



TRIBUNALE DI PESARO

Il Collegio così composto:

dott. Davide Storti	Presidente
dott.ssa Maria Rosaria Pietropaolo	Giudice rel.
dott.ssa Flavia Mazzini	Giudice

sul reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. (procedimento n. 571/2020 R.G.) avverso l'ordinanza emessa in data 19.8.2020 (R.G. 489/2020), promosso da:

D'AMBROSIO Fiorella, (C.F.: DMBFLL75T62A717R) nata a Battipaglia (SA) il 22.12.1975 e residente a Roma in Via Luigi De Marchi n. 8 (00134), rappresentata e difesa dall'Avv. Domenico Naso (C.F. NSA DNC 65M03 H501Z) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio legale in Roma, Salita di San Nicola da Tolentino, n. 1/b (00187), come da mandato in calce al ricorso ex art. 669 *terdecies* c.p.c.;

PARTE RECLAMANTE

contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, cod. fisc. 80185250588; **Ufficio Scolastico Regionale per le Marche**, cod. fisc. 80007610423, rappresentato e difeso ex art. 417 bis c.p.c. (congiuntamente e disgiuntamente) dai funzionari Andrea Ferri (dirigente Ufficio II), Marcella Tinazzi (dirigente Ufficio VI), Cinzia Benoffi e Valentina Martinelli (in servizio presso l'USR Marche - Ufficio VI quali funzionari – Area III);

PARTE RECLAMATA

letti gli atti e i documenti di causa,
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 22.9.2020,
ha emesso, all'esito della camera di consiglio, la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 13.7.2020, D'Ambrosio Fiorella - premesso di essere stata assunta in data 1.9.2019 nei ruoli di Dirigente Scolastico presso l'Istituto Comprensivo "Dante Alighieri" di Pesaro, dopo aver partecipato e superato positivamente la procedura concorsuale indetta con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, collocandosi alla posizione n. 1143 della graduatoria di merito rettificata e pubblicata il 7.8.2019 - esprimeva che in data 18.6.2020 aveva inoltrato all'USR delle Marche domanda di mobilità interregionale per la regione Lazio, allegando



la certificazione medica del padre convivente, attestante una condizione di handicap grave alla data del 5.3.2020 e facendo valere il diritto previsto dall'art. 33, L. 104/1992, in quanto unico familiare in grado di prestare assistenza al genitore affetto da invalidità.

Poiché la domanda era stata respinta dall'Amministrazione, sul rilievo che a norma dell'art. 9, comma 4, del CCNL di categoria, il dirigente aveva l'obbligo di permanere in regione per un periodo di tre anni, come previsto dall'art. 15, comma 5 del bando, la ricorrente eccepiva l'illegittimità del diniego, evidenziando come il citato art. 15 del bando confliggesse con la norma di rango primario contenuta nell'art 33 cit., per la cui applicazione ricorrevano, nel caso in esame, tutti i presupposti (disponibilità di posti nella regione Lazio, assenza di altri parenti in grado di prendersi cura del padre, affetto da grave patologia), tanto più che l'art. 9 del CCNL consentiva, comunque, il trasferimento nei casi di particolare rilevanza previsti dalle leggi speciali. In relazione al *periculum in mora* evidenziava come le condizioni di salute del proprio genitore richiedessero la sua presenza continuativa.

Ritualmente costituitasi in giudizio, l'amministrazione resistente contestava la domanda, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza in data 19.8.2020, il giudice monocratico rigettava la domanda cautelare per insussistenza del *fumus boni iuris*, dichiarando interamente compensate tra le parti le spese di lite.

Avverso detta ordinanza, con ricorso depositato in data 26.8.2020, ha proposto reclamo la ricorrente, lamentando l'erronea interpretazione, da parte del giudice di prime cure, della normativa di riferimento.

Costitutosi in giudizio, il Ministero ha contestato l'avverso reclamo, ribadendo le eccezioni già sollevate nella pregressa fase e chiedendo la conferma integrale dell'ordinanza.

Il reclamo è fondato.

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.

Quanto alla richiesta di integrazione del contraddittorio, il Collegio ne rileva l'infondatezza, posto che la necessità di integrare il contraddittorio può sorgere solo nel momento in cui siano specificamente individuati i soggetti che sarebbero concretamente lesi dall'adozione del provvedimento richiesto, soggetti che, in effetti, l'Amministrazione non individua.



