



**TRIBUNALE DI TRANI**  
**SEZIONE LAVORO**

In persona del giudice  
dott. Luca Caputo  
ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

nel procedimento speciale ex art. 700 c.p.c.  
iscritto al ruolo generale con il numero r.g.n. **4580/2020**

vertente

**TRA**

, rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco  
Nunziata e domiciliata come in atti

**RICORRENTE**

**E**

**MIUR-UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA**, in persona del  
direttore pro tempore dott.ssa Luisa Franzese, rappresentata e difesa come in atti

**RESISTENTE**

**E**

**MIUR - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA PUGLIA**, in persona del  
direttore pro tempore

**RESISTENTE NON COSTITUITO**

\*\*\*\*\*

Sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 2.09.2020,  
letti gli atti ed esaminati i documenti;  
ritenuta la causa di natura documentale;

**OSSERVA**

***Il fatto***

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 14.08.2020,   
 dopo aver premesso di essere D.S. presso la Direzione



Didattica [REDACTED], ha dedotto: di aver partecipato al concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali bandito con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017; che con nota del 5.06.2020, il Ministero dell'Istruzione, seguito dall'USR Regione Campania, ha disposto che i destinatari di incarico a tempo indeterminato a seguito della suddetta procedura siano obbligati a permanere nella Regione di assegnazione per almeno un triennio; che il 22.06.2020 ha presentato a mezzo pec domanda di trasferimento per gravi motivi personali, in quanto beneficiaria della legge n. 104/92, dovendo assistere la suocera a tal fine; che, collocata utilmente in graduatoria con posizione n. 99 e punteggio 176,75, ha indicato la Regione Puglia tra le preferenze poiché la domanda non prevedeva la Regione Campania, ossia quella di residenza della ricorrente; che, a seguito della domanda di mobilità, la Regione Puglia e l'USR Puglia hanno acconsentito al trasferimento, invece negato dalla USR Campania; che essa stessa necessita di cure mediche, che è sposata con due figli e che è l'unica a poter assistere la signora [REDACTED] che necessita di cure mediche e la cui situazione non è in miglioramento; che allo stato nell'anno scolastico 2019/2020 numerose sedi scolastiche della Regione Campania sono state affidate in reggenza a dirigenti già titolari di altri istituti e ad oggi vi sono sedi vacanti e disponibili, come risulta dalle circolari del 7.08.2020 e del 12.08.2020 della Regione Campania, il che rende illegittimo e ingiustificato il diniego del trasferimento da parte di quest'ultima che, peraltro, con ordinanza del 15.06.2020 stabiliva che vi erano 81 sedi disponibili per l'a.s. 2020/2021.

Ciò posto ha quindi dedotto, quanto al requisito del fumus boni iuris, l'illegittimità del diniego del trasferimento da parte dell'USR Campania, in quanto essa stessa invalida ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 104/92 e unica persona che assiste un familiare che versa a propria volta in condizione di handicap grave ex art. 3, comma 3 e 33, legge n. 104/92, in violazione, così, di tale disciplina e ciò tanto più in considerazione del fatto che vi sono posti disponibili nella



*Regione Campania e che l'USR Puglia ha concesso il nulla osta; che tale ricostruzione trova conferma in numerosi precedenti giurisprudenziali di merito che ne hanno accolto la domanda.*

*Quanto al requisito del periculum in mora, ha dedotto che il diniego del trasferimento, essendovi una distanza di oltre 200 km tra la sede assegnata e il luogo di residenza, le rende impossibile di fatto prendersi cura della suocera portatrice di handicap grave, compromettendo così in maniera irrimediabile i diritti costituzionalmente garantiti alla base della legge n. 104/92.*

*In conseguenza di ciò ha chiesto che il Tribunale ne disponga l'immediato trasferimento in via provvisoria presso un istituto libero o dato in reggenza in Napoli o Provincia di Napoli o, in subordine, ordini al MIUR di accantonare per l'a.s. 2020/2021 un posto tra quelli che risulteranno liberi all'1.09.2020, disponendone l'immediato trasferimento; con vittoria di spese con attribuzione.*

