

**TRIBUNALE ORDINARIO DI ISERNIA IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE
IN FUNZIONE DI GIUDICE DEL LAVORO**

Reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.

Per la dott.ssa **Sacco Emilia** (c.f. SCCMLE66R59F839M), nata a Napoli il 19/10/1966 ed ivi residente alla Via Amerigo Vespucci n. 104, rappresentata e difesa, giusta procura allegata, dall'**Avv. Prof. Andrea Saccucci** del foro di Roma (c.f. SCCNDR74M16L483Q indirizzo p.e.c. avv.andreasaccucci@pec.it) e dall'**Avv. Matteo Magnano** del foro di Roma (c.f. MGNMTT80P23E532P – indirizzo p.e.c. matteomagnano@pec.it), con domicilio digitale eletto presso i suindicati indirizzi p.e.c. dei difensori, i quali dichiarano di voler ivi ricevere comunicazioni di cancelleria e notificazioni;

- reclamante -

contro

il **Ministero dell'Istruzione** (c.f. 80185250588), in persona del Ministro *pro tempore*, il **Ministero dell'Istruzione - Ufficio scolastico regionale per la Campania** (c.f. 80039860632), in persona del legale rappresentante *pro tempore* e il **Ministero dell'Istruzione – Ufficio scolastico regionale per il Molise** (c.f. 92024670702), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso, nei cui uffici sono domiciliati;

- reclamati -

e nei confronti, per quanto occorra,

- della dott.ssa **Isler Tamara Viviana**, nata a Longjumeau (Francia) il 21/04/1974 (c.f. SLRTRV74D61Z110K), residente in Napoli, vicoletto Ecce Homo n. 11 int. 7;
- dei dirigenti scolastici ai quali è stato conferito un incarico di dirigenza scolastica, in accoglimento di domande di mobilità interregionale, o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche della regione Campania, a decorrere dal 1/9/2022.

- controinteressati -

avverso

l'ordinanza di rigetto n. cronol. 2049/2022 del 24/10/2022 emessa dal Tribunale di Isernia, sezione unica promiscua (G.U. Dott.ssa Michaela Sapio), nel procedimento n. 310/2022 r.g. contenzioso lavoro, comunicata in data 24/10/2022, con la quale veniva rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. *ante causam* proposto dall'odierna reclamante nei confronti degli odierni reclamati.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO CAUTELARE

1. L'odierna ricorrente, dott.ssa Emilia Sacco, è stata assunta come dirigente scolastico, a decorrere dal 1/9/2019, a seguito del superamento del concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato



al reclutamento di dirigenti scolastici indetto con bando di concorso D.D.G. n. 1259 del 23/11/2017 (pubblicato nella G.U. n. 90 del 24/11/2017), e del positivo collocamento nella relativa graduatoria generale di merito ([doc. 1](#)), con conseguente conferimento di incarico dirigenziale triennale, a decorrere dal 1/9/2019, presso l'Istituto d'Istruzione Superiore "Fermi - Mattei" di Isernia ([doc. 2](#)), dove tuttora presta servizio.

2. Nel frattempo, la propria madre, sig.ra Maria Criscuolo, nata a Napoli l'8/3/1934 (di 88 anni), già invalida civile totale (cfr. verbale della competente Commissione Medica di Napoli) ([doc. 3](#)), si aggravava al punto da essere riconosciuta "**portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 5.2.1992, n. 104**" con diagnosi di "*Poliartrosi in cardiopatia ipertensiva. attualmente obesità, vasculopatia cerebrale cronica, diabete mellito tipo 2*" (cfr. verbale del 26/05/2020 della Commissione Medica per l'accertamento dell'handicap del Centro Medico Legale dell'INPS di Napoli) ([doc. 4](#)), necessitando dell'assistenza della figlia, odierna ricorrente, la quale è l'unica ad usufruire dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, della legge n. 104/92 per l'assistenza alla madre, come da comunicazione resa all'U.S.R. Molise con nota prot. 4382/07-04 del 21/8/2020 ([doc. 36](#)), nella quale si è impegnata a comunicare eventuali variazioni influenti sul diritto, variazioni che purtroppo non ci sono state, permanendo la disabilità della madre, che per la sua gravità non è soggetta a revisione ([doc. 4](#)).

2.1. La ricorrente, al fine di poter prestare assistenza continuativa all'anziana e malata madre, si è dovuta trasferire nella di lei abitazione a Napoli, in via Amerigo Vespucci n. 104, dove esse convivono e sono residenti, come anche si evince dal loro certificato di stato di famiglia e contestuale residenza ([doc. 5](#)).

3. A causa del vincolo di permanenza triennale nella regione di prima assegnazione (con scadenza al 31/8/2022), previsto dal bando concorsuale, l'odierna ricorrente è dovuta permanere nell'attuale sede di servizio negli anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022, senza poter ottenere la mobilità in uscita verso la regione Campania, mentre adesso ha finalmente titolo ad ottenerla per l'a.s. 2022/2023, ossia a decorrere dal 1/9/2022, essendo a quella data concluso il primo triennio di servizio.

4. In particolare, le operazioni di mobilità dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2022/2023 venivano indette con circolare ministeriale n. 22253 del 8/6/2022 ([doc. 6](#)), in attuazione della quale l'Ufficio Scolastico Regionale (di seguito, USR) per la Campania, con circolare n. 23336 del 14/6/2022 ([doc. 7](#)), indicava n. 114 sedi campane disponibili al 1/9/2022.

5. In data 17/6/2022, la ricorrente presentava, per il tramite dell'USR Molise, domanda di mobilità interregionale in uscita dal Molise ed in ingresso verso la Campania ([doc. 8](#)), ivi rappresentando e documentando lo status di *handicap* in situazione di gravità della madre, al fine di esercitare il diritto alla



scelta della sede di lavoro più vicina al suo domicilio in Napoli, tra quelle disponibili, come previsto dall'art. 33, comma 5, prima parte, della l. n. 104/92.

5.1. Nella domanda di mobilità la ricorrente deduceva altresì che la situazione familiare era resa ulteriormente complessa dall'essere il proprio coniuge invalido al 60%, recentemente affetto da malattia di due vasi coronarici, con conseguente intervento di angioplastica a seguito di infarto (cfr. documentazione sanitaria, sub [doc. 17](#)), in attesa di convocazione per la visita presso la commissione medico-legale, finalizzata all'accertamento dell'*handicap* ai sensi della L. 104/92 anche del marito della ricorrente.

