocandosi nella graduatoria finale tra i vincitori, integri una vera e propria procedura concorsuale per l'assunzione riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63, comma 4, D. Lgs. n. 165/2001.

La procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando e termina con l'approvazione della graduatoria finale.

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, nella sentenza n. 12221/2006 ... ha ribadito che la procedura concorsuale “iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”.

Il Tribunale di Alessandria, Sez. Lavoro, in data 9.6.2020, con l'Ordinanza di accoglimento totale n. 1188/2020, emessa dal Giudice del Lavoro, Dott.ssa Valeria Ardoino, sulla Giurisdizione ha affermato che è del Giudice Ordinario, richiamando: “Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione., con la sentenza n 12221/2006 (in una causa relativa all'annullamento dell'esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside), hanno infatti stabilito che la procedura concorsuale “iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”.

In data 08.10.2020, il Tribunale di Pesaro, in composizione collegiale, ha emesso Ordinanza di accoglimento totale n. 2347/2020, dove si è espresso anche sulla Giurisdizione, così statuendo che: “Preliminarmente, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, contestata dall'Amministrazione resistente nella memoria difensiva, vertendo l'odierna controversia non già su questione afferente la procedura concorsuale, ma su un atto gestionale del rapporto di lavoro già instaurato: è, infatti, incontroverso che l'odierna reclamante sia stata assunta nei ruoli della dirigenza con contratto di lavoro a tempo indeterminato in data 1.9.2020. Ciò di cui si discute è, esclusivamente, il riconoscimento del diritto alla mobilità vantato dalla ricorrente, questione che non involge, evidentemente, atti di macro-organizzazione, come prospettato dall'Amministrazione”.

Ancora sulla Giurisdizione, si è espresso con una recentissima Sentenza il Tribunale di Milano, Sez. Lavoro, Giudice dott. Luigi Pazienza (RGN 7840/2020 doc. n.10), con Sentenza dell'1.12.2020 (confermata dalla Corte d'Appello di Milano con sent. 916/2021 doc. n.11), cambiando orientamento in merito, ha stabilito che: In via preliminare va disattesa la eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Ministero resistente. Non sussistono dubbi sulla circostanza che il corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, bandito sulla base del Regolamento approvato con D.M. 3.08.2017 n. 138, con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, al quale la ricorrente ha partecipato, collocandosi nella graduatoria finale tra i vincitori con posizione n. 2219, integri una vera e propria “procedura concorsuale per l'assunzione” riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63, c. 4, d.lgs. n 165/2001. La procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando e termina con l'approvazione della graduatoria finale. La Suprema Corte di Cassazione nella sentenza a sezioni unite

n 12221/2006, nel decidere una controversia relativa all'annullamento dell'esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside, ha ribadito che la procedura concorsuale **“iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”**. Nel caso che ci occupa parte ricorrente non impugna la graduatoria di merito finale, ma si duole delle modalità di gestione poste in essere dal Ministero resistente con riferimento alla fase successiva dell'assunzione, lamentando, in particolare, il mancato riconoscimento della precedenza ex art 33 L 104/92 nella scelta della prima sede di servizio sin dall'assegnazione ai ruoli regionali.

Ne consegue che la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in questione profili di interesse legittimo nell'ambito della procedura concorsuale, ma situazioni giuridiche attinenti alla fase del rapporto di lavoro aventi consistenza di diritto soggettivo. Non ha pregio giuridico la tesi del Ministero resistente secondo cui la contestazione operata dal ricorrente della interpretazione adottata da una previsione del bando comporti la necessità di una impugnazione dello stesso innanzi al giudice amministrativo. In disparte la considerazione che ai fini della giurisdizione non è sufficiente una richiesta di disapplicazione di uno specifico atto amministrativo, in quanto occorre sempre valutare la posizione giuridica soggettiva reclamata dal ricorrente (e nel caso che ci occupa non sussistono dubbi sulla consistenza di diritto soggettivo perfetto del beneficio richiesto), occorre altresì sottolineare che il bando di una procedura concorsuale contiene una serie di disposizioni normative riguardanti anche la fase successiva alla approvazione della graduatoria”.

SULLA COMPETENZA TERRITORIALE

Per mero tuziorismo difensivo si evidenzia che Codesto Ecc.mo Tribunale adito è territorialmente competente per la causa de qua, in quanto la sede di titolarità dell'odierna ricorrente, a causa del mancato riconoscimento dell'invocata precedenza, è IIS “ELIANO – LUZZATTI” di Palestrina.

L'articolo 413 comma 5 c.p.c., individua, quale giudice competente per territorio per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: “il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio nel quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto”.

La giurisprudenza identifica tale ufficio con quello, cui il pubblico dipendente risulta non provvisoriamente ma “stabilmente ed organicamente assegnato” (**Tribunale di Agrigento ordinanza 27/09/2006 – Trib. di Roma 11.12.2003, Trib. di Firenze 20.3.2001**).

La giurisprudenza della **Suprema Corte (ex plurimis Cassazione 22/02/2010 n. 4172)** è costante nel ritenere che il giudice competente sia quello dove ha sede l'istituzione scolastica di servizio nel momento in cui si sia verificato il fatto oggetto del ricorso. Nel caso di specie, il giudice del lavoro territorialmente competente è, pertanto, il **Tribunale di TIVOLI**, poiché

nel momento in cui il fatto si è verificato, cioè quando la ricorrente ha prestato servizio presso il **presso IIS “ELIANO – LUZZATTI” di Palestrina**, il cui circondario ricade sotto l’egida della competenza territoriale del **Tribunale di TIVOLI**.

SUL FUMUS BONI JURIS

La giurisprudenza di primo grado si è già espressa favorevolmente in fattispecie del tutto analoghe a quella di interesse dell’odierno ricorrente; si rammentano le recentissime ordinanze cautelari del **Tribunale di Cuneo**, del 22.10.2020, pronunciata in sede di reclamo a conferma dell’ordinanza del 06.08.2020, del **Tribunale di Verbania** del 17.09.2020, del **Tribunale di Trani** del 10.09.2020 ³ ciò non solo conferma il buon diritto oggi azionato, ma anche la gravità della condotta di controparte del tutto insensibile ad adeguarsi agli stimoli che giungono dalla giurisprudenza specializzata.

