



TRIBUNALE DI TRANI

Sezione Lavoro

Il Collegio

riunito in camera di consiglio nelle persone dei Signori Magistrati:

| | |
|-----------------------------|---------------------|
| dott. ssa Angela Arbore | Presidente relatore |
| dott. Marco Sabino Loiodice | Giudice |
| dott. Salvatore Caradonna | Giudice |

pronunciando sul reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. proposto da MIUR e USR Regione Puglia e Regione Campania nei confronti di , avverso l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. del 10.9.20 ;

udito il giudice relatore;

sciogliendo la riserva di cui al verbale d'udienza del 1 dicembre 2020;

OSSERVA

La dott.ssa , con ricorso ex art. 700 c.p.c, ha adito il Tribunale di Trani per ottenere, accertata e dichiarata l'inapplicabilità degli atti amministrativi, il diritto di precedenza della L. 104/92 nonché l'assegnazione alla regione di residenza non avendo beneficiato della mobilità interregionale per l'a.s. 2020/2021.

La ricorrente, a sostegno della propria domanda, rappresentava di aver partecipato al concorso indetto con D.D.G. 1259 del 23.11.17 per Dirigente Scolastico e di essere stata assegnata alla Regione PUGLIA e di essere beneficiaria della legge 104/92 personale e beneficiaria della legge 104/92 per assistenza della suocera.

Con ordinanza del 10.9.20, il Tribunale di Trani così statuiva: :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”.

Il MIUR e gli USR di cui in epigrafe proponevano il reclamo per cui è causa; la dott.ssa si

costituiva contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Il reclamo proposto è infondato e deve essere rigettato per le seguenti ragioni.

E' d'uopo evidenziare in via di premessa che la tutela sommaria di cui all'art. 700 c.p.c. si caratterizza per la sua atipicità e presuppone la contemporanea sussistenza del "fumus boni iuris" – ovverosia dell'evidente fondatezza della pretesa azionata in giudizio- e del "periculum in mora" – inteso come pericolo di verifica di un pregiudizio irreversibile di beni ed interessi primari, in attesa dei tempi del giudizio ordinario-; irreparabilità che si configura quando il pregiudizio potenziale non sia suscettibile di reintegrazione in forma specifica, né risarcibile per equivalente pecuniario, ovvero ogni qual volta dalla stessa fattispecie costitutiva del diritto di credito derivi la funzione non patrimoniale o comunque la specifica destinazione del diritto a far fronte allo stato di bisogno del creditore (cosiddetta funzione alimentare del credito).

Peraltro, la connotazione affatto residuale della tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. presuppone la concretezza e l'attualità del "periculum in mora", sicchè sarebbe del tutto insufficiente ai fini dell'accoglimento dell'istanza di tutela cautelare la prospettazione di un pregiudizio futuro o meramente ipotetico ed eventuale.

Diversamente opinando, si perverrebbe alla surrettizia trasformazione della tutela di urgenza in una corsia preferenziale da accordare a priori a determinate tipologie di contenzioso, snaturandone le caratteristiche di atipicità e di eccezionalità che intrinsecamente la connotano.

Tanto premesso, la domanda cautelare della ricorrente appare fondata e pertanto la ordinanza impugnata meritevole di conferma.

Fumus boni iuris.

Sotto tale profilo il Tribunale osserva che l'ordinanza cautelare ha fatto corretto governo della normativa sottesa all'istanza della

Occorre muovere dall'art. 601 del d.lgs. 297/1994, il quale, al primo comma, sancisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 «si applicano al personale di cui al presente testo unico», mentre, al secondo comma, dispone che tali norme "comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità».

Questa disposizione non prevedendo limiti al proprio contenuto precettivo, a differenza della disciplina generale, presenta la struttura della norma imperativa incondizionata, attuativa di valori di rilievo costituzionale.

L'art. 33 comma 5 della L. n. 104/1992 prevede che il dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità «ha diritto o 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». La Corte Costituzionale ha dichiarato che la previsione di cui al citato comma 5 dell'art. 33, al pari delle disposizioni sui permessi mensili retribuiti di cui al comma 3, rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie «resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap» [Corte Cost. n. 213/2016, n. 20372013; n. 19/2009; n. 15872007 e n. 233/2005].

L'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica [Corte Cost. n. 213/2016; n. 158/2007 e n. 350/2003].

Il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale, ivi compresa la comunità familiare.