6. L'USR Molise, in ragione dei gravi motivi per cui è chiesto il trasferimento, concedeva alla ricorrente l'assenso alla mobilità in uscita ([doc. 9](#)), dando altresì atto dell'intervenuto compimento del previsto periodo di permanenza triennale. Ciononostante, l'USR Campania, con decreto n. 28434 del 15/7/2022 ([doc. 10](#)), come modificato dapprima con decreto n. 30565 del 29/7/2022 ([doc. 11](#)) ed ancora con decreto n. 31516 del 8/8/2022 ([doc. 12](#)), conferiva, a decorrere dal 1/9/2022, numerosi incarichi a dirigenti scolastici nelle sedi di servizio ivi elencate (anche non titolari di alcun diritto di precedenza), ma non all'odierna ricorrente, la quale pertanto, anche nel prossimo triennio dovrebbe prestare servizio nel Molise.

7. Ma v'è di più: non solo alla ricorrente non è stato consentito l'esercizio del diritto alla scelta della sede di servizio più vicina al domicilio in Napoli del familiare disabile grave assistito (**art. 33, comma 5, prima parte, della legge n. 104/92**), ma addirittura ne è stato disposto un nuovo incarico, a decorrere dal 1/9/2022, presso altra sede di servizio, a Larino (CB), ancora più lontana da Napoli, anche rispetto all'attuale sede di servizio ad Isernia, così di fatto incorrendo il Ministero datore di lavoro nel divieto di trasferimento del lavoratore, senza il suo consenso, quando assiste un familiare disabile in situazione di gravità accertata *ex art. 3 comma 3 della legge n. 104/92* (**art. 33, comma 5, seconda parte, della legge n. 104/92**).

7.1. Infatti, l'USR Molise, dopo aver concesso l'assenso alla mobilità in uscita verso la regione Campania, ha poi - tanto sorprendentemente, quanto illegittimamente - disposto l'assegnazione della ricorrente, a decorrere dal 1/9/2022, presso l'Istituto Omnicomprensivo "Magliano" di Larino (CB), contestualmente assegnando, a decorrere dalla stessa data, altra dirigente scolastica, dott.ssa Tamara Viviana Isler, presso l'I.I.S. "Fermi-Mattei" di Isernia, attuale sede di servizio della ricorrente (cfr. decreto USR Molise n. 5593 del 15/7/2022 , [doc. 13](#)).

7.2. A nulla sono valsi né il reclamo ([doc. 14](#)) presentato dalla ricorrente all'USR Molise lo stesso giorno 15/7/2022, né la diffida ([doc. 15](#)) dello scrivente legale, trasmessa in data 30/7/2022 agli USR



Molise e Campania, diretta alla revoca del mutamento di incarico della ricorrente da Isernia a Larino ed alla concessione della mobilità interregionale verso la Campania, così che non resta altro all'odierna ricorrente che agire innanzi a codesto Tribunale.

8. Con ricorso ex art. 700 c.p.c. (A), la ricorrente adiva codesto Ill.mo Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, premettendo quanto sopra ed altresì rappresentando che, nel giudizio di merito da introdurre, intende chiedere al competente Giudice del lavoro: A) che sia accertata e dichiarata la nullità, l'illegittimità e/o l'inefficacia, con conseguente revoca e/o annullamento, del provvedimento datoriale con il quale, con decorrenza dal 1/9/2022, viene assegnata presso altra sede di servizio, senza il suo consenso, in palese violazione dell'art. 33, comma 5, seconda parte, della legge n. 104/92; B) che sia accertato e dichiarato il suo diritto, ai sensi dell'art. 33, comma 5, prima parte, della legge n. 104/92, ad essere assegnata quale dirigente scolastico presso la sede di servizio, tra quelle disponibili, più vicina al domicilio della madre Maria Criscuolo, in Napoli, con decorrenza dal 1/9/2022; C) che il Ministero dell'Istruzione sia condannato a risarcire alla ricorrente tutti i danni dalla stessa subito e subendi per effetto del disposto trasferimento in violazione di legge.

8.1. Nel ricorso ex art. 700 c.p.c., la dott.ssa Sacco altresì rappresentava che, nel tempo occorrente alla definizione del suddetto giudizio di merito, il diritto della ricorrente e, ancor più, quello all'assistenza della madre, persona con handicap in situazione di gravità, verrebbe irreparabilmente compromesso, come meglio si dirà nel trattare della sussistenza del *periculum in mora*, così che sussistendo altresì il *fumus boni iuris*, alla ricorrente non rimaneva che domandare la tutela cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c.

8.2. Pertanto, con il ricorso ex art. 700 c.p.c., l'odierna ricorrente chiedeva a codesto Ill.mo Tribunale, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento datoriale, adottato dal Ministero dell'Istruzione – U.S.R. per il Molise, con decreto n. 5593 del 15/7/2022, nella parte in cui, a decorrere dal 1/9/2022, le assegnava l'incarico di dirigente scolastico dell'Istituto Omnicomprensivo “Magliano” di Larino, e, per l'effetto, declaratoria della permanente efficacia, in capo all'odierna ricorrente, dell'attuale incarico di dirigente scolastico dell'I.I.S.S. “Fermi-Mattei” di Isernia:

a) in via principale, ordinare al Ministero dell'Istruzione, ai sensi dell'art. 33, comma 5, prima parte, della legge n. 104/92, di assegnare la ricorrente al ruolo dei dirigenti scolastici della Campania, con conferimento dell'incarico di dirigente scolastico nella istituzione scolastica vacante - anche se temporaneamente conferita in reggenza ad altro dirigente scolastico titolare in altra sede - più vicina al domicilio della madre Maria Criscuolo in Napoli, ove necessario anche previa disapplicazione di ogni atto e provvedimento in contrasto con il suddetto diritto;

b) in via subordinata, ordinare al Ministero dell'Istruzione, ai sensi dell'art. 33, comma 5, seconda



parte, della legge n. 104/92, di conferire alla ricorrente l'incarico di dirigente scolastico presso l'I.I.S.S. "Fermi-Mattei" di Isernia, sua attuale sede di servizio.

8.3. La causa veniva assegnata al Giudice Dr.ssa Michaela Sapio, che fissava l'udienza di discussione, ed il ricorso ed il decreto di fissazione venivano tempestivamente e ritualmente notificati al Ministero dell'Istruzione (B) e alla dott.ssa Tamara Viviana Isler (C).

8.4. Si costituiva il Ministero dell'Istruzione, anche nelle sue articolazioni territoriali U.S.R. per la Campania e U.S.R. per il Molise, con comparsa di costituzione e risposta (D), chiedendo il rigetto del ricorso.

