

N. R.G. 3494/2018



TRIBUNALE ORDINARIO di LATINA
SEZIONE LAVORO

Il Giudice del Lavoro dott.ssa Simona Marotta

A scioglimento della riserva assunto all'udienza del 21.02.2019

nel procedimento cautelare in corso di causa iscritto al n. r.g. 3494-1/2018 promosso

da

rappresentata e difesa dall'Avv. AMERICO
FRANCESCO, giusta procura in atti

ricorrente

CONTRO

MIUR - MINISTERO DELL'ISTRUZIONE UNIVERSITÀ E RICERCA -
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA, in persona del
legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso dal Direttore Generale dott.ssa
Luisa Franzese

resistente

letto il ricorso, esaminata la documentazione in atti, uditi i procuratori delle parti
ricorrente;
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. in corso di causa, depositato il 15.11.2018, la parte
ricorrente – nominata Dirigente Scolastico con decorrenza 1.09.2015 attualmente in



servizio presso

- chiede

accertarsi il proprio diritto ad essere trasferita nei ruoli della Dirigenza Scolastica della Regione Campania per l'anno in corso presso la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e, per l'effetto, ordinare all'amministrazione Scolastica di provvedere all'immissione nei termini richiesti.

Ha dedotto

-di aver presentato in data 13.06.2018 domanda per la mobilità interregionale ex art. 9 CCNL Area V per essere trasferita dalla Regione Lazio alla Regione Campania al fine di assistere il padre, portatore di handicap come riconosciuto già in data 1.06.2015 e di cui ella è referente unico sin dal novembre 2014;

-che l'Ufficio Scolastico Regionale del Lazio , con provvedimento del 3.07.2018, aveva concesso il proprio assenso alla richiesta di trasferimento , mentre l'ufficio Scolastico Regionale della Campania non aveva risposto, negando di fatto il nulla osta nonostante la presenza, all'1.09.2018, di n. 81 sedi vacanti e disponibili per il ruolo di Dirigente Scolastico nella Regione Campania;

- che in data 30.5.2018 le condizioni di salute del sig. subivano un grave peggioramento (essendo affetto da neoplasia prostatica grave) e che pertanto egli necessitava di assistenza continua espletabile solo dalla ricorrente.

Ha lamentato

-la violazione dell'art. 33, commi 3 e 5 , L. n. 104/1992 e dell'art. 9 CCNL Personale dirigente Area V 2010 punto 3.

Il MIUR, nel costituirsi in giudizio ha contestato integralmente la domanda attorea chiedendone l'integrale rigetto .

Istruita documentalmente, la causa è stata riservata per la decisione in ordine all'istanza cautelare proposta.

Il ricorso cautelare è fondato sussistendo i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* .

In via preliminare ritiene il Giudicante di aderire all'orientamento già espresso dalla giurisprudenza di primo grado in controversie analoghe (cfr. Tribunale sez. lavoro Milano ord caut. n. 1188/2018 e n. 7094/2018, Tribunale sez. lav. Pavia ord. caut. n. 1064/2016) le cui cadenze motivazionali sono qui richiamate ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.



Ciò premesso, si osserva che la soluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, commi 3 e 5, come modificato dalla L. n. 53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) *"ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"*.

L'art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce che *"gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992 n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico"* (co. 1) e che *"le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità"* (co. 2).

L'interpretazione si giova dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, e tuttavia l'istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della *"persona handicappata"*, nè la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso *"ove possibile"* (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997). Nel più recente intervento sulla norma, è stato specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002).

Le posizioni espresse dal Giudice delle leggi hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso *"ove possibile"* richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività



(Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945 ancora più recentemente Cass. n. 18223/2011).

D'altro canto l'art. 9 CCNL Personale Dirigente Area V 2010 relativo al "Mutamento dell'incarico" prevede che:

"1. Il mutamento degli incarichi dei dirigenti ha effetto dall'inizio di ogni anno scolastico o accademico.

2. Il mutamento dell'incarico, a richiesta del dirigente, in ogni caso segue i sottoindicati criteri:

a) esperienze professionali e competenze maturate, desumibili anche dall'applicazione delle procedure di cui all'art. 20 del CCNL dell'11-4-2006; il dirigente che ha ottenuto il mutamento dell'incarico in applicazione del presente criterio non ha titolo a formulare ulteriori richieste per tutta la durata dell'incarico stesso;

b) va riconosciuta un'ulteriore priorità, a parità di condizioni, a chi abbia maturato nell'attuale sede di servizio un maggior numero di anni e/o si impegni a permanere per almeno due incarichi consecutivi nella sede richiesta, con espressa rinuncia ad avvalersi della facoltà di chiedere mutamento dell'incarico.

3. In deroga ai criteri di cui comma 2, il mutamento di incarico su posti liberi è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari:

a) insorgenza di malattie che necessitano di cure in strutture sanitarie esistenti solo nelle sedi richieste;

b) trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale;

c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali.