Ciò premesso e passando al merito, va, innanzitutto, rilevato che la ricorrente ha documentato (v. documenti allegati al ricorso e quelli depositati all'udienza del 22.9.2020) di trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/1992 (il quale prevede che: *“Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*), essendo l'unica familiare in grado di prestare assistenza al padre, affetto da patologie integranti handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 104/1992.

L'art. 601 del decreto legislativo n. 297/1994 (intitolato *“Tutela dei soggetti portatori di handicap”*) stabilisce che: *“1. Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate si applicano al personale di cui al presente testo unico. 2. Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”*.

La ricorrente, sulla scorta di tali riferimenti normativi ed allegando che nella regione Lazio vi era ampia disponibilità di posti, come risultava dall'avviso del Ministero prot. n. 320 del 6.7.2020 e dalla nota delle operazioni di attribuzioni di incarichi dirigenziali e relativo allegato (doc. n. 8 e n. 9 allegati al ricorso), ha presentato domanda di mobilità verso la regione Lazio, al fine di poter prestare assistenza al proprio genitore.

L'Amministrazione resistente ha rigettato la domanda sul presupposto che l'art. 33, comma 5 legge citata non riconosce un diritto incondizionato alla mobilità, come reso evidente dall'inciso *“ove possibile”*, e sull'assunto che il divieto di mobilità interregionale era stato inserito all'interno della *lex specialis* contenuta dall'art. 15, comma 5 del decreto dirigenziale pubblicato nella G.U. del 24.11.2017, che ha disciplinato il bando di concorso, prevedendo un vincolo di permanenza triennale per i dirigenti assunti a seguito della procedura concorsuale, vincolo volto ad assicurare la continuità della funzione dirigenziale della singola istituzione scolastica e il conseguimento degli obiettivi prefissati.

La decisione reclamata ha fatto propria la posizione dell'Amministrazione, secondo la quale, facendosi applicazione dell'art. 33 della L. 104/92 al di fuori dell'ambito regionale, verrebbe a configurarsi, per la medesima procedura, una duplicità di graduatorie: una comune a tutti i soggetti privi dei titoli azionabili ai sensi della L. 104/92 ed una seconda riservata ai soggetti individuati da quest'ultima normativa, traducendosi in una riserva di posti indeterminata e non prevista dalla normativa vigente.

Nella decisione oggetto di reclamo si afferma anche che la pretesa della ricorrente di esercitare il diritto di precedenza si pone in diretto contrasto con l'art. 15 del bando di concorso (secondo cui *“i vincitori sono assegnati ai ruoli regionali sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze*



espresse dai vincitori stessi all'atto dello scorrimento della graduatoria, nel limite dei posti vacanti e disponibili ciascun anno e in ciascun USR”), previsione che attua l’art. 29 del D. Lgs. 165/2001, oltre che con l’art. 9, comma 4, del CCNL, il quale, bilanciando l’interesse pubblico con l’opposto interesse del dipendente, consente lo spostamento in casi di particolare gravità, ma solo all’interno dell’ambito regionale, conformemente alla natura condizionata del diritto al trasferimento (“...*come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile"...*”).

Orbene, ritiene il Collegio che il ragionamento seguito dall’Amministrazione e dal giudice di prime cure (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. Né essa appare in contrasto con l’art. 25 del D. Lgs. n. 165/2001, il quale si limita a prevedere che i dirigenti siano inquadrati in “ruoli di dimensione regionale”, con evidente riferimento al ruolo di prima e seconda fascia previsto dall’art. 23 del medesimo Decreto per i dirigenti di amministrazioni diverse da quella scolastica e all’art. 21 dello stesso testo, con riguardo alla valutazione dei risultati, ma senza alcun valore dispositivo in ordine alla collocazione del dirigente in quanto lavoratore dipendente.

Ancora, il Collegio ritiene improprio il richiamo alle disposizioni del bando di concorso, e dunque del regolamento n. 138/17 dal quale il bando deriva, come *lex specialis* rispetto alla legge n. 104/92 e per questo prevalente sulla stessa, non potendosi in alcun modo affermare che il regolamento si riferisca alla medesima fattispecie contenuta nella legge, senza peraltro considerare che il suggerito criterio di specialità è recessivo rispetto al criterio gerarchico, sicché la norma speciale non può derogare la norma generale posta da una fonte del diritto di rango superiore.