8.5. A scioglimento della riserva assunta alla prima udienza del 12/9/2022 (H), il Giudice, con provvedimento del 19/9/2022 (I) disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati, nella specie i dirigenti degli istituti scolastici delle Regioni Campania e Molise cui sia stato conferito un incarico di dirigenza, in accoglimento di domande di mobilità interregionale, ovvero di reggenza, a decorrere dal 1.9.2022 e successivamente, autorizzando la notifica ai sensi dell'art. 151 c.p.c., mediante pubblicazione del ricorso sui siti istituzionali del Ministero dell'Istruzione e degli U.S.R. Campania e Molise, rinviando per il seguito all'udienza del 10/10/2022, di cui disponeva la trattazione scritta.

8.6. La ricorrente adempiva all'ordine di integrazione del contraddittorio, come da attestazioni di avvenuta pubblicazione sui siti istituzionali del Ministero e degli U.S.R. Campania e Molise (L, M e N).

8.7. La ricorrente depositava note di trattazione scritta per l'udienza del 10/10/2022 (O) e così l'amministrazione resistente, ed il Giudice, dato atto del rituale deposito delle note, si riservava (P).

8.8. Con l'ordinanza qui reclamata (doc. 35), il Giudice di prime cure respingeva il ricorso e condannava la ricorrente alle spese in favore del Ministero resistente.

8.9. Avverso tale ordinanza è proposto il presente reclamo, per i seguenti motivi di

DIRITTO

**SUL FUMUS BONI IURIS IN ORDINE ALLA DOMANDA PROPOSTA IN VIA PRINCIPALE:
ORDINE DI ASSEGNAZIONE DELLA RICORRENTE AL RUOLO DELLA REGIONE CAMPANIA,
NELLA SEDE DI SERVIZIO PIÙ VICINA AL DOMICILIO, IN NAPOLI, DELLA MADRE FAMILIARE
DISABILE IN SITUAZIONE DI GRAVITÀ (ART. 33, COMMA 5, PRIMA PARTE, DELLA L. N.**



104/1992, IN COMB. DISP. CON L'ART. 601 DEL D.LGS. N. 297/94).

9. In ordine alla domanda proposta in via principale, in prime cure la ricorrente deduceva ampiamente nel ricorso (pagg. 5-28), nonché, con puntuale e documentata replica a tutte le difese di cui alla comparsa di costituzione del Ministero, nelle note di trattazione scritta (pagg. 2-18).

10. L'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, stabilisce 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”*.

10.1. A sua volta il richiamato comma 3 (relativo al diritto ai permessi), per quanto di interesse, stabilisce che *“A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità [...]”* (si tratta del testo applicabile *ratione temporis*, quindi, di quello anteriore alla modifica operata dal D.Lgs. 30 giugno 2022, n. 105, pubblicato nella G.U. n. 176 del 29/7/2022 ed entrato in vigore il 13/8/2022; modifica, comunque, influente ai fini di causa, avendo soltanto aggiunto ai beneficiari anche gli uniti civilmente e i conviventi di fatto, ed ammesso la fruizione dei permessi a più familiari, fermo restando il limite complessivo di tre giorni).

10.2. Pertanto, ai fini del riconoscimento del diritto in parola è richiesto, solo per il caso in cui il lavoratore sia parente o affine di terzo grado del disabile grave assistito (ipotesi non ricorrente nella specie, trattandosi della madre, quindi parente di 1° grado), che la persona gravemente disabile non abbia genitori o coniuge (o che essi, se viventi, siano ultrasessantacinquenni o affetti da patologie invalidanti) e, comunque, nella specie, la disabile in questione è vedova ([doc. 16](#)) e non ha genitori viventi (che, avendo la stessa 70 anni, sarebbero comunque stati ben più che ultrasessantacinquenni!). Di contro, nel caso in cui, come nella specie, il lavoratore sia parente o affine entro il 2° grado, il diritto in questione (così come quello ai permessi di cui al comma 3, richiamato dal comma 5) spetta indipendente dalla presenza di altri familiari che in astratto possano occuparsene, alla sola condizione che a fruire del beneficio per l'assistenza alla stessa persona disabile sia un solo familiare (ed, addirittura, a seguito della modifica operata dal D.lgs. n. 105/2022, di cui si è detto *supra* § 10.1, è stata espressamente prevista la possibilità che i benefici possano essere fruiti da più di un familiare per l'assistenza allo stesso disabile).

10.3. Peraltro, ancor prima della modifica operata dal D.lgs. n. 105/2022 (che ha previsto la



possibilità di fruizione dei benefici da parte di più familiari del disabile), precedenti modifiche dell'art. 33 della L. 104/92 avevano già escluso la necessità che l'assistenza del disabile dovesse gravare unicamente sul solo familiare, che usufruiva dei benefici). A tal fine, deve tenersi conto delle modifiche che - prima nel 2000, e poi nel 2010 - sono state apportate all'art. 33 della l. n. 104/92. Infatti, nell'occuparsi di tale disposizione, **Cass. 6150/2019** ha osservato che il legislatore, con *“la L. n. 53 del 2000 ha eliminato il requisito della convivenza tra il lavoratore e il familiare handicappato, e poi con la L. n. 183 del 2010, art. 24, intervenendo sulla L. n. 53 del 2000, art. 20, comma 1, ha eliminato i requisiti della “continuità ed esclusività” dell'assistenza”* [...], quindi *“non necessariamente l'assistenza farà carico sul singolo familiare, anche in ragione della soppressione del requisito di esclusività dell'assistenza ai fini delle agevolazioni di cui si discute”*. Analogamente, **Trib. Milano, sent. 19/1/2021, n. 2275** ha osservato come, *“per effetto delle sopravvenute modifiche legislative, il diritto all'assegnazione presso la sede più vicina al domicilio della persona da assistere viene ora riconosciuto al lavoratore che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, anche nel caso in cui difettino i requisiti della “continuità” e della “esclusività” dell'assistenza. In altre parole, atteso che il comma 5 (trasferimenti) rimanda al comma 3 (permessi) per individuare i beneficiari del trasferimento, è necessario comunque che il lavoratore presti assistenza ad un parente o affine in situazione di handicap grave, anche saltuariamente e non in via esclusiva”*. Ed ancora, **Trib. Locri, ord. 12/3/2020, n. 3025**: *“La L. n. 183/2010 (art. 4) ha eliminato dal citato art. 33 comma 5 la previsione della continuità ed esclusività dell'assistenza che limitavano la concessione delle agevolazioni in questione”*.