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



Ora, venendo alla fattispecie in esame, deve preliminarmente disattendersi l'orientamento giurisprudenziale, ormai minoritario, secondo cui il beneficio di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/92, anche dopo le modifiche introdotte dagli artt. 19 e 20 della l. n. 53 del 2000, in favore del familiare che assista con continuità un parente handicappato, è concedibile unicamente in fase di prima scelta della sede lavorativa (all'atto cioè dell'assunzione e non anche, come nella specie, in sede di trasferimento), aderendo questo giudice al più recente indirizzo che estende il beneficio in parola alle ipotesi di richiesta di trasferimento per sopravvenuta situazione di handicap (Cass., 18.12.2013, n. 28320), oppure quando essa già preesista ma l'interessato, per ragioni apprezzabili, intenda mutare la propria residenza (Cass. n. 16298/2015)

Ciò posto, nella specie risulta documentalmente provato che la ricorrente abbia tempestivamente presentato domanda (in data 13.06.2018) per la mobilità interregionale ex art. 9 CCNL Area V per essere trasferita dalla Regione Lazio alla Regione Campania (doc. n. 2); che il sig. _____ - genitore della ricorrente - sia stato riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità in data 1.07.2014 in quanto affetto da adenocarcinoma della prostata in trattamento chemioterapico (doc. n. 4); che in data 30.5.2018 allo stesso è stata riscontrata una progressione della malattia neoplastica non suscettibile di guarigione e con prognosi *quoad vitam* a medio termine infausta (doc. n. 6); che la ricorrente risulta essere il referente unico per l'assistenza al padre (doc. n. 7).

Il MIUR non ha specificamente contestato che gli altri appartenenti al nucleo familiare non siano in grado di prestare assistenza al sig. _____ (cfr. dichiarazioni all.te ai doc. n. 8 e n. 9)

La ricorrente ha altresì documentato la sussistenza nella Regione Campania alla data dell'1.09.2018 di n. 81 sedi vacanti e disponibili per il ruolo di Dirigente Scolastico (doc. n. 10) nonché la circostanza che l'USR Lazio abbia espresso parere favorevole al trasferimento (doc. n. 3).

Ciò posto, le contestazioni avanzate dell'Amministrazione Scolastica non appaiono condivisibili

In primo luogo, la disciplina di cui all'art. 33 L. n. 104/92 risultando posta a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ed inerenti al diritto fondamentale delle persone disabili di ricevere adeguata assistenza dai propri familiari, deve ritenersi *lex specialis*, quindi prevalente, sia rispetto alle norme di rango sublegislativo che prevedono vincoli di permanenza del DS presso l'istituzione scolastica (DM 635/2015), sia rispetto alla



norma di cui all'art. 35 , comma 5, d.lgs. n. 165/2001, che prevede un vincolo di inamovibilità pluriennale del dipendente.

Deve infatti osservarsi che se non dovesse riconoscersi la suddetta prevalenza e quindi – al contrario- ritenersi l'automatica prevalenza della norma che prevede il divieto di trasferimento prima della scadenza dell'incarico triennale, si giungerebbe a privare – di fatto e nel concreto – il disabile della tutela effettiva il cui interesse è invece preminente oltre che esclusivo rispetto a quello dell'amministrazione e del richiedente.

In secondo luogo, avendo parte ricorrente assolto il proprio onere probatorio in ordine all'esistenza di posti dirigenziali vacanti e disponibili destinati alla mobilità interregionali presso la Regione Campania sin dal 01.09.2018 – sia pure tenuto conto del meccanismo di riserva dell'8% delle complessive sedi vacanti –, il MIUR avrebbe dovuto dimostrare - cosa che non ha fatto - che il trasferimento della sig.ra ' non sarebbe stato attuabile per preminenti esigenze della PA.

Il Ministero ha invece allegato la indisponibilità delle sedi in quanto accantonate e/o assegnate a dirigenti aventi diritto o titolari di benefici ex L. 104/92 con maggiore anzianità senza tuttavia in alcun modo confortare tali allegazioni.

Il Ministero ha infatti semplicemente dedotto, ma non provato, che i posti disponibili per la mobilità interregionale in Campania fossero solo quattro. Non risulta però in alcun modo dimostrato che i detti posti siano risultati **effettivamente** conferiti e che gli eventuali assegnatari godessero di criteri di precedenza idonei a sopravanzare la ricorrente portatrice di interesse tutelato sia dall'art. 9 CCNL di settore, sia da norme di rango primario e di rango costituzionale (la documentazione depositata non dà conto della effettiva assegnazione afferendo alla sola presentazione di analoghe domande di trasferimento interregionale presentate da altri 4 DS -tutti riconosciuti portatori di handicap non grave ex art. 3, co 1, l. 104/92)

In ogni caso deve infatti osservarsi che è la stessa contrattazione collettiva ad aver previsto la riserva di una quota di posti fino al 30% per la mobilità interregionale.

In definitiva all'epoca della presentazione della domanda di mobilità, il trasferimento della ricorrente era possibile sia in relazione all'USR di provenienza (che aveva rilasciato il nulla osta) sia in relazione all'USR di destinazione per le ragioni anzidette.

Deve pertanto riconoscersi la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Quanto al *periculum in mora* esso è senz'altro ravvisabile attesa la documentata assenza di altri familiari dediti all'assistenza del padre della ricorrente, affetto da patologia oncologica grave e con prognosi infausta



Conclusivamente, in accoglimento del ricorso cautelare, deve riconoscersi in via provvisoria il diritto di _____ a all'immissione nel ruolo della Dirigenza Scolastica nella Regione Campania e per l'effetto ordina al MIUR la relativa immissione;

P.Q.M.

visti gli artt. 669, *bis*, *ter*, *sexies*, *octies* e 700 c.p.c.;

- 1) accoglie la domanda proposta e, per l'effetto, ordina al MIUR di provvedere all'immissione di _____ nel ruolo della Dirigenza Scolastica nella Regione Campania;
- 2) spese al merito.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti .

Latina, 4 marzo 2019

Il Giudice

dott.ssa Simona Marotta