In breve, il diniego al trasferimento del ricorrente si scontra con i principi costituzionali in tema di tutela della Salute e del Lavoro, con le norme nazionali dettate dalla legge-quadro n. 104/92 a tutela dei soggetti disabili, e da quelle comunitarie sullo stesso argomento; esso stride anche in quanto contrasta con la normativa dettata per lo specifico settore scolastico contenuta nel D.lgs. 297/1994, oltre che per la violazione delle norme pattizie in tema di mobilità del personale dirigenziale.

Infine, l’intera condotta contrasta palesemente con le prescrizioni contenute nel TU della Scuola, ove dispongono chiaramente che le nuove immissioni in ruolo di personale docente e direttivo debbano avvenire sui posti disponibili all’esito delle operazioni di mobilità (come confermato anche dai numerosi pronunciamenti del GA).

Per tutti i suddetti motivi, parte ricorrente ha certamente diritto ad essere immediatamente trasferita nella sede vacante quanto più vicina al domicilio della madre.

Di seguito si procederà ad argomentare più approfonditamente tutti i citati aspetti di illegittimità della contestata condotta datoriale.

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.

³ v., ex multis, Tribunale Latina, sezione lavoro, ord. caut. n. 2678/2019, Tribunale Milano, sezione lavoro, ord. caut. n. 1188/2018 e n. 7094, Tribunale Pavia, sezione lavoro, ord. caut. n. 1064/2016;

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**>>.*

L'argomento, già trattato dal ricorrente con riferimento al procedimento giudiziario pendente in punto di reclutamento, merita di essere ribadito anche in questo giudizio relativo alla mobilità inevasa.

La giurisprudenza in materia di protezione del disabile appare al quanto 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...**" (Tribunale di Cremona, 1.08.2001, 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 (Tribunale di 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, sivedano:

“...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 (Consiglio di Stato, sez. VI, 12.01.2000, 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 di Calabria, 10.03.1999, n. 311, in Trib. Amm.vo Regionale, 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. BASILICATA, Palermo, sez. I, 6.07.1994, n. 496, in Riv. Giur. Scuola, 1995, p. 760)⁴. 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 diretta 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

⁴ A tal proposito è stato infatti affermato che "l'art.21 c.2 L.104/92 che stabilisce che i pubblici dipendenti portatori di handicap hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda, deve essere inteso nel senso che il diritto di precedenza sorge in tutte le tipologie di modificazioni geografiche del luogo di lavoro nell'ambito delle varie procedure di mobilità del personale" (V. Corte Appello Firenze 6/4/2004).

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**)⁵.

LA CONDOTTA DELLA P.A. SI DIMOSTRA CONTRARIA ANCHE E SOPRATTUTTO AI PRECETTI DELLA DISCIPLINA GENERALE DI CUI ALLA LEGGE 104/92.

La recente **Ordinanza n. 6150/2019 della 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 deve essere interpretata nel senso che il diritto del lavoratore che assiste un portatore di handicap 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.

Orbene, assodato quindi che la ricorrente era in diritto di invocare l'applicazione della norma in oggetto, di contro l'amministrazione non aveva la possibilità di invocare valide ragioni per esimersi dall'obbligo in questione.

La clausola generale contenuta nella Legge Quadro infatti 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**).

Come innanzi detto, le posizioni espresse dal Giudice delle Leggi hanno ispirato anche 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

⁵ Vedi anche Tribunale Roma, Ordinanze 14/9/2017, Tribunale Brindisi, Ordinanza del 20/9/2017 e, leggermente più risalenti Tribunale Benevento, Ordinanza del 7/7/2015, Tribunale S. Maria C.V. Sentenza 2299/2010, Tribunale Frosinone Ordinanza del 17/12/2015; Tribunale Messina Ord. 62/2017; Ord. Coll. Lodi Ord. 1833/2017; Tribunale Siracusa Ord. 3176/2018 del 12/03/2018 e Ord. 3181/2018 del 12/03/2018).

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).

Orbene, in ordine alle esigenze organizzative che impedirebbero il trasferimento, v'è subito da dirsi che nel caso di specie non sussistono affatto.

In primo luogo, infatti, come si evince sin dalla prima sentenza del Consiglio di Stato (Adun. Sez. III, 17 ottobre 2000, n. 1623) a riguardo, l'esigenza organizzativa della p.a. è un'esigenza di rango subordinato rispetto a quella rappresentata dalla legge n. 104/92, pertanto a nulla varrebbe invocare una mera ed astratta potestà amministrativa per limitare i diritti del soggetto disabile e del lavoratore che lo assiste.

La Legge Quadro parla 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 SOTTORDINATO 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 non è quello del lavoratore ma è il diritto alla salute del disabile, 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 conclusione quindi, 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 accaduto 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 lavoro⁶.

Nel caso di specie, non v'è alcuna concreta esigenza tecnica, organizzativa e produttiva che determinerebbe l'impossibilità per l'istante di assegnazione ad una sede più vicina al domicilio del parente disabile che assiste; in altre parole **NON PUÒ AFFERMARSI CHE NON VI ERA (e non v'è ANCORA OGGI), VACANZA IN ORGANICO, NÉ MATERIALE DISPONIBILITÀ DEL POSTO** come è stato ampiamente dimostrato.

La documentazione versata in atti documenta come VI ERA LA POSSIBILITA' ED IL DIRITTO DI SODDISFARE LA RICHIESTA DEL DIRIGENTE SU TUTTI I POSTI RICHIESTI: come detto si tratta di posti assegnati a personale già assunto, ma privo di analoghe priorità, o addirittura di posti sottratti alle necessità del ricorrente e coperti mediante nuove immissioni in ruolo, od ancora **finanche posti rimasti vacanti ed assegnati in reggenza**.