10.4. In altre parole, tra i familiari che potenzialmente potrebbero prestare assistenza alla persona disabile, il legislatore lascia alla libera determinazione della famiglia di individuare chi debba usufruire, in via esclusiva (e dopo la modifica operata dal D.lgs. n. 105/2022, neppure più in via esclusiva), dei benefici di cui alla l. n. 104/92 (trattandosi di *“insindacabile scelta”*, come osservato da **Trib. Verbania, ord. 17/9/2020, n. 949**), tenuto altresì conto che *“una tutela piena dei soggetti deboli [vieppiù dei disabili gravi, come nella specie] richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana”* (Corte Cost., sent. n. 203/2013), che possono instaurarsi in modo diverso tra i membri della famiglia. Nella specie, peraltro, è la stessa madre della ricorrente che ha dichiarato di voler essere assistita unicamente da quest'ultima ([doc. 17](#)).

10.5. Sebbene, come appena visto, al fine dell'esercizio del diritto del lavoratore a scegliere la sede di lavoro più vicina a quella della persona con *handicap* in situazione di gravità assistita non sia richiesta dalla norma né la continuità né l'esclusività dell'assistenza (ed, addirittura, dopo la modifica operata dal D.lgs. n. 105/2022, sia consentita la fruizione dei benefici anche a più familiari del disabile assistito), nel caso di specie, peraltro, la ricorrente è l'unico familiare che assiste la propria suocera, essendo gli altri familiari impossibilitati a prestare assistenza alla persona disabile e comunque indisponibili a farlo, come emerge dalla documentazione che si produce ([doc. 17](#)), peraltro non potendo essi nemmeno essere obbligati a prestare assistenza, anche ove per ipotesi non fossero impossibilitati (vedasi *ex multis*: **Trib.**



Grosseto, ord. 8/10/2019, n. 1625; Trib. Locri, ord. 12/3/2020, n. 3025). In particolare:

- **Ciro Granato**, marito della ricorrente, è impossibilitato ad assistere la suocera in quanto invalido civile al 60% e ha subito recente intervento di angioplastica coronarica a seguito di infarto nel febbraio 2022 (cfr. documentazione medica prodotta, [doc. 17](#)), oltre ad essere l'assistenza incompatibile con la propria attività lavorativa di dipendente privato, a tempo pieno, di un'azienda in altro comune (Mariglianella), e i loro figli sono parimenti impossibilitati, in quanto l'assistenza alla nonna è incompatibile con le loro attività, **Anna Granato** di infermiera a tempo pieno dipendente dell'A.O.R.N. "Cardarelli", e **Emanuele Granato** di studente frequentante il corso di laurea presso l'Università Federico II di Napoli e di arbitro di calcio, oltre ad essersi dichiarati tutti indisponibili ad assistere **Maria Criscuolo**;

- **Mariano Sacco**, fratello della ricorrente, è impossibilitato ad assistere la madre in quanto tale assistenza è incompatibile con il proprio lavoro autonomo a tempo pieno, la di lui moglie **Angelina Bancalà** è impossibilitata in quanto l'assistenza alla suocera è incompatibile con la propria attività di lavoro dipendente, a tempo pieno, loro figlio **Carminé Sacco**, in quanto l'assistenza alla nonna è incompatibile con la propria professione di ingegnere svolta, a tempo pieno, presso una società, e le figlie **Sara Sacco** e **Maria Sacco**, in quanto l'assistenza alla nonna è incompatibile con la frequenza, a tempo pieno, dei loro corsi di laurea presso l'Università degli Studi di Salerno, ed in ogni caso sono tutti residenti in altra provincia (Salerno), oltre ad essersi dichiarati indisponibili ad assistere **Maria Criscuolo**;

- **Bruno Sacco**, fratello della ricorrente, è impossibilitato ad assistere la madre in quanto tale assistenza è incompatibile con la propria attività di lavoro autonomo che lo porta a frequenti viaggi, la di lui moglie **Rosaria Cuomo** è impossibilitata a prestare assistenza alla suocera in quanto tale assistenza è incompatibile con l'assistenza che già presta alla propria madre, gravemente affetta da morbo di Alzheimer, e i loro figli sono impossibilitati ad assistere la nonna in quanto tale assistenza è incompatibile con le loro attività svolte a tempo pieno, **Maria Sacco** di studentessa frequentante corso di laurea presso l'Università Federico II di Napoli, **Carminé Sacco** di lavoratore dipendente di azienda con cantiere a Venezia, e **Simona Sacco** di lavoratore dipendente privato presso struttura alberghiera Isola d'Ischia, oltre ad essere tutti residenti in altro comune (Portici), e ad essersi dichiarati tutti indisponibili ad assistere **Maria Criscuolo**;

- **Angelo Sacco**, fratello della ricorrente, è impossibilitato ad assistere la madre in quanto presta già assistenza a sua moglie, affetta da grave patologia alla vista ed avente grave deficit visivo, la di lui moglie **Chiara Rizzo** è impossibilitata ad assistere la suocera, oltre che per le appena riferite sue condizioni di salute, anche in quanto tale assistenza è incompatibile con la propria attività lavorativa di dipendente



pubblico, e le loro figlie sono impossibilitate ad assistere la nonna, in quanto tale assistenza è incompatibile con le loro professioni svolte a tempo pieno, Ilaria Sacco di avvocato, Valentina Sacco di anestesista, e Martina Sacco di farmacista e nutrizionista, oltre ad essersi dichiarati tutti indisponibili ad assistere Maria Criscuolo.

11. Dunque, nella specie sussistono pienamente i presupposti per l'esercizio del diritto di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, i cui tratti fondamentali, per quanto in questa sede rilevi, brevemente appresso si rammentano, in conformità agli orientamenti pacifici della giurisprudenza di seguito citata e di cui si produce rassegna ([doc. 26](#)).

12. **In primo luogo**, la giurisprudenza si è ormai da tempo consolidata nel ritenere che l'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 comporti la precedenza nella scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare da assistere, non solo all'inizio del rapporto di lavoro (mediante assegnazione della prima sede di servizio), ma **anche nel corso del rapporto** (mediante domanda di trasferimento); tra le tante, **Cass. civ., sez. lav., 18/2/2009, n. 3896; id., 18/12/2013, n. 28320; id., 3/8/2015, n. 16298; id., 15/1/2016, n. 585**. Ciò è stato ribadito anche di recente da **Cass. civ., sez. lav., 1/3/2019, n. 6150**: *“questa Corte (Cass. n. 28320 del 2010; n. 3896 del 2009) [...] ha statuito come la norma di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5 [...] è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto mediante domanda di trasferimento”* [...] *“dal punto di vista letterale, la disposizione in esame non contiene un espresso e specifico riferimento alla scelta iniziale della sede di lavoro e risulta quindi applicabile anche alla scelta della sede di lavoro fatta nel corso del rapporto, attraverso la domanda di trasferimento”*.

