



TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice del Lavoro dott.ssa Graziella Bellino sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 22.10.2021 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. 3684 - 1/2021 R.G. e vertente

TRA

ricorrente, rappresentata e difesa dall' avv. Vincenzo La Cava

CONTRO

Ministero dell'Istruzione, cod. fisc. 80185250588, in persona del Ministro in carica, **e per l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia**, C.F.: 80018500829 in persona del Direttore pro tempore resistente, rappresentati e difesi dalla Dott.ssa Stefania Selvaggi

E nei confronti

Dei Dirigenti Scolastici collocati ed immessi in ruolo nella Regione Sicilia l'A.S. 2021-22 e comunque nella Provincia di Messina , collocati ed immessi in ruolo nell'a.s. 2021/2022;

OSSERVA

Con ricorso ex art 414 c.p.c. depositato in data 1.9.2021, parte ricorrente avanzava contestuale istanza cautelare esponendo di aver partecipato, risultandone vincitrice, al concorso per dirigenti scolastici, indetto con DDG n. 1259 del 23 novembre 2017-G.U. 24.11.2017 n. 90, collocandosi al posto 2786 della relativa graduatoria generale approvata con decreto n. AOODPIT1205 del 01.08.2019, poi rettificata con D.D. 1229 del 07.08.2019. Esponeva di avere espresso, per l'assegnazione ai ruoli regionali, come prima preferenza, la regione Sicilia nel cui circondario territoriale risiede la di lei madre disabile . Esponeva che in data 10.08.2021 formulava espressa istanza volta al riconoscimento della precedenza per assistere la madre disabile ex

articolo 3 c. 3 L. 104/1992 sia in occasione della procedura di assegnazione ai ruoli regionali sia in occasione della procedura di assegnazione della sede di servizio. Esponeva che il Miur, con nota del 16.08.2021, negava il chiesto diritto di precedenza assegnando alla ricorrente quale sede di servizio la regione Lombardia. Precisava di essere stata immessa in ruolo quale dirigente scolastico, a decorrere dall'anno scolastico 2021-2022, perché utilmente collocata nei primi 2786 posti della relativa graduatoria generale, ed assegnata presso la sede dell'I.C. Leonardo da Vinci di Castenedolo, giusto provvedimento del 16.08.2021 mentre altri 19 candidati vincitori di concorso erano stati assegnati nella prima sede richiesta (Sicilia) dalla ricorrente sebbene privi di precedenza. Lamentava la violazione dell'art. 33 della L. 104/1992 e deduceva l'illegittimità dell'articolo 15 del bando di concorso. Chiedeva che venisse dichiarata la nullità dell'articolo 15 del bando del concorso e la riformulazione della graduatoria di assegnazione delle sedi della regione Sicilia, con particolare riferimento alla provincia di Messina, e che venisse dichiarato il diritto della ricorrente a fruire della precedenza ex articolo 33 L. 104/92 nella fase dell'assegnazione ai ruoli regionali. Chiedeva che venisse dichiarata la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e, contestualmente, ex articolo 700 c.p.c. venissero emessi tutti i provvedimenti consequenziali ed urgenti ritenuti idonei a tutelare il diritto della ricorrente. Chiedeva che venisse ordinato all'amministrazione resistente di assegnare la ricorrente, nel rispetto del diritto di precedenza, presso una delle sedi disponibili del ruolo regionale della Sicilia provincia di Messina, anche in sovrannumero, al fine di garantire il diritto di assistenza della di lei madre.

Si costituivano in giudizio il Ministero dell'Istruzione e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia rilevando che l'articolo 33 c. 5 della L. 104/92 presuppone la sussistenza di un requisito soggettivo, costituito dalla circostanza che il dipendente presti assistenza a familiare con handicap in situazione di gravità, ed uno oggettivo, correlato alla sussistenza di posti disponibili e all'inesistenza di esigenze ostative organizzative dell'amministrazione. Rilevava quindi l'inesistenza di sedi vacanti e disponibili ultronee nella Regione Sicilia e la legittimità dell'articolo 15 DDG. Miur n. 1259 del 23.11.2017 e della procedura di assegnazione alle Regioni nonché del riconoscimento dell'esercizio del diritto di scelta all'atto dell'immissione in ruolo.

Va preliminarmente dichiarata la contumacia dei controinteressati che sebbene regolarmente citati non si sono costituiti in giudizio.

Nel merito la domanda appare fondata e va pertanto accolta.

Al fine della risoluzione della controversia occorre richiamare la normativa di

riferimento ossia la legge n. 104 del 1992, la quale dopo avere proclamato solennemente che la Repubblica garantisce il pieno rispetto della dignità umana ed i diritti di libertà della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società (art. 1, lett. a) ed aver indicato nella persona handicappata il soggetto avente diritto alle prestazioni previste dalla stessa legge, identifica, all'art. 3, l'handicappato in *“colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”*, specificando inoltre che *“qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quello di relazione la situazione assume connotazione di gravità”*.

Nell'ambito degli scopi prefissati dalle legge n. 104/1992 sono previste particolari agevolazione, che rappresentano forme di intervento assistenziali riconosciute ai portatori di Handicap, direttamente o indirettamente.