⁶ V., ex multis, Tribunale di Roma, ordinanza 28 febbraio 2017: "*Nel caso in cui il dipendente titolare dei benefici previsti dall'art. 33, comma 5, della L. n. 104/1992, per l'assistenza al familiare convivente disabile grave, chieda di essere trasferito alla sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, il datore di lavoro ha l'onere di provare che nella sede (o nelle sedi) dove il trasferimento è stato richiesto non sia possibile collocare il lavoratore, dovendo dimostrare l'impossibilità dell'adibizione del prestatore a mansioni riconducibili a livello e categoria di appartenenza, tendendo conto del riformato art. 2103 c.c. che non richiede più il rispetto del principio di equivalenza e del mantenimento del bagaglio professionale acquisito dal lavoratore"; v. anche Tribunale di Roma, ordinanza 5 maggio 2017, n. 8853 – Pres. Leone, Rel. Emili: "Il diritto ad essere trasferiti nella sede più vicina al domicilio della persona che ha bisogno di assistenza deve essere riconosciuto ogni qualvolta il datore di lavoro non dimostri in giudizio l'impossibilità di ottemperare a tale richiesta in base a oggettive ragioni ostative al trasferimento";*

Come osservato dall'ordinanza del **TRIBUNALE DI TRANI** ordinanza del 10.09.2020 (nel solco di **Tribunale Roma** 04.09.2019, e **Tribunale Pistoia** 24.10.2019), si deve escludere che l'assegnazione alla sede più vicina al domicilio del disabile sia "vincolata, oltre che alla vacanza del posto, anche dalla sua disponibilità, ossia sia soggetta alla volontà datoriale di coprire quel posto Tale duplice condizione è infatti prevista dall'art. 42 bis del D.lgs. 151/01 in tema di assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti, ma non dall'invocato articolo 33, comma 5, della legge n. 104/92 che contiene solo il riferimento al limite di cui all'inciso "ove possibile"", da interpretarsi nei termini di possibilità concreta ad effettuare il trasferimento (Trib. URBINO sent. n.59 del 24.08.2022 – doc. 19).

oooOOOooo

D'altronde, lo si rammenta, **l'Ufficio Regionale non ha neppure esaminato l'istanza del ricorrente**, applicando ciecamente – e finanche contrariamente alle indicazioni ministeriali – un vincolo di permanenza sulla sede di servizio che a mente di controparte (in realtà solo dell'Ufficio periferico e non degli Uffici centrali) sarebbe contenuta nel bando del concorso vinto dal ricorrente, ovvero in una fonte di diritto di rango enormemente inferiore rispetto alla legge 104/1992.

Come già più volte ripetuto anche nel corso del presente atto, 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 della BASILICATA.

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 ⁷ avente, quindi, come tale valore di ausilio interpretativo⁸, deve ritenersi affetto da nullità il bando di concorso ove limita la tutela per i disabili nell'assegnazione della sede, solo dopo il superamento del vincolo triennale di permanenza. In altro caso analogo, anche la Corte d'Appello di Sassari (Sentenza n. 43/2015) ha rilevato la natura imperativa della norma con la conseguente declaratoria di nullità delle disposizioni del contratto collettivo non compatibili.⁹

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.)¹⁰.

oooOOOooo

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

⁷ Corte Cost. sentenze n. 135 del 2002, n. 393 e n. 394 del 2006;

⁸ Corte Cost. sentenze n. 349 del 2007, n. 251 del 2008, in tal senso Cass. n. 15873/2012;

⁹ Sempre in tema di mobilità del personale della scuola:

"...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);

¹⁰ Come evidenziato dalla Cass. Sez. Un. 27.3.2008 n. 7945 per l'art.33 ma a fortiori vale per l'art. 21 "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".

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 bando di concorso nel caso a mano (all'art. 15 comma 5) non si pone neppure in aperto contrasto con esse, ma semplicemente non indica tra le deroghe all'obbligo di permanenza la sussistenza di una 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 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, 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".

oooOOOooo

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.

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 104/1992¹², 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) comportano la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità>.

¹¹ Vedi anche Tribunale di Genova, ordinanza 20.09.2016 e sentenza 226/2017 del 14.03.2017;

¹² A fortiori il ragionamento vale per l’ipotesi di cui all’art.21 della L.104/92.

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.

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)".

oooOOOooo

Infine, ci sia concessa un'ultima osservazione che mette maggiormente in evidenza la contraddittorietà ed illogicità delle determinazioni di controparte.

L'atteggiamento ostile dell'Ufficio regionale non può dirsi neppure giustificato dalla finalità concreta di garantire il buon andamento del servizio educativo di istruzione e formazione in favore della collettività, atteso che chi è destinatario dei benefici diritti garantiti dalla Legge Quadro in parola vive una situazione talmente insostenibile che, in mancanza di un definitivo trasferimento, è costretto, come *extrema ratio*, ad usufruire del congedo di cui al d.lgs. 151/2001, con la conseguenza di lasciare comunque la scuola priva di titolare, e tanto può perfino accadere ad anno scolastico in corso.

Dunque, il risultato finale del cattivo agire dell'Ufficio regionale è la patente lesione dei diritti della madre disabile, e quindi, tra le altre, la violazione degli artt. 29, 32 e 38 Cost, dei diritti del dirigente obbligato a non lavorare, e quindi, tra le altre, la violazione dell'art. 4, comma 1, Cost., e quello della comunità scolastica che non potrà beneficiare della continua presenza del dirigente scolastico, e quindi finanche dell'art. 97, comma 2, Cost.

VIOLAZIONE DELL'ART. 9 COMMA 3, PUNTI A) E C) DEL CCNL AREA V DEL 2010 – SUL MECCANISMO DI TUTELA DELLA POSIZIONE DEL RICORRENTE DI CUI ALL'ART. 3 DEL CCNI AREA V DEL 5.6.2012

La condotta di parte avversa è in contrasto anche con le disposizioni contenute nella normativa pattizia dettata in tema di dirigenza scolastica.

Infatti, l'art. 9 comma 3 del CCNI Area V del 2010, dispone che "*il mutamento di incarico*

su posti liberi è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari: ... c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali”.

4. Su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza [e con il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta]¹³, è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente. La richiesta deve essere presentata entro il mese di maggio di ciascun anno e l'esito comunicato entro il successivo 15 luglio. Nell'ipotesi di cui al presente comma, il mutamento d'incarico, ove concesso, non può nuovamente essere richiesto nell'arco di un triennio dall'incarico conferito.”

Come chiaramente indicato nel punto sub c) sopra trascritto, si deve subito notare che la contrattazione ha limitato in via generale la mobilità interregionale del personale in scadenza di incarico al rispetto del limite del 60% dei posti vacanti e disponibili, e che quindi tale limitazione non può valere nei casi straordinari di mutamento di incarico, tra i quali vi sono ovviamente quelli del personale destinatario dei benefici della legge 104/1992.

Infatti, il contratto nazionale ha correttamente lasciato un ampio margine per consentire al personale il mutamento di incarico in tutte quelle situazioni peculiari e meritevoli di particolare tutela, quali quelle che attengono i diritti dei disabili, in piena conformità con i precetti della Legge Quadro in parola.