12.1. Peraltro, per il personale scolastico, ciò trova anche espressa previsione nell'**art. 601 d.lgs. n. 297/1994** (“Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”), il quale 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**”.

12.2. L'applicabilità ai dirigenti scolastici del citato art. 601 del d.lgs. n. 297/1994 (inserito nel Titolo IV “*Norme comuni al personale*”), in combinato disposto con la l. n. 104/1992, è affermata dalla costante giurisprudenza pronunciata su casi analoghi a quello che ci occupa ([doc. 26](#)), *ex multis*: **Trib. Velletri, sent. n. 102/2020; Trib. Novara, ord. caut. n. 522/2020; Trib. Napoli Nord, ord. caut. n. 49741/2019; Trib. Latina, ord. caut. n. 2678/2019; Trib. Siena, ord. caut. n. 2304/2019 e sent. n. 273/2019; Trib. Foggia, ord. caut. n. 28633/2019; Trib. Roma, ord. caut. n. 96252/2019; Trib. Castrovillari, decreto 8/7/2020**. Infatti, l'art. 601 d.lgs. 297/1994 è “*non a caso inserito tra le disposizioni*



comuni a tutto il personale scolastico [...] La disposizione non prevede limiti al proprio contenuto precettivo. Essa ha la struttura della norma imperativa incondizionata, portatrice di valori di rilievo costituzionale (art. 38, secondo comma. Cost.)” (Trib. Palermo, sent. n. 1491/2020; anche, Trib. Trani, collegio, decr. 8/12/2020, n. 5161). D’altra parte, il d.lgs. n. 297/1994, a confermarne l’applicazione ai dirigenti scolastici, è richiamato nelle premesse del bando di concorso, in forza del quale la ricorrente è stata assunta.

13. **In secondo luogo**, assolutamente pacifica è la giurisprudenza ([doc. 26](#)) nel riconoscere alla norma in questione natura **cogente** e **imperativa**, così da derogare a norme di rango subordinato (decreti ministeriali, bandi di concorso, CCNL, ecc.) e carattere **speciale**, e da derogare anche a norme di legge di carattere generale. Tra le tante, si vedano Trib. Cassino, sez. lav., ord. 27/8/2020, n. 5187, “la citata norma legislativa, attuativa di principi costituzionali e sovranazionali di solidarietà sociale e di tutela dei diritti fondamentali della persona con disabilità, è cogente ed imperativa, prevalendo sia sulle norme di rango subordinato, sia sulle disposizioni contrattuali e ha carattere di specialità, derogando a previsioni anche di rango legislativo di carattere generale”; Trib. Castrovillari, sez. lav., decr. 8/7/2020, “il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che l’art. 33, comma quinto, della legge n. 104 del 1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce norma imperativa”; Trib. Cosenza, sez. lav., sent. 28/1/2020, n. 174: “L’art. 33 comma 5 della legge n. 104 del 1992, sia per la ratio che per il tenore testuale è sicuramente una norma imperativa inderogabile [...] Detta norma si caratterizza come norma attuativa di quei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione sicché è innegabile che la stessa non sia derogabile”; Trib. Benevento, sez. lav., 23/3/2017, n. 377, “la natura di norma imperativa dell’art. 33, comma 5 L. n. 104 del 1992 è evincibile dalla ratio legis di essa e dalla sua collocazione all’interno di una legge contenente i principi dell’ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata (art. 2 L. n. 104 del 1992) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata...(cfr. art. 1 L. n. 104 del 1992). Detta norma, unitamente all’art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni di una lex specialis rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti”. Nello stesso senso, sempre in casi analoghi a quello che ci occupa, è la copiosissima ulteriore giurisprudenza¹ prodotta in rassegna ([doc. 26](#)).

14. **In terzo luogo**, altrettanto pacifico è nella giurisprudenza citata e prodotta ([doc. 26](#)), che la norma in parola dà luogo ad un vero e proprio diritto soggettivo alla scelta della sede di lavoro più vicina

¹ Trib. Marsala, sez. lav., 7/1/2020, n. 1, Trib. Tempio Pausania, sez. lav., 19/7/2017, n. 380; Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102; Trib. Siena, sez. lav., sent. 10/12/2019, n. 273; Trib. Napoli Nord, sez. lav., ord. cautel., 25/9/2019, n. 49741; Trib. Roma, sez. lav., ord. caut. 1/10/2019, n. 96252; Trib. Novara, sez. lav., ord. caut. 6/5/2020, n. 522; Trib. Palermo, sez. lav., 4/6/2020, n. 1465; Trib. Palermo, sez. lav., ord. 27/9/2019, n. 36001; Trib. Pesaro, in composizione collegiale, ord. 8/10/2020, n. 2347; Trib. Pavia, sez. lav., ord. 17/10/2020, n. 3026; Trib. Bologna, sez. lav., ord. 8/10/2019, n. 6788; Trib. Genova, sez. lav., ord. 23/10/2019, n. 3661; Trib. Rovigo, sez. lav., ord. 29/10/2019, n. 2108; Trib. Termini Imerese, sez. lav., ord. 15/10/2019, n. 17136; Trib. Reggio Calabria, sez. lav., ord. 4/11/2019, n. 18661; Trib. Grosseto, sez. lav., ord. 8/10/2019, n. 1625; Trib. Palmi, sez. lav., ord. 20/1/2020, n. 169; Trib. Ancona, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 339; Trib. Belluno, sez. lav., ord. 4/2/2020, n. 1451; Trib. Alessandria, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 145; Trib. Ancona, sez. lav., 5/3/2020, n. 78; Trib. Locri, sez. lav., ord. 12/3/2020, n. 3025; Trib. Treviso, sez. lav., ord. 24/1/2020, n. 272).



al domicilio del familiare assistito, condizionato solo dall'inciso "ove possibile", da intendersi non già nel senso che residui alcuno spazio di discrezionalità per il datore di lavoro, bensì nel senso che tale diritto possa essere limitato solo da esigenze oggettive e concrete (quindi non soggettive ed astratte) della parte datoriale, che non siano suscettibili di essere soddisfatte in altro modo e che spetta al datore allegare e provare. Nel pubblico impiego, di fatto, tale limite opera solo nel caso di mancanza di un posto vacante e disponibile, circostanza che è onere dell'amministrazione allegare e provare.

