

n. 12088/2019 R.G.



**TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI NORD**  
**SEZIONE LAVORO**

ORDINANZA

ex art 700 c.p.c.

**IL GIUDICE DEL LAVORO**

A scioglimento della riserva, nel procedimento tra  contro MIUR e Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia;  
letti gli atti di causa;

**OSSERVA**

La ricorrente, , già dipendente a tempo indeterminato del Miur, con inquadramento nel ruolo di docente, premetteva:

- di prestare servizio presso l'istituto scolastico di "" di  (Caserta);
- di aver presentato domanda di partecipazione al concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici bandito dal Miur e pubblicato sulla G.U. n. 90 del 24.11.2017;
- di essere risultata vincitrice, collocandosi nella posizione  della graduatoria di merito;
- di essere stata assegnata alla Regione Lombardia, senza tener conto dei requisiti di cui alla Legge 104/1992 dalla stessa posseduti;
- che, invero, nella domanda di partecipazione al concorso non vi era la possibilità di inserire la richiesta di cui all'art. 33 L. 104/92 e che solo dopo l'assegnazione del ruolo Regionale da parte del Miur, la procedura consentiva ai candidati di inoltrare la domanda contenente un ordine di preferenza della Regione cui essere assegnati;
- che, quindi, solo in quest'ultima fase (scelta delle sedi scolastiche) la procedura consentiva ai vincitori del concorso di allegare la documentazione attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 33 L. 104/1992;



- che, in data 13.08.2019, come da istruzioni, inviava la domanda contenente l'ordine di preferenza delle Regioni. Non avendo la possibilità di chiedere la Campania in quanto non presente in elenco, la ricorrente richiedeva: 1) Lazio, 2) Basilicata, 3) Molise, 4) Puglia, 5) Umbria, 6) Toscana, 7) Abruzzo, 8) Marche, 9) Lombardia. Inoltre con la medesima domanda, allegava la documentazione attestante il possesso dei requisiti di cui alla l. 104/1992.

Evidenziava, altresì, la ricorrente:

- di essere l'unico membro della famiglia nelle condizioni di prestare assistenza al padre, , riconosciuto portatore di handicap con connotazione di gravità;

- che, in data 22.08.2019, veniva pubblicato l'elenco delle nomine con le rispettive sedi scolastiche e l'istante veniva assegnata presso un istituto scolastico situato nel comune di Milano, ovvero una sede distante circa 800 km dal luogo in cui si trovava il padre bisognoso di assistenza;

- che, alla data di assegnazione delle sedi scolastiche, esistevano diverse sedi vacanti e disponibili nella Regione Campania anche in reggenza; inoltre, nell'ambito della Regione Lazio, inserita come prima scelta tra quelle individuate nell'ordine di preferenza (non essendo menzionata la Campania), risultavano vacanti, al momento della domanda, ben 130 sedi.

Ritenuto di aver diritto di usufruire dei benefici previsti dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, la ricorrente ha chiesto al giudice, con istanza cautelare contenuta nel ricorso di merito, di ordinare con urgenza al Miur di assegnarla presso una sede più vicina al domicilio della persona da assistere, nella Regione Campania o comunque in altra Regione, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda.

Le Amministrazioni resistenti si sono costituite in giudizio chiedendo, con diffuse argomentazioni, il rigetto della domanda cautelare, per mancanza del fumus e del periculum.

Discussa la causa, il giudice si è riservato.

L'istanza cautelare è fondata nei limiti di seguito indicati.

La risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n.104 del 1992, art. 33, comma 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”*. Tale norma trova applicazione, ai sensi dell’art. 601 D.Lgs. 16.4.1994 n.297 - testo unico in materia di istruzione, *“al personale di cui al presente testo unico”* (co. 1), comportandone *“la precedenza all’atto della nomina in ruolo, dell’assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità”* (co. 2).

La sua interpretazione, ovviamente, non può prescindere dai 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, non essendo tuttavia l’istituto di cui al cit. articolo 33, comma 5, l’unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della *“persona handicappata”*, né essendo la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola 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 altresì 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).

Trattasi, quindi, di un principio di carattere generale, quello della tutela delle persone disabili, statuito da una norma di legge (la Legge 104/92).

Ed, invero, i vari contratti collettivi nazionali succedutisi nel tempo, nel disciplinare il conferimento ed il mutamento degli incarichi dirigenziali, nonché la mobilità professionale ed interregionale, non fanno riferimento alcuno alla valutazione delle eventuali esigenze





familiari di cui all'art. 33, comma 5, della Legge 104/92, ma piuttosto richiamano i principi generali statuiti dal D.Lgs. n.165/2001 in materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali. Per i dirigenti scolastici, dunque, diversamente da quanto previsto per docenti e personale ATA, le norme pattizie non contemplano un diritto tout court di precedenza nella scelta della sede o di non allontanamento dalla stessa, trovando quindi applicazione i principi generali di cui alla L. 104/92.

Va, altresì, rilevato che, con la recente sentenza n. 6150/2019 la 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 in situazione di gravità 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.

L'interesse contrapposto a quello dell'azienda, quindi, non è quello del lavoratore, ma quello del portatore di handicap, il che rafforza indubbiamente l'esigenza di tutela e protezione che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta della norma predetta.

La stessa sentenza 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 base a tali condivisibili argomentazioni, l'esercizio del diritto in esame non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro 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 lavoro.