In buona sostanza, in generale il personale alla scadenza dell'incarico può domandare di essere trasferito in altra regione, e la sua domanda è soggetta al rispetto del limite del 60% dei posti disponibili, invece, nei casi in cui l'incarico non sia scaduto, la diversa domanda di “mutamento di incarico” può essere accolta in presenza di rilevanti motivazioni – qual è certamente quella che si riferisce all'art. 33 della Legge 104/92 – e per tale ragione non è soggetta al suddetto limite del 60% (che infatti si riferisce alle diverse ipotesi di scadenza di incarico).

Infine, in ogni caso, ad ulteriore dimostrazione della concreta possibilità dell'amministrazione di accogliere la domanda di parte ricorrente, è opportuno precisare che questi avrebbe potuto essere assegnato anche in esubero in una delle sedi disponibili anche se non vacanti, o in una delle altre numerose sedi sottodimensionate, ai sensi dell'art. 3 del CCNI Area V del 5.6.2012 il quale disciplina proprio le eccezionali ipotesi di esubero, ovvero quei casi in cui le sedi conferibili siano inferiori al numero dei Dirigenti scolastici in servizio nella regione.

¹³ Inciso abrogato dall'art. 53 del CCNL Area dirigenziale “Istruzione e Ricerca” 2016-2018 dell'8 luglio 2019;

In tal caso la norma espressamente afferma che, tra le sedi disponibili assegnabili concorrono anche le sedi assegnate con incarico nominale ad altro Dirigente scolastico distaccato e utilizzato e le sedi comunque disponibili per l'intero anno scolastico. Se anche tali sedi non sono sufficienti ad assorbire la situazione di esubero, il personale può essere assegnato anche sulle sedi sottodimensionate, in base alle preferenze espresse dal Dirigente, o la sede vicinior, o, in subordine, alla residenza del Dirigente.

In ogni caso, **l'attribuzione in reggenza di una sede "normodimensionata" è peraltro del tutto contraria alle norme di legge** (ed ai principi di buona amministrazione), e tali sedi avrebbero potuto concorrere a soddisfare le speciali e motivate esigenze di mobilità del personale dirigente.

Su una questione analoga si è già espresso il **Tribunale di Foggia**: *"Occorre altresì richiamare l'art. 19, comma 5, del D.L. n. 98 del 06/07/2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011, novellato dall'art. 4 comma 69, legge n. 183 del 12 novembre 2011 – legge stabilità 2012 pubblicata in gazzetta ufficiale n. 265 del 14 novembre 2011. Tale norma di legge precisa che: "Alle istituzioni scolastiche autonome costituite con un numero di alunni inferiori a 500 unità, ridotto fino a 300 per le istituzioni site nelle piccole isole, nei comuni montani... non possono essere assegnati dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato. Le stesse sono conferite in reggenza a dirigenti scolastici con incarico su altre istituzioni scolastiche autonome. "Ciò posto, dalle regole sottese all'impianto organizzativo del MIUR nella materia che ci occupa, si evince che **soltanto alle scuole sottodimensionate possano essere assegnati dirigenti in reggenza. ...**".*

VIOLAZIONE DELL'ART. 470 COMMA 1, DEL D.LGS. 297/1994
--

Le argomentazioni che precedono dimostrano il buon diritto dell'istante ad essere trasferita quanto più vicino possibile al domicilio del soggetto disabile cui presta assistenza.

In ogni caso, per scrupolo difensivo, si rileva che quand'anche controparte contestasse le suddette argomentazioni, ed in particolare ritenesse erroneamente (o strumentalmente) non disponibile alcun posto tra quelli già utilizzati nella mobilità, o tra quelli sottodimensionati, od ancora tra gli altri vacanti ad altro titolo, parte ricorrente potrebbe comunque essere assegnata su uno dei posti utilizzati per le immissioni in ruolo.

Infatti, la legittima pretesa di parte ricorrente ad essere trasferita in una sede BASILICATA, compatibile con le esigenze di assistenza della madre disabile non può trovare alcun ostacolo consistente nella riserva di posti da utilizzare per le nuove immissioni in ruolo (come peraltro ben precisato dalla sopra citata ordinanza del Tribunale di Trani fondata su altre considerazioni).

Difatti, l'art. 470 del D.lgs. 297/1994 (inserito nella Sezione III "Mobilità del personale direttivo e docente"), afferma che le immissioni in ruolo devono essere effettuate sui posti

residui che rimangono vacanti e disponibili dopo il completamento delle operazioni relative alla mobilità professionale e territoriale in ciascun anno scolastico.

Tale principio è stato affermato di recente anche dal Consiglio di Stato (v. ordinanza n. 3722 del 22.07.2019), il quale ha affermato che “...avrebbe dovuto essere applicato il principio che lo stesso comma esprime, ovvero LA PREFERENZA PER IL TRASFERIMENTO DI CHI SIA GIÀ IN RUOLO RISPETTO ALLA ASSEGNAZIONE DI SEDE PER LE NUOVE NOMINE”.

In ogni caso e più in generale, sul principio che le nuove assunzioni devono sempre essere subordinate all'accoglimento delle istanze di trasferimento ex legge 104, si richiamano i recenti arresti del **Tribunale di Milano**¹⁴. In tali pronunce il Tribunale, definendo un reclamo avverso un provvedimento di rigetto di un ricorso d'urgenza, ha ribaltato la decisione reclamata, ha accolto le richieste del lavoratore ed ha osservato che, **rispetto alle esigenze ex l. 104/92 non è prevalente la copertura in via prioritaria da parte degli idonei di un concorso** in quanto, di converso, si finirebbe per svuotare completamente di contenuto e di efficacia concreta il disposto di cui all'art. 33.

Sicché, la domanda di trasferimento interregionale dell'istante deve essere premiata, in considerazione degli interessi sottesi inerenti al diritto di assistenza e cura del parente disabile, utilizzando tutti i posti di fatto utilizzabili, e quindi anche quelli indicati per le nuove immissioni in ruolo.

In altre parole, la clausola “ove possibile”, che, come visto è da interpretare in mero senso fattuale, sta a significare che se v'è un posto vacante tra tutte le istituzioni scolastiche regionali, questo va attribuito al soggetto beneficiario dei diritti ex legge 104/1992, e non può essere sottratto in favore di altri soggetti da immettere in ruolo.

DIRITTO ALLA SCELTA DELLA SEDE EX ART. 33, COMMA 5, L. N. 104/1992.