14.1. Si vedano *ex multis*, in casi analoghi a quelli *de quo* (mobilità dei dirigenti scolastici), Trib. Cassino, sez. lav., ord. 27/8/2020, n. 5187, e Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102 (che a loro volta richiamano Cass., sez. lav., sentenza n. 6150/2019): "Occorre partire da un breve excursus ricognitivo del fondamento normativo del diritto di precedenza per coloro che assistono familiari portatori di handicap. Imprescindibile il riferimento all'ultimo pronunciamento della S.C. in materia (si veda Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza 6150 del 2019) che dopo aver ricordato che le esigenze di tutela della persona affetta da disabilità trovano fondamento, a livello sovranazionale, nella stessa Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 dell'Italia (Corte Costituzionale, sent. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea, con decisione 2010/48/CE (cfr. Cassazione, sentt. 12911/2017; 25379/2016; 2210/2016) ha poi ribadito che "non v'è dubbio che il diritto non sia incondizionato - come reso evidente dall'inciso ove possibile contenuto nella norma - ma deve essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 41 Cost.". Tale bilanciamento, come già statuito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. sent. 9201/2012) dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare del disabile, col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive allegate e comprovate da parte datoriale, non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte. [...] Del resto, le esaminate pronunce confermano quanto autorevolmente già le Sezioni Unite, con pronuncia del 27 marzo 2008, n. 7945, avevano statuito: "la posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare - lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo di solidarietà tra i suoi componenti". Ne consegue che l'esercizio del diritto di scelta non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro, svolta in base a generiche o astratte/probabili esigenze di organizzazione aziendale, ma può arretrare soltanto di fronte alla prova della sussistenza di esigenze che non possono essere diversamente soddisfatte. Infatti, il diritto al trasferimento deve ritenersi precluso soltanto in mancanza della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato, il cui onere di allegazione e di asseverazione è a carico di parte datoriale (cfr. Cass 3896/2009)".

14.2. Si tratta di principi pacifici nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale, costantemente richiamati ed applicati dalla conforme giurisprudenza di merito sempre relativa a casi analoghi, *ex multis*:



Trib. Parma, sez. lav., sent. 5/6/2020, n. 54, secondo cui “Il solo limite, derivante dall’inciso “ove possibile” contenuto nella citata norma, è quello della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (cfr., fra le altre, Trib. Taranto ord. 13.8.2013 e ord. 15.9.2015; Trib. Palermo ord. 31.8.2017; Trib. Marsala n. 2/2018; Trib. Torino n. 339/2019)”; nello stesso senso: Trib. Siena, sez. lav., ord. caut. 4/9/2019, n. 2304, e sent. 10/12/2019, n. 273; Trib. Castrovillari, decr. 8/7/2020; Trib. Foggia, sez. lav., ord. caut. 22/7/2019, n. 28633; Trib. Palermo, sez. lav., sent. 4/6/2020, n. 1465.

15. Infine, assolutamente pacifica è la giurisprudenza nel ritenere che l’onere della prova circa la mancanza di un posto vacante e disponibile gravi sul datore di lavoro; Trib. Cassino, sez. lav., ord. n. 8631/2021 del 27/09/2021: “*parte convenuta non ha assolto all’onere probatorio su di lei gravante di provare l’assenza di posti vacanti e disponibili nei ruoli della dirigenza scolastica della regione Campania per l’a.s. 2021/2022, quale circostanza ostativa all’esercizio del diritto di precedenza ex art. 33, comma 5, L. n. 104/1992 da parte della ricorrente*”. Nello stesso senso, *ex multis*, Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102; Trib. Novara, ord. caut. n. 522/2020; Trib. Napoli Nord, ord. 49741/2019; Trib. Siena, ord. caut. 2304/2019 e sent. 273/2019; Trib. Palermo, sent. 1465/2020; trib. Milano, sez. lav., ord. 1/12/2020, r.g. n. 7840/2020, in conformità con quanto affermato dalle **Sezioni Unite Civili, con la sentenza n. 7945/2008** (“*la prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede fa carico poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, 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.*”) e ribadito anche dalla successiva costante giurisprudenza di legittimità (tra le tante, **Cass. civ., nn. 3896/2009, 9201/2012, 23857/2017 e 6150/2019**). E ciò, peraltro, anche in applicazione del noto principio della vicinanza della prova, come affermato in fattispecie analoga a quella che ci riguarda da **Trib. Milano, sez. lav., ord. 1/12/2020, r.g. n. 7840/2020**: “*deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l’onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto “più vicino” al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole. Pertanto, nella fattispecie che ci occupa, è il Ministero della Istruzione il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l’assegnazione dell’istante alla sede a lei più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la Legge n.104/1992 ha introdotto*”.

16. Nell’ordinanza reclamata, dopo esser state richiamate le norme rilevanti (art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 e l’art. 601 del d.gs. 297/94) e i principi affermati dalla giurisprudenza in materia, correttamente si concludeva che “*È indubbia l’efficacia imperativa della disposizione di cui al citato comma 5 dell’art 33, stante il rilievo, anche costituzionale, dei diritti che è diretto a tutelare. La Suprema Corte di Legittimità a Sezioni Unite ha però evidenziato come il diritto in esame non è assoluto o illimitato, in quanto presuppone, oltre agli altri requisiti*



previsti dalla legge, la compatibilità con l'interesse comune, dovendo il diritto alla tutela dell'handicappato essere temperato - come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - con le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro che, nel settore del lavoro pubblico, trovano anch'esse una copertura costituzionale (così Cass. SS.UU. n. 7945/2008 cit.). L'orientamento sopra indicato ha trovato conferma in successive pronunce (v. Cass. n. 3896/09; Cass. n. 15873/12), ribadendosi la necessità - in ogni caso - di dover temperare i diversi interessi in gioco" (ord. reclamata, pag. 3).

17. Sennonché, **sotto un primo profilo**, il Giudice di prime cure errava nell'applicazione "degli interessi in gioco" al caso concreto, in ciò "depistato" dall'ordinanza n. 1671 del 28/11/2019 del Tribunale di Mantova, ivi espressamente richiamata (ord. reclamata, ultimo capoverso di pag. 3 e primo capoverso di pag. 4), che però riguardava un caso diverso da quello che ci occupa.

17.1. Nel caso deciso dal tribunale mantovano, si discorreva del mancato riconoscimento del diritto di precedenza di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, in fase di assunzione di un dirigente scolastico vincitore di concorso (e non già, come nella specie, in fase di mobilità). A maggior chiarimento di tale differenza, va considerato che, nell'ordinanza del Tribunale di Mantova, veniva richiamato il Regolamento per la definizione delle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della dirigenza scolastica (D.M. 3 agosto 2017, n. 138, pubbl. in G.U. n. 220 del 20/9/2017) (**doc. 1**), il quale, all'art. 20 prevede una graduatoria generale di merito nazionale, in base alla quale i candidati dichiarati vincitori sono assegnati ai vari ruoli regionali, sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dai vincitori stessi all'atto dello scorrimento della graduatoria (fase nazionale di competenza del Ministero) e, poi, ciascun USR territorialmente competente assegna i vincitori alle istituzioni scolastiche della regione (fase regionale di competenza degli USR).