*Costituitosi in giudizio, l'USR Campania ha eccepito l'infondatezza della domanda, evidenziando, in primo luogo, che occorre integrare il contraddittorio nei confronti dei dirigenti eventualmente estromessi in caso di accoglimento della domanda. Nel merito ha eccepito che i posti disponibili che possono essere conferiti nel limite del 30% ai sensi dell'art. 9, comma 4, CCNL del 15.07.2010 sono in realtà 47 e non 81, stante la necessità di considerare i posti riservati ad altri dirigenti, di cui numerosi assegnati ad aventi diritto dalla graduatoria del concorso del 2011; che sussiste il vincolo triennale di permanenza presso la Regione in cui si trova la sede assegnata con conseguente impossibilità di partecipare alla mobilità interregionale, laddove nel caso di specie tutti i dirigenti trasferiti avevano superato il vincolo triennale; che, in ogni caso, la ricorrente non ha provato di trovarsi in condizione di preferenza rispetto ad altri aspiranti, né ha dimostrato la sussistenza in concreto di un pregiudizio irreparabile.*



## LA DECISIONE

1. Preliminarmente va osservato che il ricorso unitamente al decreto di fissazione dell'udienza risulta ritualmente notificato il 21.08.2020 a mezzo pec anche all'USR Puglia, che non si è costituito in giudizio.
  2. Sempre in via preliminare va osservato che non occorre integrare il contraddittorio con i Dirigenti Scolastici già trasferiti in Campania, atteso che la ricorrente ha chiesto espressamente il trasferimento presso Istituti scolastici liberi o dati in reggenza, con la conseguenza che l'eventuale accoglimento della domanda non pregiudicherebbe la posizione di altri Dirigenti Scolastici assegnatari di sedi in Campania.
  3. Ancora in via preliminare, va osservato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Come affermato dall'orientamento costante della Suprema Corte a Sezioni Unite, infatti, in materia di mobilità del personale docente sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (cfr., da ultimo, SS.UU. nn. 4317/20 e n. 8098/20); ciò in considerazione della privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. che ha inciso sulla natura degli atti emessi da quest'ultima, che costituiscono a tutti gli effetti atti di gestione del rapporto di lavoro assimilabili a quelli del datore di lavoro privato ad eccezione di alcuni atti come quelli di macro-organizzazione e regolamentari, ipotesi che non ricorrono nel caso di specie in cui l'oggetto della controversia è la singola domanda di trasferimento proposta dalla ricorrente (cfr. in questi termini con motivazione particolarmente articolata, la recentissima decisione n. 09072/2020 del 7.08.2020 del TAR Lazio resa in fattispecie analoga alla presente e depositata dal difensore della ricorrente).
- Ne consegue, quindi, che non vertendosi in tema di impugnativa di atto di macroorganizzazione immediatamente lesivo della posizione del ricorrente, né in altra ipotesi sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario, correttamente la controversia è stata incardinata innanzi a questo Tribunale.



**4.1** Nel merito, sulla base di una cognizione sommaria e allo stato degli atti quale è richiesta in questa sede, la domanda è fondata e va accolta nei termini che seguono.

Per quanto concerne il requisito del *fumus boni iuris*, che, com'è noto, deve essere inteso quale verosimile esistenza del diritto che la parte ricorrente intende far valere alla luce della cognizione sommaria richiesta in questa sede, deve osservarsi che appare condivisibile l'interpretazione sistematica della disciplina di cui alla legge n. 104/92 prospettata in ricorso.

L'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, come modificato dalla L. n.53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n.183, 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"*. 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).

Si tratta, quindi, di una disposizione che ha ampia portata applicativa in materia anche scolastica senza che siano previsti limiti alla relativa applicabilità a fattispecie come quella in oggetto.

Quanto alla *ratio* di tale disciplina, la Corte Costituzionale ha più volte chiarito che la legge n. 104/92 è finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, senza che l'istituto di cui all'art. 33, comma 5, sia l'unico ad assicurare la tutela della situazione di bisogno della persona che versa in stato di handicap, né essendo la posizione di vantaggio ad essa riconnessa illimitata, come conferma il fatto che la pretesa del parente della persona affetta da handicap a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso "ove possibile" (cfr. C. Cost. n. 406/92, n. 325/96, n. 396/97).