Si deve perciò ritenere che, ogniqualvolta esista un posto, il datore di lavoro ha l'obbligo di destinarlo al titolare del diritto al trasferimento ex art 33, non potendo egli subordinare tale fondamentale tutela a scelte imprenditoriali di rango certamente inferiore e comunque inidonee a prevalere sulla ratio sottesa alla normativa di riferimento che, proprio perché finalizzata alla tutela di diritti fondamentali, deve considerarsi dotata di valenza imperativa ed inderogabile.

Sulla scorta di tali enunciazioni la Suprema Corte ha affermato che «l'art. 33, comma 5 [nel testo modificato dalla L. n. 53/200 e dalla L. n. 183/2010] disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza».

Pertanto, «il diritto del cd. caregiver familiare a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del congiunto disabile può essere esercitato sia dall'atto dell'assunzione, mediante la scelta della sede in cui viene svolta l'attività lavorativa, sia nel corso del rapporto, con una domanda di trasferimento, ove ciò sia possibile e purché sussistano i requisiti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 33, comma 3, l. n. 04 del 1992. Invero la ratio della disposizione in oggetto è quella di agevolare coloro che si occupano dell'assistenza di un proprio parente non autosufficiente, con il presupposto che il ruolo delle famiglie è fondamentale nella cura. Pertanto, è da ritenersi irrilevante se tale esigenza di assistenza sia sorta nel corso del rapporto di lavoro o sia presente già all'instaurazione dello stesso, poiché la necessità di sostegno al congiunto disabile può essere fatta valere in ogni modo dal lavoratore» [Cass. del 01.03.2019 n. 6150 che richiama Cass. n. 7120/2018].

La Corte di Cassazione, nella pronuncia cit., ha, invero, ribadito che 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"; il diritto non è assoluto e privo di condizioni e implica un recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività [Cass. 25/01/2006 n. 1396 e Cass. 27/03/2008 n. 7945]». Venendo quindi alle altre doglianze espresse dai reclamanti, si osserva quanto segue.

L'omessa valutazione del vincolo di permanenza nelle sedi di prima assegnazione.

La circolare del M.I. del 05.06.2020 stabilisce: «f) Mobilità interregionale. Con l'entrata in vigore del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca, sottoscritto in data 8 luglio 2019, è stato modificato l'articolo 9, comma 4 del CCNL Area V del 15 luglio 2010. È pertanto possibile procedere alla mobilità interregionale, su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, fino al limite del 30% dei posti annualmente vacanti nei ruoli della regione di destinazione, con il solo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, mentre non è più previsto il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta. A tale proposito, si invitano le SS.LL. a operare un equo bilanciamento tra le specifiche esigenze di funzionamento delle istituzioni scolastiche e le comprensibili aspirazioni dei Dirigenti scolastici al compimento dei prescritti periodi di permanenza nei ruoli regionali» [cfr. all. 2].

Quindi, con l'entrata in vigore del C.C.N.L. Area Dirigenziale Istruzione e Ricerca, sottoscritto in data 8 luglio 2019 è stato modificato l'articolo 9, comma 4 del CCNL Area V del 15 luglio 2010. Pertanto è possibile procedere alla mobilità interregionale, su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, con il solo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, mentre non è più previsto il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta.

Ebbene, parte reclamata ha ottenuto il nulla osta dall'U.S.R. Regione Puglia; difatti, la Regione Puglia ha rilasciato il nulla osta con le seguenti motivazioni: «In considerazione delle motivazioni addotte dall'interessato (portatore di handicap - art. 21 L.104/92), si concede il NULLA OSTA alla mobilità del Dirigente scolastico [redacted], in pendenza di contratto.»

Pertanto, la ricorrente ha presentato domanda di mobilità/trasferimento, anche perché, oltre a dover

assistere la suocera invalida (100%) sig.ra [redacted], è essa stessa beneficiaria della legge 104/92 art 3 .

Quindi, nel caso di specie alla situazione dell'handicap familiare si somma quella personale, essendo stata la stessa [redacted] riconosciuta quale portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 della L. 104/92.

Si aggiunga che la D.S. [redacted] ha dimostrato, con la documentazione versata in atti, la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla legge e, dunque, l'esistenza dei presupposti per poter beneficiare dell'assegnazione ex art. 33, comma 5, presso la sede di servizio più vicina al domicilio del disabile.

Del resto i reclamanti non hanno mai contestato specificamente la sussistenza in capo alla reclamata della titolarità dei benefici di cui alla citata L. n. 104/1992.

Altra doglianza attiene alla deduzione **di insussistenza di posti disponibili** cui assegnare la [redacted]

In realtà la reclamata ha documentalmente provato che in Campania al momento della proposizione del ricorso vi fossero numerosi posti vacanti e disponibili.