17.2. Ebbene, nell'art. 15, comma 3 del bando di concorso (D.D.G. n. 1259 del 23/11/2017 (pubblicato nella G.U. n. 90 del 24/11/2017), il Ministero dell'Istruzione aveva espressamente richiamato il diritto di precedenza di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, solo con riguardo alla fase regionale di competenza degli USR, così che ha ritenuto di non tener conto del suddetto diritto di precedenza nella precedente fase nazionale, di assegnazione dei vincitori alle regioni. Ne è derivato un nutrito contenzioso, nel quale i vincitori del concorso che assistevano familiari disabili gravi domiciliati in una regione lamentavano che, se la *ratio* del diritto di precedenza di cui all'art. 33 comma 5 (in comb. disp. con l'art. 601 del d.lgs. n. 297/94) è quella di consentire al lavoratore di prestare servizio nella sede più vicina al domicilio del disabile, fosse del tutto irragionevole essere assegnati ad una regione anche lontanissima, per poi consentire solo nell'ambito di quella regione l'esercizio di un diritto di precedenza, ovviamente inutile rispetto alla sua *ratio*.

17.3. Il Tribunale di Mantova, in una delle primissime pronunce occupatesi di quel contenzioso,



ritenne che non fosse possibile consentire l'esercizio del diritto di precedenza nella fase di assegnazione dei vincitori ai ruoli regionali, perché ciò avrebbe comportato un sovvertimento della graduatoria di merito; di contro, il successivo orientamento giurisprudenziale maggioritario s'è formato in senso opposto, sul rilievo che gli atti di normazione secondaria non possano derogare ad una legge dello Stato, essendo legittimo che il principio meritocratico possa subire limitazioni per garantire quei doveri inderogabili di solidarietà sociale a cui tutti siamo chiamati dall'art. 2 Cost.²

17.4. Independentemente dalla posizione che si prenda rispetto a quel contenzioso, dirimente ai nostri fini è che, nel caso che ci occupa, non vi è alcuna graduatoria di merito da seguire e l'applicabilità dei diritti di precedenza di cui agli artt. 21 e 33 della legge n. 104/92, nelle operazioni di mobilità, oltre ad essere espressamente prevista per il personale scolastico dall'art. 601 del d.lgs. n. 297/94, è altresì prevista dalla stessa circolare dell'USR Campania (**doc. 7**), con cui sono stati dettati i criteri da seguire: *“Le precedenza di cui alla legge 104/92 saranno trattate secondo il seguente ordine:*

a) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 a titolo personale e, congiuntamente, 33 legge 104/1992 per assistenza a familiare disabile ex art. 3 comma 3;

b) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 a titolo personale;

c) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 per assistenza a più di un familiare disabile ex art. 3 comma 3;

d) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 per assistenza a familiare disabile ex art. 3 comma 3.

A parità di condizioni concernenti le precedenza di cui sopra prevarrà il dirigente scolastico con la maggiore anzianità di ruolo”.

17.5. Non solo. Nel caso di specie, è stato il Ministero resistente ad aver sostenuto che i dirigenti scolastici le cui domande di mobilità interregionale sono state accolte erano *“**tutti** muniti di titolo di preferenza ex lege 104/1992”* (memoria di costituzione in prime cure, p. 2, qui prodotta quale **doc. D**), circostanza che, come si vedrà, non ha però documentato e che, comunque, si è rivelata non veritiera.

18. L'ordinanza reclamata prosegue affermando che *“Sotto altro profilo, inoltre, deve rilevarsi che la*

² **Trib. Velletri, sez. lav., sent. 21/1/2020, n. 102**, secondo cui l'art. 15 del bando è *“contrastante con la norma, di rango primario, di cui all'art. 33; la norma contenuta nel bando opera una surrettizia deroga ai principi e al dettato della L. n. 104 del 1992 e del D.Lgs. n. 297 del 1994, ma per il principio della gerarchia delle fonti una disposizione di natura secondaria non può violare - escludendone l'operatività - la norma di rango primario e speciale, oltre che cogente ed imperativa, che impone, certamente ove possibile, il rispetto della scelta di una sede disponibile più vicina al proprio domicilio”* [...] Il *“disposto del bando comporta lo sradicamento del lavoratore dal luogo di residenza del parente da curare, che implica un grave pregiudizio per le esigenze di assistenza, ragionevolmente radicate nel luogo prefato: si attua in tal modo una compressione ingiustificata di un diritto costituzionalmente protetto, atteso che una volta avvenuta l'assegnazione ad una regione comunque distante - anche di centinaia di chilometri - dal domicilio del familiare handicappato da assistere, per il lavoratore risulta poi del tutto indifferente la scelta tra l'una o l'altra sede nell'ambito di quella regione. Di fatto o si applica il diritto di precedenza con riferimento ad entrambe le fasi e quindi in primo luogo alla fase di assegnazione ai ruoli regionali o il diritto in oggetto può essere, come accade nel caso di specie, in concreto del tutto compromesso”*; **Trib. Siena, sez. lav., sent. 10/12/2019, n. 273**: *“la disposizione di natura secondaria non può violare la norma di rango primario e speciale della l. n. 104/1992”* e, nello stesso, anche **Trib. Napoli Nord, sez. lav., ord. cautel., 25/9/2019, n. 49741**, **Trib. Roma, sez. lav., ord. cautel. 1/10/2019, n. 96252**, **Trib. Novara, sez. lav., ord. caut. 6/5/2020, n. 522**, e **Trib. Palermo, sez. lav., 4/6/2020, n. 1465**, il quale aggiunge che *“la nullità del bando discende anche dalla mancata previsione di un trattamento differenziato a tutela del disabile, che costituisce discriminazione indiretta, ai sensi della direttiva n. 2000/78/CE”*.



domanda di parte ricorrente non appare neppure adeguatamente supportata circa l'individuazione di posti vacanti e disponibili a cui la medesima richiede di essere assegnata. La richiesta di assegnazione o trasferimento presso un ambito scolastico viciniore al disabile assistito, formulata ai sensi dell'art. 33 L. 104/1992, non può infatti assumere a suo esclusivo presupposto la vacanza del posto a cui il lavoratore richiedente aspira, poiché tale condizione, ancorché si versi nell'ambito del pubblico impiego "contrattualizzato", esprime una mera potenzialità, che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa dell'amministrazione di coprire talune vacanze. Pertanto, ai fini del riconoscimento del suddetto diritto, non basta la mera scoperta di organico, dovendo invece accadere che il posto (o i posti), oltre che vacante, sia anche "disponibile" e ricadendo il relativo onere probatorio attinente alla sussistenza di quest'ultimo requisito, concernente i fatti costitutivi del diritto alla scelta di sede, sul lavoratore, dal momento che l'eccezione da parte dell'Amministrazione convenuta di inesistenza del posto si risolve in una mera difesa (Cass. n. 1396/2006). Nel caso in esame, come eccepito dalla amministrazione resistente, nella Regione Campania non sussistono posti vacanti e disponibili, oltre quelli utilizzati per la mobilità interregionale, in quanto l'organico è saturo" (ord. reclamata, pag. 4).