L'accoglimento del presente ricorso consentirà una presenza più assidua e continua del ricorrente la cui vicinanza alla madre è tuttora di fondamentale importanza, tanto nella gestione pratica e logistica quanto, soprattutto, nel sostegno affettivo che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica del disabile.

Non solo. Fermo quanto sopra, appare davvero inspiegabile, a fronte di quanto stabilito tanto dal regolamento di cui al Decreto Ministeriale n. 138/2017 quanto dallo stesso bando di concorso de quo nonché infine dal richiamato art. 33 della legge 104/1992, che per l'a.s.

¹⁴ Tribunale Milano, sezione lavoro ordinanza n. 30851/2018; v. anche Tribunale Milano, sezione lavoro, ordinanza n. 9366/2019;

2021/2022 numerose sedi scolastiche nella Regione BASILICATA sono state affidate in reggenza a dirigenti scolastici titolari in altri istituti (doc. n. 15).

Con riserva di quanto verrà riferito in diritto, basti qui chiarire che molte delle suddette sedi scolastiche destinate a reggenze non sono affatto sottodimensionate. Si tratta in realtà una precisa scelta dell'amministrazione di sovraccaricare di lavoro dirigenti, già titolari in altre scuole, piuttosto che trovare adeguata sistemazione a chi, come il ricorrente, deve assistere quale referente unico un familiare con handicap grave. Questa scelta appare illegittima, siccome contraria al principio di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) e perché in ogni caso lesiva di interessi costituzionalmente protetti in mancanza di valide esigenze organizzative di segno contrario dell'amministrazione stessa.

In BASILICATA, peraltro, esistevano ed esistono numerosissime strutture scolastiche disponibili per le assunzioni dei dirigenti, di pari complessità e dimensioni rispetto a quella affidata alla ricorrente a decorrere dall'1.09.2020. Per questo motivo, nel caso di specie, non sussisterebbero neppure plausibili ostacoli al conferimento di altro incarico (in ipotesi legati ad attitudini e capacità professionali del ricorrente) su disposizione di Codesta Autorità giudiziaria. E' bene portare a conoscenza dell'On.le Giudice che il Ministero dell'Istruzione, ogni volta che un Giudice del Lavoro ha accolto le istanze cautelari chieste da questa difesa in contenziosi analoghi di altri dirigenti scolastici, ha immediatamente adempiuto a quanto ordinato dal Magistrato consentendo la scelta della sede di servizio tra una moltitudine di scuole (doc. n.29 e 34). E tutto ciò configura una confessione stragiudiziale delle P.A. convenute che si sono sempre difese, in tutta Italia, con l'assenza di sedi vacanti e disponibili. Va rimarcato che 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. E proprio in questa ipotesi deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto "più vicino" al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole (**In tal senso Tribunale di ROMA Ord, del 23.07.2021 – doc. n. 27**). Pertanto, nella fattispecie che ci occupa, è il Ministero dell'Istruzione il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lei più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la Legge n.104/1992 ha introdotto. Il Ministero resistente non può ignorare la situazione familiare del lavoratore che assiste il proprio congiunto portatore di handicap grave e, quindi, anche da questo punto di vista, avrebbe dovuto accogliere la domanda di assegnazione alla sede più vicina (cfr. Tribunale di

MILANO sent. n. 2275/2020 pubbl. il 19.01.2021 – Corte d'Appello MILANO sent. 916/2021 - Tribunale di MILANO sent. 827 del 14.04.2023 - doc. n.10-11 e 34).

Dunque sussistevano e sussistono le condizioni di legge e le disponibilità di posti per assecondare la richiesta di assegnazione del ricorrente ad un istituto scolastico della Provincia di POTENZA o, in subordine, ad una scuola della provincia più vicina alla residenza del ricorrente ovvero ancora ad una sede scolastica collocata nella Regione BASILICATA, nel rispetto del diritto di scelta di sede sancito dall'art. 33 c. 5 della legge 104/1992.

In ogni caso, non sussistono né sono dimostrabili nel caso di specie ragioni oggettive contrarie a quelle del Prof.ssa Rina MONTANARELLA che rendano prevalente l'interesse organizzativo della P.A. ad assegnare il ricorrente presso sede scolastica di MELFI in una sede più vicina, e dunque, recessivo l'interesse di quest'ultima alla tutela della disabile al quale prestare assistenza.

Né può validamente giustificare la scelta dell'amministrazione convenuta, l'assunto per cui il diritto della ricorrente sarebbe stato sacrificato sull'altare della meritocrazia perché così non è affatto: come verrà meglio spiegato in diritto, l'elemento della casualità è entrato in maniera preponderante nella determinazione e definizione delle assegnazioni dei neo-dirigenti scolastici ai ruoli regionali.

Come premesso il ricorrente è in servizio presso IIS “ELIANO – LUZZATTI” di Palestrina, dall'1.9.2021. In mancanza di provvedimento giudiziale favorevole, il ricorrente sarà costretto a permanere in servizio nella Regione di iniziale assegnazione (LAZIO), il che rende attuale e gravissimo il rischio di concreta lesione di valori ed interessi costituzionalmente garantiti come quelli appunto in materia di famiglia e di tutela delle persone affette da handicap.

In mancanza di un provvedimento di accoglimento delle sue ragioni e tenuto conto del tempo necessario per gli spostamenti, verrebbe peraltro seriamente compromesso anche il diritto del ricorrente alla piena fruizione e valorizzazione dei 3 giorni di permessi al mese per handicap, previsti sempre dalla legge 104/92.

Per tutti e ciascuno dei suddetti motivi la sede di servizio assegnata al ricorrente pregiudica irrimediabilmente e *sine die* la possibilità per quest'ultimo di assistere la madre affetta da handicap grave in qualità di referente unico.

I Dirigenti Scolastici hanno già preso servizio in quanto vincitori di concorso (non solo presso la Regione LAZIO, ma anche e soprattutto presso la Regione BASILICATA); il che ha compromesso irrimediabilmente il diritto del Prof.ssa Rina MONTANARELLA ad essere assegnata presso una sede vacante e libera in BASILICATA vicina al luogo (MELFI)

dove è domiciliata la madre con disabilità grave, bisognosa di assistenza, la ricorrente è costretta ad adire in via d'urgenza codesto Tribunale.

IN CONCLUSIONE

Nel caso di specie è dimostrato che, il ricorrente ha presentato tempestiva domanda per la mobilità interregionale ex art. 9 del CCNL Area V per essere trasferita dalla Regione LAZIO in una sede del Comune di MELFI, Nulla Osta concesso dall'Ufficio Scolastico Regionale per il LAZIO, ma disapplicato dall'Ufficio Scolastico Regionale per la BASILICATA.