In questi termini il principio è stato quindi interpretato dalla Suprema Corte con orientamento costante: *“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 e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, 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”* (Cass. S.U. n. 7945/2008; in senso conforme, v. Cass. 23857/2017). Ancora, si legge nella motivazione della citata decisione, che *“il riconoscimento del diritto del lavoratore - familiare può – a seconda delle situazioni fattuali a fronte delle quali si intenda farlo valere – cedere a rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell’impresa, e per quanto riguarda i rapporti di lavoro pubblico, ad interessi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta. La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede fa carico sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, ed infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento ex art. 2103 c.c., u.c.”*.

Più recentemente, con la sentenza n. 6150/2019, la Suprema Corte ha confermato l’orientamento della precedente giurisprudenza, secondo cui l’art. 33, comma 5, della Legge 104/92 deve essere interpretato 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, mettendo in luce, quindi, la funzione solidaristica della norma e le esigenze di tutela del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU in tema di diritti delle persone con disabilità. Con la conseguenza che, a ben vedere, l'interesse da bilanciare con quello aziendale, non è quello del lavoratore, ma quello del soggetto portatore di handicap, il che consente di mettere ben in luce la finalità che deve guidare l'interprete nell'applicare tale disciplina.

La citata sentenza continua affermando che: *"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. 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.. "* Sulla scorta di tali condivisibili argomentazioni, quindi, 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. Sul punto va anche precisato che, proprio alla luce dei principi affermati nelle citate decisioni della Corte di Cassazione, come l'inciso "ove possibile", contenuto nella citata norma, pur



nell'indicare la natura non assoluta del diritto in questione, non si ponga in contrasto con quanto sinora argomentato, dovendosi escludere 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 - cfr. Cass. 3896/2009), avendo l'amministrazione esclusivamente un interesse a coprire tutti i posti vacanti e non potendo 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. Il che comporta che, così come sostenuto di recente dal Tribunale di Roma con la decisione del 4.9.2019 e dal Tribunale di Pistoia con la decisione del 24.10.2019), che deve escludersi che l'assegnazione del lavoratore che presta assistenza al familiare in condizione di handicap grave alla sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, sia vincolata, oltre che dalla 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. n. 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 fin qui ricostruiti.

**4.2** Ciò posto, applicando tali principi al caso di specie 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 (cfr. all.ti da 14 a 23 della produzione di parte ricorrente), oltre che non contestato dalla resistente, che la suocera della  è portatrice di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/92 e che essa è referente unico del genitore in stato di disabilità in condizione di gravità (non contestato).



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 della suocera, avendo l'USR Campania contestato la disponibilità di sedi nella Regione Campania, circostanza smentita dalla documentazione prodotta dalla ricorrente, da cui risultano, peraltro, numerose sedi rimaste scoperte e assegnate in reggenza nell'a.s. 2019/2020 e numerose attualmente vacanti per l'a.s. 2020/2021 appena iniziato. Peraltro, la stessa ricostruzione dei fatti contenuti nella memoria difensiva dell'USR Campania non sembra escludere la sussistenza di posti disponibili ponendo il problema dell'eventuale accoglimento di istanze di altri aventi diritto come la ricorrente, il che però costituisce una mera possibilità sulla quale comunque non inciderebbe l'accoglimento del ricorso in oggetto che investe la sola posizione della ricorrente senza implicare lo stravolgimento delle graduatorie in essere.