Quanto poi alla fonte costituita dalla legge n. 104/1992, va rammentato che la stessa è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità (in particolare da Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 24015 del 12.10.2017) evidenziando la riconducibilità delle misure previste dall’art. 33 comma 5 ad un complesso normativo di rango costituzionale ed euro unitario, in particolare facente capo al principio sancito dall’art. 3, comma 2, della Costituzione, e al capo 3 della Carta di Nizza, nonché alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità datata 13.12.2006, ratificata dall’Italia con L. 18 del 2009 e dall’Unione Europea nel 2010.

La Suprema Corte ha, nella medesima decisione, precisato che nel bilanciamento tra gli interessi del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno necessariamente essere valorizzate le esigenze di cura del familiare disabile, evitando pregiudizi



sulle condizioni di vita dello stesso derivanti dal trasferimento del congiunto, ogni volta che le esigenze organizzative del datore di lavoro possano essere diversamente soddisfatte.

Va, peraltro, rammentato che la ricordata decisione della Suprema Corte del 2017 va letta anche alla luce della precedente ed autorevole decisione delle Sezioni Unite del medesimo Giudice, le quali con la nota sentenza n. 7945 del 27.3.2008 hanno stabilito che il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio disciplinato dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto.

La Corte di Cassazione, con la recente sent. n. 6550/2019, ha ribadito l'esigenza di addossare al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare il dipendente alle sedi presso cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni.

Orbene, sotto tale profilo, l'Amministrazione non ha dedotto alcuna specifica esigenza discendente da un interesse pubblico, che venga in qualche modo pregiudicata dall'assegnazione della ricorrente nella regione di preferenza, bensì unicamente l'applicazione del bando di concorso, che prevede il vincolo di permanenza triennale, nonché la natura nazionale della procedura concorsuale.

Va, tuttavia, ribadito che la disposizione del bando è di natura secondaria e non può violare, oltre che le norme sovranazionali (v. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e di rango costituzionale, neppure la norma di rango primario e speciale della l. n. 104/1992 cit. che impone, certamente "ove possibile", il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio del lavoratore che assiste un disabile.

E' evidente che il riconoscimento del diritto di precedenza solo nella fase di immissione in ruolo, ossia nell'ambito della regione assegnata in virtù del solo criterio della graduatoria di merito, frustra del tutto le esigenze primarie e di rango costituzionale poste a base dei diritti riconosciuti dalla legge 104/1992, comportando conseguenze illogiche ed irrazionali, contrarie allo spirito della legge. Non pare, quindi, condivisibile l'assunto, recepito dal giudice di prime cure, secondo cui la norma collettiva, che regola la mobilità dei dirigenti (art. 9, comma 4, CCNL) e che consente lo spostamento in casi di particolare gravità (*"tra i quali rientrano sicuramente le fattispecie regolate dall'art. 33, L. 104/1992"*, come affermato anche nell'ordinanza impugnata), trova applicazione



solo “all’interno dell’ambito regionale”, ambito che, non solo, può essere differente da quello dove risiede il disabile assistito, ma può anche trovarsi a centinaia di chilometri di distanza dalla residenza dello stesso, con conseguente totale frustrazione delle esigenze di tutela che la ricordata normativa si prefigge.

Sulla scorta di tali considerazioni, deve ritenersi sussistente il *fumus boni iuris* della domanda azionata.

Quanto al *periculum in mora*, va osservato che il tempo occorrente per la celebrazione di un giudizio ordinario vanificherebbe del tutto le esigenze di protezione del soggetto affetto da handicap grave e bisognoso dell’assistenza, che solo la reclamante può prestargli, arrecandogli un danno alla salute irreparabile o, comunque, non agevolmente risarcibile per equivalente.

Il reclamo va, pertanto, accolto.

In considerazione della novità della questione trattata e della presenza di orientamenti non univoci, ricorrono gravi motivi per la integrale compensazione delle spese di lite.

P. Q. M.

accoglie il reclamo e, per l’effetto, in riforma dell’ordinanza impugnata, accertato il diritto della ricorrente alla precedenza ex art. 33 L. 104/1992, previa disapplicazione del decreto n. 665 del 7.7.2020, ordina all’Amministrazione resistente di provvedere all’assegnazione della ricorrente ai ruoli della regione Lazio, in una sede disponibile tra quelle indicate nella domanda di mobilità o, comunque, in altra sede disponibile, sempre in considerazione del criterio di viciniorietà, ordinando all’Amministrazione di porre in essere tutti i provvedimenti consequenziali;

dichiara interamente compensate le spese di lite.

Si comunichi.

Pesaro, 22.9.2020

Il Presidente
dott. Davide Storti