Il ricorrente è **“referente unico”** per l'assistenza della madre disabile in situazione di gravità. Tale circostanza rende irrilevante, ai fini dell'applicazione della normativa sul diritto al trasferimento di cui all'art. 33, comma 5 L. n. 104/92, che vi siano o meno altre persone della famiglia che potrebbero prestare assistenza al familiare disabile, come recentemente affermato dal **Tribunale di Roma**, con sentenza n. 2524 del 20/05/2020.

Le sedi richieste dal ricorrente sono state tutte ricoperte con decorrenza dal 01.09.2022: utilizzate per la mobilità, anche a personale privo di motivi di precedenza.

Tanto dimostra che l'istanza di mobilità presentata da parte ricorrente ben poteva essere soddisfatta (e che dunque, richiamando il dettato del citato art. 33, il trasferimento del lavoratore era “possibile”).

La normativa pattizia consente: o il trasferimento di sede anche in costanza di incarico per salvaguardare le situazioni previste dalla legge 104/1992, o in extrema ratio è consentita l'assegnazione del Dirigente in esubero, anche su sede sottodimensionata o normodimensionata che altrimenti verrebbe ricoperta da altro personale “in reggenza”.

Non può opporsi al ricorrente l'indisponibilità dei posti riservati alle nuove immissioni in ruolo, poiché queste devono avvenire dopo i trasferimenti del personale di ruolo.

In conclusione, in ragione di tutto quanto sopra, in quanto soggetto che assiste la madre portatore di handicap grave, al ricorrente va riconosciuto il diritto all'assegnazione in via prioritaria alla Regione BASILICATA, in una delle sedi indicate, o nell'altra sede indicata dal Giudice, quanto più vicino possibile a quella di residenza del soggetto da assistere.

SUL PERICULUM IN MORA

Come dianzi evidenziato, il ricorrente è l'unico soggetto che presta assistenza alla madre invalida civile al 100% e portatore di handicap ai sensi dell'art.3 comma 3 della L.104/92.

In ragione della condizione di soggetto disabile grave della madre, alla ricorrente lo stesso USR LAZIO ha riconosciuto la possibilità di fruire dei permessi mensili di cui alla L.104/92 essendo l'unico soggetto in grado di prestare assistenza alla stessa (doc. n. 14 e 16).

La condizione di soggetto referente unico per l'assistenza del disabile grave, fa sì che il ricorrente rischia di subire danni gravissimi ed irreparabili dalla mancata possibilità di avvicinarsi al nucleo familiare con l'avvio del nuovo anno scolastico.

L'impossibilità per la ricorrente di essere trasferita in BASILICATA, esporrebbe quindi il congiunto disabile a conseguenze certamente gravissime sulle sue condizioni di vita e di salute, considerato che il ricorrente è l'unico soggetto che presta assistenza e l'unica in grado di farlo.

La frustrazione dei diritti di referente unico del portatore d'handicap grave, comporta la perdita di una occasione sostanzialmente irripetibile di potersi definitivamente e non provvisoriamente ricongiungere al proprionucleo familiare.

Inoltre la situazione familiare della ricorrente è fortemente peggiorata negli ultimi mesi: lo stato di deterioramento fisico e cognitivo della madre della ricorrente si è fortemente aggravato dalla lontananza della figlia, con la conseguenza che la stessa è sempre più disorientata (doc. n.30). Deve sottolinearsi anche il grave peggioramento dello stato di salute del fratello della ricorrente fratello che è passato da un'invalidità civile dal 55% al 100% con il riconoscimento della 104/92 (doc. n.31). Il fratello della ricorrente è [REDACTED] (doc. n.32). L'assenza prolungata della ricorrente ha fortemente compromesso anche [REDACTED] poiché si è alterato l'equilibrio familiare, anche tenuto conto che il fratello della ricorrente non è sposato e non ha figli. Infine la sorella della ricorrente non può più garantire un'assistenza fisica a nessuno dei congiunti in quanto [REDACTED] (doc. n.33).

Il Tribunale di Castrovillari, con un recentissimo decreto emesso in sede di reclamo ha chiarito: *“Orbene, ritiene il Collegio che il ragionamento seguito dall'Amministrazione (oltre che da una parte della giurisprudenza di merito) non sia condivisibile in punto di diritto, laddove non tiene in considerazione la gerarchia delle fonti, essendo indubitabile che la legge (nella specie, la L. n. 104/1992) non possa essere derogata dalla normativa secondaria contenuta in un Regolamento, qual è appunto il DM 138/17 relativo alle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della dirigenza scolastica.”* (Tribunale di Castrovillari decreto del 28.10.2021 – doc. n.17).

Consentire di ripristinare il diritto del ricorrente, illegittimamente penalizzato dalla mancata attribuzione di posti liberi, vacanti e disponibili, alla mobilità, comporterebbe sia per il 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.

Anche sotto il profilo del *periculum in mora* sarebbe impensabile obbligare la dirigente a permanere nella sede laziale costringendola ad una sommaria organizzazione familiare che, lo si rammenta, coinvolge il soggetto disabile che si sottopone a costanti cure ed accertamenti, e le cui patologie sono in via di costante aggravamento.

<p style="text-align: center;">SUSSISTENZA DEI REQUISITI LEGITTIMANTI L'INVOCATA TUTELA D'URGENZA.</p>

Riguardo al *fumus boni iuris* lo stesso è rappresentato da quanto fin qui esposto e comprovato a mezzo della produzione documentale riportata per cui la domanda appare di tutta evidenza fondata e meritevole di accoglimento anche alla luce della sopra richiamata giurisprudenza. Ciò fermo e quanto invece al *Periculum in mora*, l'assegnazione del ricorrente presso la sede scolastica di Palestrina risulta in ogni caso assolutamente controindicata e lesiva.

Si rimarca ancora una volta il fatto che, come documentato, la ricorrente è referente unico della madre portatore di handicap grave, domiciliato a MELFI e che quindi la sua assegnazione a Palestrina impedirebbe anche il più estremo pendolarismo, con conseguente impossibilità materiale per lui di continuare ad apprestare assistenza al familiare.

La distanza tra comune di residenza del disabile da assistere e sede scolastica assegnata supera infatti i **300 Km** e questo rende umanamente impossibile per la ricorrente rientrare a MELFI nel corso della settimana, con conseguente irrimediabile ed immotivato pregiudizio del diritto costituzionale della disabile **sig.ra [REDACTED]** all'assistenza in qualità di portatore di handicap grave.