Né può trovare applicazione, perché irragionevole e lesiva delle esigenze di tutela della persona affetta da handicap grave poste alla base della disciplina, la disposizione dell'art. 15 comma 3 del bando di concorso 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 competente USR della Regione di assegnazione individui l'istituzione scolastica. E', infatti, illogico, così come già affermato dalla prevalente giurisprudenza di merito (cfr. ordinanza del Tribunale di Napoli Nord del 25.09.2019 pienamente condivisibile) non riconoscere le precedenze nella fase iniziale di assegnazione della Regione, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale: risulta 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, il che rende irragionevole consentire tale beneficio solo nel caso in cui si sia assegnati alla Regione di residenza; è evidente, infatti, che l'essere assegnati a sede che si trova, come nel caso di



specie, in altra Regione, rende ancora più difficile l'attuazione delle esigenze di assistenza della persona che versi in condizione di handicap grave. Si tratta, quindi, a ben vedere di una previsione illegittima, non potendo una disposizione di un bando di concorso 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 rigorosamente provate, come detto, dalla parte datoriale e la cui prova difetta nel caso di specie.

La tutela del diritto va, quindi, necessariamente "anticipata", così come affermato dalla prevalente giurisprudenza di merito in casi analoghi al presente (cfr. Trib. Pistoia, ord. del 24.10.2019, Trib. Palermo, ordinanza n. 36001/19 del 27.09.2019, Trib. Roma, ordinanza dell'1.10.2019, Trib. Lecco, sentenza n. 60/19 del 29.10.2019), alla fase iniziale di assegnazione, e quindi la ricorrente va assegnate all'interno della Regione prescelta e in cui risiede il familiare da assistere (preferibilmente nella Provincia di Napoli e comunque all'interno della Regione Campania). 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, affermando che non vi sono sedi disponibili in Regione Campania, ove invece risultano posti vacanti, come emerge dalla documentazione allegata al ricorso.

Peraltro, la Regione Puglia, alla quale la ricorrente è stata inizialmente assegnato, ha concesso nulla osta al trasferimento con nota del 6.7.2020 (cfr. all. 24 della produzione di parte ricorrente), quindi anche sotto questo profilo non vi è alcun pregiudizio per l'amministrazione scolastica.

**5.** Per quanto riguarda il requisito del periculum in mora, inteso come pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile, esso è parimenti sussistente. Come già evidenziato, infatti, la ricorrente ha documentato che la suocera  è portatrice di handicap in situazione di gravità e di essere l'unico familiare in



grado di assisterla (cfr. all.ti da 14 a 23 della produzione di parte ricorrente). È evidente, allora, che nel tempo occorrente per la definizione del giudizio di merito verrebbero frustrate, o addirittura sacrificate, le esigenze intrinseche alla normativa invocata nel caso in esame, quali quelle di unità familiare e di tutela e assistenza del familiare che versa in condizione di handicap grave, esigenze che, come innanzi evidenziato, sono riconducibili, in ultima analisi, a diritti di rilevanza costituzionale, come il diritto alla salute.

Alla luce di ciò il ricorso va accolto e, conseguentemente, va dichiarato il diritto di  ad essere assegnata a una sede vacante più vicina al familiare da assistere e, quindi, nei ruoli della Dirigenza Scolastica della Regione Campania (preferibilmente nella Provincia di Napoli e comunque all'interno della Regione Campania). presso un Istituto libero o dato in reggenza, con conseguente ordine al MIUR-USR Campania di adottare tutti i provvedimenti necessari a dare attuazione a quanto disposto con la presente ordinanza.

### **Spese processuali**

La particolarità della fattispecie, la complessità e parziale novità delle questioni affrontate e la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali di merito anche di segno contrario rispetto a quello seguito dalla presente decisione giustificano la compensazione integrale delle spese processuali tra le parti.

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

Il Tribunale di Trani, Sezione Lavoro, pronunciando sulla controversia r.g.n. 4580/2020, come innanzi proposta, così provvede:

1. dichiara il diritto di  ad essere assegnata a una sede vacante più vicina al familiare da assistere e, quindi, nei ruoli della Dirigenza Scolastica della Regione Campania (preferibilmente nella Provincia di Napoli e comunque all'interno della Regione Campania) presso un Istituto libero o dato in reggenza e, per l'effetto, ordina al MIUR-USR Campania di adottare tutti i provvedimenti necessari a dare attuazione a quanto disposto con la presente ordinanza;



2. compensa le spese processuali tra le parti.

Si comunichi.

Trani, 10.09.2020

Il giudice  
dott. Luca CAPUTO