Al riguardo va, altresì, chiarito, proprio in relazione gli arresti sopra citati della Corte Costituzionale e della Suprema Corte, come l'inciso "ove possibile", contenuto nella citata norma, indichi la natura sì non assoluta del diritto in questione, ma non si ponga in contrasto con quanto sinora argomentato, potendo ritenersi precluso il diritto al trasferimento solo in difetto della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (il cui onere di allegazione e di prova è invero a carico della parte resistente - v. Cass. 3896/2009), avendo l'amministrazione esclusivamente un interesse a coprire tutti i posti vacanti e non potendo certo ipotizzarsi oggettivi disservizi e/o danni per l'amministrazione scolastica o per la collettività per effetto del riconoscimento del diritto di precedenza in questione anche in costanza di rapporto e in tutte le fasi della mobilità.

Tanto premesso, venendo alla fattispecie in esame, la richiesta avanzata dalla ricorrente, di riconoscimento del diritto di precedenza ex art.33 L. n.104/92 e, quindi, di prestare servizio nel profilo di Dirigente scolastico in una sede più vicina al domicilio della persona da assistere appare fondata, risultando documentalmente provato che il padre della ricorrente, , è portatore di stato di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/92 e che la ricorrente è referente unico del genitore in stato di disabilità in condizione di gravità (v. documentazione, in atti).

Nel caso di specie, non vi è alcuna prova della sussistenza di diverse esigenze tecniche, organizzative e produttive che determinerebbero l'impossibilità per l'istante di assegnazione ad una sede più vicina al domicilio del padre, avendo il MIUR contestato unicamente la disponibilità di sedi nella Regione Campania.

E' del tutto irragionevole- in quanto lesiva della primaria esigenza di tutela della persona con handicap grave - la disposizione dell'art. 15 comma 3 del bando cit. nella parte in cui prevede che l'applicazione dei benefici della Legge 104/1992 possa avvenire solo in un momento successivo di "assegnazione della sede di servizio", e cioè quando il competenteUSR della Regione di assegnazione individui l'istituzione scolastica.

E', invero, illogico non riconoscere le precedenze nella fase iniziale di assegnazione della Regione, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale: risulta, difatti, del tutto indifferente per il lavoratore la scelta tra l'una o l'altra sede, in una Regione comunque distante dal domicilio del familiare da assistere.



Ed, invero, in base all'art. 15 del bando cit. un familiare di disabile (ex art. 33, co 5) potrà godere dei benefici riconosciuti dalla norma primaria, in merito alla scelta della sede, solo se assegnato nella Regione dove risiede.

Ebbene, una disposizione di natura secondaria non può violare la norma di rango primario della Legge 104/92 cit. 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 dovranno essere necessariamente provate dalla parte datoriale.

La tutela del diritto va, quindi, necessariamente "anticipata" alla fase iniziale di assegnazione, anzitutto, della Regione prescelta.

Né il Miur ha provato, nel caso di specie, l'impossibilità di collocare la ricorrente in una sede più vicina al domicilio del familiare da assistere, provando unicamente la mancanza di sedi disponibili in Campania.

Per quanto sin qui osservato deve ritenersi la sussistenza del fumus boni iuris.

Sussiste poi anche l'ulteriore requisito del periculum.

Il particolare rilievo dei valori, anche costituzionali, sottesi all'assistenza a persone disabili, in uno con la circostanza che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio di merito, perdurando la mancata assegnazione nella sede vicina al domicilio del familiare, per effetto del mancato riconoscimento del diritto di precedenza, verrebbe gravemente limitata, se non del tutto preclusa, la possibilità di assistenza dell'anziano e malato genitore, con definitiva (e non adeguatamente risarcibile per equivalente) compromissione del relativo diritto.

Va, pertanto, dichiarato il diritto della ricorrente ad essere assegnata ad una sede vacante e disponibile più vicina al domicilio del familiare da assistere e, quindi, nei ruoli della Dirigenza scolastica della Regione Lazio, indicata dall'istante come prima preferenza nella domanda - non essendoci una disponibilità di sedi in Campania, come documentalmente provato dal MIUR, ed in mancanza di domanda dell'istante per il conferimento di un incarico di reggenza nella Regione Campania (trattandosi, in ogni caso, di un incarico "aggiuntivo" e "temporaneo" in altra istituzione scolastica, oltre a quella affidata in titolarità con incarico dirigenziale principale, che il dirigente accetta contemporaneamente a quello che già ricopre) - ovvero in altra Regione, secondo l'ordine di preferenza espresso



nella domanda, salva la precedenza di altri soggetti dotati del medesimo o poziore beneficio e punteggio della ricorrente.

Ed, invero, la ricorrente non allega alcunché circa la situazione comparativa (altri titolari di benefici ex L. 104/92 e punteggio analoghi e/o superiori a quelli dell'istante); d'altra parte l'impossibilità di identificare tutte le eventuali posizioni in comparazione determina la necessità di perimetrare il dispositivo nel senso di fare salvi i diritti dei soggetti che abbiano le stesse o maggiori precedenze e punteggio della ricorrente.

Spese al definitivo.

### **P.Q.M.**

Accerta e dichiara il diritto della ricorrente ad essere assegnata quale Dirigente scolastico **in una sede di lavoro vacante e disponibile più vicina al domicilio del padre portatore di handicap grave;**

per l'effetto ordina alla Amministrazione convenuta di assegnare la ricorrente nei ruoli della Dirigenza scolastica della Regione Lazio ovvero di altra Regione, secondo l'ordine di preferenza espresso dall'istante nella domanda, salva la precedenza di altri soggetti dotati della medesima o poziore precedenza e, a parità di precedenza, di punteggio maggiore;

spese al definitivo

Si comunicati

Aversa, 25.09.2019

IL GIUDICE DEL LAVORO

d.ssa Fabiana Colameo