Né d'altronde la ricorrente può validamente confidare in una soluzione fisiologica e celere della vicenda, ovverosia nel sistema della mobilità territoriale e dunque nella possibilità di un riavvicinamento a breve, *de plano*, mediante trasferimento futuro; come noto, infatti, ogni incarico dirigenziale (salvo il caso di decesso o revoca) ha una durata minima di tre anni (da tre a cinque), come chiaramente stabilito dalle disposizioni di legge e regolamentari vigenti (art. 29 TUIP e D.M. n. 138/2017).

Ciò fermo, il pregiudizio per il ricorrente, non potendosi far rivivere situazioni ormai definite o irrimediabilmente compromesse - quali si verrebbero a determinare a seguito dell'attuazione del provvedimento di assegnazione in quel di Palestrina non è riparabile, in quanto neppure risarcibile per equivalente.

ISTANZA PER PROVVEDIMENTO INAUDITA ALTERA PARTE
--

L'assoluta ristrettezza dei tempi che con assoluta probabilità non consentirebbero nemmeno la discussione in sede d'urgenza impone, al riguardo, di richiedere un provvedimento inaudita altera parte che disponga di "congelare" una sede dirigenziale disponibile in provincia di POTENZA, come elencate dal ricorrente in domanda, sospendendone la disponibilità per il prossimo reclutamento manterrebbe la *res adhuc integra* per la celebrazione in contraddittorio fra le parti del giudizio.

In sostanza, in via d'assoluta urgenza il pregiudizio potrebbe utilmente essere già prevenuto, a monte.

Non pare superfluo ricordare che il menzionato art. 700 c.p.c. prevede che *"...chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito"*.

Il disagio creato al ricorrente si rivela certamente pregiudizievole dei propri diritti in quanto direttamente discendente dal provvedimento illegittimo e difforme dalla normativa prevista e sopra riportata.

Senza dimenticare, poi, 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 20.06.1994**) *"... 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..."*.

L'orientamento della Cassazione si pone nel solco della definizione del *periculum* nella sua valenza funzionale, esplicativa, in altri termini, dello scopo stesso della tutela cautelare, quale rapporto di strumentalità ipotetica fra cautela e tutela, volta ad assicurare l'effettività della seconda; non già di un probabile danno materiale, ma del danno generato dalla durata del processo e quindi di anticipazione *lato sensu* della tutela, ossia di quello che potrebbe

essere il probabile risultato del processo principale.

Dunque, proprio in casi come questo si verificherebbe non solo il pericolo da “tardività”, consistente nella insoddisfazione dell’attrice protrattasi per l’intera durata del processo dichiarativo, ma anche il pericolo che viene definito come da infruttuosità, consistente nel fatto che durante la pendenza del processo di cognizione sopraggiungano fatti tali da rendere impossibile la concreta possibilità di attuazione del diritto che è già di per sé incompatibile *in re ipsa* con i tempi dell’ordinario giudizio di merito. Il Tribunale di Sondrio ha statuito, con decreto inaudita altera parte, che: *“Il ricorrente ha perciò titolo a partecipare alla procedura di mobilità interregionale attesa la perduranza del vincolo di permanenza triennale nella Regione di prima destinazione. Per quanto riguarda poi il periculum in mora, la prossima scadenza del periodo di congedo concesso al ricorrente e la distanza del luogo di lavoro rispetto al domicilio della persona da assistere induce a ritenere l’esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto del ricorrente da svolgersi mediante l’assistenza alla zia in situazione di disabilità”* (Trib. di Sondrio, decreto del 17.09.2021 – doc n. 12)

oooOOOooo

Tanto premesso, la Prof.ssa MONTANARELLA Rina come sopra assistita e rappresentata, difesa e domiciliata,

CHIEDE

all'Ill.mo Tribunale di TIVOLI adito in funzione di Giudice Unico del Lavoro perché, previa fissazione dell'udienza cautelare e di merito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, ai sensi degli artt. 414 e 700 c.p.c. Voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

IN VIA CAUTELARE ED URGENTE, ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE

Ravvisati i presupposti del *fumus* e del *periculum in mora* ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della P.A. ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.:

ACCERTARE e DICHIARARE, per i motivi e le causali di cui alla narrativa del presente atto, l’illegittimità della condotta delle Amministrazioni resistenti consente nel diniego al trasferimento in una sede di servizio nella Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella

domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

Per effetto, **DICHIARARE il DIRITTO** dell'istante ad essere assegnato in una sede di lavoro della Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

Per l'ulteriore effetto, **CONDANNARE** le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di propria competenza, ad **ADOTTARE** ogni provvedimento di legge atto ad **ASSEGNARE** il ricorrente in organico di una delle sedi di lavoro della Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

ADOTTARE, comunque, i provvedimenti opportuni e più idonei a consentire la tutela della posizione soggettiva del ricorrente.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, da distrarsi in favore del difensore che dichiara di aver anticipato le prime e non riscosso le seconde.

NEL MERITO

Previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, connessi e/o conseguenti

ACCERTARE e DICHIARARE che la Prof.ssa MONTANARELLA Rina è referente unico che assiste la madre non ricoverata in istituti di cura e portatore di handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge 104/92, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della Famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.,

ACCERTARE e DICHIARARE, per i motivi e le causali di cui alla narrativa del presente atto, l'illegittimità della condotta delle Amministrazioni resistenti consente nel diniego al trasferimento in una sede di servizio nella Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella

domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

Per effetto, **DICHIARARE il DIRITTO** dell'istante ad essere assegnato in una sede di lavoro della Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

Per l'ulteriore effetto, **CONDANNARE** le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di propria competenza, ad **ADOTTARE** ogni provvedimento di legge atto ad **ASSEGNARE** il ricorrente in organico di una delle sedi di lavoro della Regione BASILICATA, tra quelle indicate nella domanda di mobilità interregionale e comunque compatibile con le esigenze assistenziali suindicate, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita nella provincia di POTENZA, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell'a.s. 2022/2023, oppure per il prossimo anno scolastico 2023/2024, a decorrere dal 01.09.2023.