In particolare l'art. 33, c. 5, l 104/1992 prevede che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con *handicap* in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado *“ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*.

Orbene secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità *“Alla stregua dell'art. 33, comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104, il diritto del genitore o del familiare-lavoratore, che assiste con continuità un handicappato, di scegliere la sede lavorativa più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non si configura come un diritto assoluto od illimitato, perché tale diritto non può essere fatto valere allorché - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra diritti, tutti, di rilevanza costituzionale - il suo esercizio finisca per ledere, in maniera consistente, le esigenze economiche, organizzative o produttive del datore di lavoro e per porsi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - in contrasto con l'interesse della collettività, l'onere della cui prova incombe sulla parte datoriale privata o su quella pubblica”*(Cass. 2008 n. 7945).

Si richiama quindi la sentenza della Corte di Appello di Ancona n. 47 del 2021 secondo cui non può sostenersi che l'art. 33 l. 104/1992 non possa trovare applicazione in presenza di altre disposizioni di norma primaria che disciplinano l'accesso tramite concorso, in particolare considerando l'art. 28 comma 1 DPR 487/1994 per il quale le amministrazioni provvedono ad immettere in servizio sulla base dell'ordine di avviamento e di graduatoria integrata. Ed infatti trattasi di due

disposizioni entrambe di rango primario che devono essere coordinate l'una con l'altra.

Il coordinamento viene effettuato nell'ambito della scuola dall' art. 601 c.1 e 2 del D.Lgs. 297/1994, secondo il quale *“gli artt. 21 e 33 della L. 104/1992 si applicano al personale di cui al presente testo unico... Le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”*.

Si deve quindi concludere che l'art. 33 c. 5 della L. 104/92 è pienamente applicabile nel caso di specie ed integra una disposizione di legge imperativa che non può in alcun modo essere derogata dal bando di concorso, trattandosi di norma che è espressione dello Stato sociale in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie *“resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap”* (Cort. Cost. 213/2016)

A fronte di tale impianto normativo deve ritenersi nulla per contrasto con norma imperativa la clausola del bando di concorso di cui all'art. 15 che prevede che *“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 ciascuna USR.3...Nell'assegnazione della sede di servizio, il complesso USR si atterrà a quanto disposto dagli artt. 21 e 33 c. 5, 6 e 7 della l.104/1992”*.

Inoltre non risulta, altresì, rilevante il carattere nazionale della graduatoria in esame che, contrariamente, avvalorava l'esigenza di esercitare il diritto di cui all'articolo 33 legge 104/92 prima dell'individuazione della Regione di destinazione.

Infatti il diritto di precedenza deve essere riconosciuto in relazione ad entrambe le fasi. La precedenza nella scelta conferita sia in sede di assegnazione del ruolo regionale sia in sede di assegnazione della sede all'interno di tale ambito, non implica una duplicazione di benefici, in quanto il diritto vantato è sempre il medesimo, per tutelare il quale è necessario assicurare la scelta con precedenza in entrambe le fasi distinte con cui l'amministrazione ha assegnato le sedi vacanti e disponibili, ossia assegnazione dell'ambito regionale e assegnazione all'interno di esso della singola sede di destinazione.” (Corte d'Appello Ancora n. 47/2021) .

Nel caso in esame la circostanza che l'amministrazione ha assegnato nella Regione Sicilia un numero di sedi pari a 19 unità, di cui uno presso la provincia di Messina, permette di evidenziare la sussistenza di posti disponibili.

Inoltre non risulta che il posto della provincia di Messina sia stato assegnato a persona munita di precedenza.

Infine la documentazione in atti (verbale Commissione medica INPS relativo a [] certificato storico di famiglia e dichiarazioni sostitutive di [] []) permette di ritenere che la ricorrente si trova nelle condizioni di cui all'art. 33 l. 104/1992.

Deve pertanto ritenersi sussistente nel caso in esame il fumus boni iuris.

Oltre al fumus sussiste nel caso in esame anche il periculum in mora rilevandosi che la notevole distanza che separa l'attuale sede di servizio della ricorrente (Regione Lombardia) dalla Regione Sicilia nel cui circondario territoriale risiede la madre, incida in misura apprezzabile sull'effettività e sulla continuità dell'assistenza prestata al portatore di handicap, impedendo alla ricorrente di prendersi cura della madre.

Alla luce delle superiori considerazioni il ricorso può essere accolto.

La liquidazione delle spese viene rimessa alla fase di merito.

P.Q.M

- Accoglie il ricorso e o dichiara il diritto della ricorrente a fruire della precedenza ex articolo 33, 21 L. 104/92 nella fase dell'assegnazione ai ruoli regionali;
- Ordina all'amministrazione resistente di assegnare la ricorrente, nel rispetto del diritto di precedenza, presso una delle sedi disponibili del ruolo regionale della Sicilia, provincia di Messina;
- Spese al merito.

Messina 22.11.2021

Il Giudice del Lavoro
Dott.ssa Graziella Bellino