Infatti :- il MIUR ha comunicato l'autorizzazione all'assunzione di soggetti in posizione utile nella graduatoria del concorso per dirigente scolastico;- ai sensi della circolare del USR Campania del 15.06.2020 e della Circolare del 10.07.2020 il numero dei posti disponibili sono 81, mentre 13 sono perdenti posto per ridimensionamento e 5 perdenti posto per riorganizzazione.

In tal senso allora correttamente l'ordinanza reclamata motiva : «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».

Le parti reclamanti hanno dedotto : «che l'assegnazione da parte dell'USR per la Campania di sedi normodimensionate in reggenza non dimostra la sussistenza di posti disponibili in Regione. Tale assegnazione è resa necessaria ai fini della conservazione del ruolo dei Dirigenti scolastici in posizione di stato, i quali hanno diritto alla conservazione del posto di lavoro.».

Invero, dalla documentazione versata in atti da parte reclamante non è assolutamente provata la circostanza :«decurtare il numero dei dirigenti scolastici in posizione di stato (n. 15)»; difatti, la circolare del 15.06.2020 avente ad oggetto “conferma e mutamento incarichi dirigenziali” non indica i Dirigenti scolastici in posizione di stato ma solo ed esclusivamente i perdenti posto e i posti disponibili.

Quindi, dalla predetta circolare del 15.06.2020, e dalla documentazione versata in atti, non può desumersi il numero e soprattutto chi sono i Dirigenti scolastici in “posizione di stato” per i quali occorre conservare il posto.

Inoltre, le affermazioni del MIUR, relative all’eventuale superamento del vincolo triennale e alla condizione di handicap grave in capo ai dirigenti assegnatari dei posti, sono risultate del tutto sformite di prova documentale.

Perciò, parte reclamante oltre a non aver dato alcuna prova in merito all’assegnazione in reggenza - laddove il dirigente di tali scuole sia stato collocato in comando o in aspettativa - ha confermato che non vi è divieto assoluto di attribuire le dirigenze in tali scuole anche se “normodimensionate”.

Per di più, è la stessa amministrazione che asserisce (pag. 10 dell’atto di reclamo) che ha dovuto accantonare i posti anche in base al «numero delle pronunce sfavorevoli per l’Amministrazione in relazione alle operazioni di mobilità interregionale relative all’a.s. 2019/20 da eseguire dal 1° settembre 2020; e quindi non si vede come ciò non sia possibile per la

Analogamente censurabili appaiono le argomentazioni delle reclamanti qui di seguito riportate :

«All’interno delle domande di mobilità accompagnate da 104 familiare si è preferito accogliere con preferenza quelle concernenti il coniuge o il figlio, che ammontavano al numero di 1 domanda con l. 104 per figlio e 1 domanda con l. 104 per coniuge, sempre con almeno tre anni di anzianità di servizio.».

Appare corretto quanto osservato dalla difesa della in ordine all’art. 19 del D.Lgs. n. 165 del 2001, a seguito della modifica di cui all’art. 40 del D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in materia di incarichi di funzioni dirigenziali , il quale prevede, al comma 1, che «ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell’amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute (...)», mentre al comma 1-bis, stabilisce espressamente che «l’amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta».

Di conseguenza, la trasparenza nell’azione amministrativa è principio cardine dell’ordinamento in modo da rendere conoscibili e controllabili le scelte dell’Autorità e perciò, impone la conoscibilità dei criteri.

Sicché i criteri adottati da parte reclamante non appaiono ispirati a detti principi in quanto in violazione della legge 104/92 ed anche illogici rispetto alla posizione dell’Amministrazione che da

una parte deduce che non ci sono posti e poi da un'altra invece afferma che ha proceduto ad effettuare una graduatoria in base ai bisogni valutati discrezionalmente dallo stesso.

Tutte le altre argomentazioni delle reclamanti si intendono, a tal punto, assorbite .

Così anche per la dedotta **insussistenza del periculum in mora** , in ordine al quale vanno riportate testualmente le argomentazioni dell' ordinanza censurata ove si afferma :” 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.”

Il reclamo va perciò rigettato.

La peculiarità della vicenda unitamente all' esistenza di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, integra un apprezzabile motivo comunque di integrale compensazione delle spese.

P.Q.M.

pronunciando sul reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. proposto da MIUR e USR Puglia e Campania nei confronti di [], con ricorso depositato in data 25.9.2020, avverso l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. pronunciata in data 10.9.2020, così provvede:

- 1) Rigetta il reclamo;
- 2) Spese compensate.
- 3) dichiara i reclamanti tenuta al raddoppio del c.u.

Trani, 08/12/2020

Il Presidente –Giudice rel.
dott.ssa Angela Arbore