IN SUBORDINE

ORDINARE, all'Amministrazione scolastica convenuta, ove non sia possibile l'**IMMEDIATA ASSEGNAZIONE** del ricorrente, presso un Istituto libero o dato in reggenza a MELFI e/o nella stessa Provincia di POTENZA o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione BASILICATA, **ACCANTONARE**, per l'anno scolastico 2023/2024, con inizio dal 1.9.2023, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal 1.9.2023, come da elenco (Cfr. doc. 15 – Elenco Reggenze).

ADOTTARE, comunque, i provvedimenti opportuni e più idonei a consentire la tutela della posizione soggettiva del ricorrente.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, da distrarsi in favore del difensore che dichiara di aver anticipato le prime e non riscosso le seconde.

IN VIA ISTRUTTORIA SI CHIEDE

Che il Tribunale disponga l'esibizione in giudizio ad opera del Ministero dell'Istruzione di:

tutte le determinazioni assunte dall'Ufficio Scolastico Regionale per la BASILICATA su cui è stato fondato il diniego al trasferimento del ricorrente.

L'elenco di tutte le sedi disponibili, vacanti e non vacanti, nella Regione BASILICATA, prima e dopo la Mobilità finalizzata alla copertura dei posti per l'a.s. 2022/2023, ivi comprese quelle sedi coperte mediante "reggenze", nonché quelle per cui è prevista la copertura mediante nuovo reclutamento a far data dal prossimo anno scolastico 2023/2024 e quelle coperte con nuove immissioni in ruolo per l'a.s. scolastico in corso, nonché tutte quelle accantonate a vario e diverso titolo.

Tutta la documentazione del personale che ha ottenuto trasferimento interregionale in BASILICATA valutata ai sensi dell'art. 9 del CCNI Area V del 2010.

L'acquisizione del fascicolo personale del ricorrente.

Disporre per la chiamata in causa degli eventuali controinteressati mediante notifica per pubblici proclami e nelle forme di cui all'art. 151 c.p.c..

La documentazione comprovante i pensionamenti dei dirigenti scolastici in servizio presso le sedi scolastiche della Provincia di POTENZA e nella Regione BASILICATA, avvenuti nell'a.s. 2021/2022 e quelli che faranno domanda nell'anno 2023 per essere collocati in pensione dal 1.9.2023.

Con riserva di modificare ed integrare i mezzi di prova in virtù della condotta processuale di controparte.

Ai fini del contributo unificato, si dichiara che il valore della presente causa è indeterminato e che pertanto il contributo unificato, trattandosi di controversie individuali di lavoro o concernenti rapporti di pubblico impiego, è pari ad € 259,00 per la fase cautelare.

SI PRODUCE LA SEGUENTE DOCUMENTAZIONE

1. Decreto MIUR n. 138/2017;
2. domanda mobilità
3. CCNL Personale Dirigente Area V quadriennio 2006/2009;
4. CCNL Area Istruzione e Ricerca 8 luglio 2019;
5. Decreto del 14.08.2020 n. AOODPIT 998;
6. Graduatoria generale definitiva di merito rettificata del concorso per dirigenti scolastici;
7. Tribunale di FERMO sent. n.23/2022;
8. Domanda di mobilità Interregionale.
9. Nulla Osta emesso dall'Ufficio Scolastico Regionale per il LAZIO
10. Trib. MILANO sent. 2275/2020;
11. Corte d'Appello di MILANO sent. n. 916/2021;

12. Trib. di Sondrio Decreto del 17.09.2021.
13. documento identità e residenza [REDACTED]
14. decreto di riconoscimento dei benefici ex L104/92 in favore della Prof.ssa Rina MONTANARELLA.
15. Elenco reggenze Regione BASILICATA
16. documento identità e residenza MONTANARELLA Rina.
17. Tribunale di Castrovillari decreto del 28.09.2021
18. verbale riconoscimento 104/92 Sig.ra [REDACTED]
19. Trib. URBINO sent. n.59 del 24.08.2022;
20. Cass. 22.02.2010 n.417
21. Trib. TORINO decreto del 18.08.2020
22. Trib. LECCO 4.02.2020
23. Trib. PALERMO 4.06.2020
24. Trib. VELLETRI 21.01.2020
25. Trib. NAPOLI Nord del 25.09.2019
26. Trib. SIENA del 4.09.2019
27. Trib. di ROMA del 3.08.2022
28. Trib. REGGIO CALABRIA 4.11.2019
29. decreto assegnazione BASILICATA
30. Certificato medico aggravamento Sig.ra [REDACTED]
31. verbale invalidità civile [REDACTED]
32. Verbale l.104/92 [REDACTED]
33. Risonanza magnetica [REDACTED]
34. Trib. di MILANO sent. del 14.03.2023
Trani, 05.04.2023

Avv. Benedetto RONCHI

ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DELLA NOTIFICAZIONE
NEI CONFRONTI DEI CONTRO INTERESSATI E LITISCONSORTI (ART. 151 C.P.C.)

Il sottoscritto avv. Benedetto RONCHI del Foro di Trani, in qualità di Procuratore del Prof.ssa Rina MONTANARELLA, considerato l'elevato numero di possibili controinteressati, coincidente con tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 bandito con D.D.G. MIUR n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017), che sono stati assegnati con domanda di mobilità presso sedi scolastiche della provincia di POTENZA e della Regione BASILICATA a decorrere dall'anno scolastico 2022/2023, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio;

considerata altresì la difficoltà di provvedere alla notifica individuale del presente ricorso a ciascuno dei tanti (si pensi, a titolo esemplificativo, alla difficoltà di reperire gli indirizzi di residenza o di domicilio di tutti i controinteressati, non diffusi negli atti amministrativi impugnati in quanto coperti da riservatezza),

FORMULA ESPRESSA ISTANZA

affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U. e pertanto conclude affinché l'Ill.mo Tribunale adito

VOGLIA

autorizzare la notificazione del presente ricorso nei confronti di tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 assegnati a sedi scolastiche della provincia di POTENZA e Regione BASILICATA a decorrere dall'anno scolastico 2022/2023, attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del Ministero dell'Istruzione del suddetto atto ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

- a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
- b) nome della ricorrente ed indicazione delle Amministrazioni convenute;
- c) sunto dei motivi del ricorso;
- d) indicazione dei controinteressati individuati come "tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 assegnati con domanda di trasferimento presso sedi scolastiche della provincia di POTENZA e della Regione BASILICATA a decorrere dall'anno scolastico 2022/2023 (con eventuale omissione dei nomi dei controinteressati a tutela della riservatezza).
- e) testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Trani, 05.04.2023

Avv. Benedetto RONCHI