18.1. In primo luogo, va osservato che la ricorrente ha esercitato il proprio diritto di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92 nell'ambito di una procedura di mobilità finalizzata alla copertura, per l'anno scolastico 2022/2023, di posti di dirigente scolastico vacanti e disponibili in Campania, a decorrere dal 1/9/2022. Pertanto, è pacifico che, al momento della domanda di mobilità della ricorrente, vi fossero posti vacanti e disponibili, sicché se anche fosse vero – e come si dirà non è vero – che gli unici posti vacanti e disponibili per la mobilità interregionale fossero solo i 62 utilizzati dall'USR Campania per la mobilità interregionale, la circostanza che l'organico sia saturo all'esito delle operazioni di mobilità, non toglie che il Ministero abbia l'onere di dimostrare di aver utilizzato tutti e 62 posti in favore di dirigenti scolastici titolari di precedenza rispetto alla ricorrente, prova che non ha fornito (ed, anzi, la ricorrente, resasi parte diligente, in prime cure ha dato prova del contrario).

18.2. In secondo luogo, il Giudice di prime cure non ha nemmeno fatto buon governo dell'onere della prova. Infatti, l'inciso "*ove possibile*" contenuto nell'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, se è vero che fa sì che il relativo diritto non sia assoluto, dovendosi contemperare con le esigenze datoriali, è altresì vero (si veda in proposito la granitica giurisprudenza, anche di legittimità, citata *supra* § 14-15) che il solo limite all'esercizio del diritto è dato da "**esigenze tecniche, organizzative e produttive allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive, ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte**" e che, nel pubblico impiego, "**il diritto al trasferimento deve ritenersi precluso soltanto in mancanza della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato, il cui onere di allegazione e di asseverazione è a carico di parte datoriale**".

18.3. Dello stesso avviso è anche la **Corte di Appello di Campobasso**, che, con la **sentenza n. 119/2021 (doc. 38, pag. 10)**, proprio in un'analoga controversia attinente alla mobilità dei dirigenti



scolastici e richiamando la giurisprudenza della Suprema Corte, ha affermato che “*grava, dunque, sulla parte datoriale l'onere di provare la sussistenza di ragioni organizzative, tecniche e produttive che impediscono l'accoglimento delle richieste del lavoratore che assista un portatore di handicap*”.

19. La mobilità dei dirigenti scolastici è disciplinata nell'art. 9, comma 4, del CCNL relativo al personale dell'Area V della Dirigenza del 15/7/2010 ([doc. 18](#)), che così recita: “*Su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza [e con il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta]* (parole tra parentesi quadre eliminate dall'art. 53 del CCNL relativo al personale dell'area istruzione e ricerca del 8/7/2019, [doc. 19](#)), *è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente*”.

20. Dunque, in base alla disciplina generale, il dirigente scolastico può richiedere la mobilità interregionale alla **(1)** scadenza del suo incarico (nella specie triennale), **(2)** previo assenso del dirigente dell'USR di provenienza (non essendo più previsto, invece, il consenso del dirigente dell'USR della regione richiesta, giusto art. 53 del CCNL dell'8/7/2019, che lo ha eliminato), **(3)** fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente.

20.1. Quanto al vincolo triennale, va osservato che l'odierna ricorrente è stata assunta, come dirigente scolastico, a decorrere dal 1/9/2019, così che il vincolo di permanenza triennale, alla data del 1/9/2022, alla quale si riferisce la mobilità, è superato.

20.2. Quanto al previo assenso dell'USR di provenienza, va osservato che il dirigente dell'USR Molise, con nota prot. n. 4745 del 21/6/2022, ha concesso alla ricorrente l'assenso alla mobilità in uscita ([doc. 9](#)).

20.3. Infine, la citata disposizione del CCNL consente la mobilità volontaria dei dirigenti scolastici solo “*fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente*”, tuttavia per l'anno scolastico 2022/2023 qui di interesse tale limite è stato derogato dal legislatore, con l'**art. 19-quater, primo periodo, del D.L. 27/1/2022, n. 4**, convertito con modificazioni dalla L. 28/3/2022, n. 25, che così recita: “*1. In deroga temporanea al limite fissato in sede contrattuale per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici, è reso disponibile il 60 per cento dei posti vacanti, annualmente, in ciascuna regione per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024 e 2024/2025*”.

21. I problemi agitati in prime cure, con il ricorso e con le note di trattazione scritta, attengono al modo - che la ricorrente ritiene non corretto - con il quale l'USR Campania ha calcolato in n. 62 tale 60% di posti disponibili *ex lege* per la mobilità interregionale dei dirigenti scolastici e, anche ammesso e non concesso che i posti vacanti e disponibili per la mobilità interregionale fossero realmente soltanto 62, come siano stati assegnati, ritenendo la ricorrente che non sia stato rispettato l'ordine di graduazione



delle precedenze *ex lege* n. 104/92, stabilito dallo stesso USR Campania nella circolare sulla mobilità del 14/6/2022 (**doc. 7**).

21.1. A fronte delle argomentate censure mosse dalla ricorrente, l'amministrazione resistente si è limitata in prime cure ad asserzioni non suffragate (ma anzi smentite) da prove e, di contro, l'ordinanza qui reclamata si è limitata ad affermare, senza motivare, che *“alcuna censura risulta ascrivibile alla parte resistente, né quanto all'individuazione dei posti da destinare alla mobilità interregionale, né per la graduazione dei richiedenti?”* (ord. reclamata, pag. 4).

22. In buona sostanza, l'amministrazione resistente ha sostenuto in prime cure:

A) che, in relazione alla mobilità interregionale per l'a.s. 2022/2023 (decorrente dal 1/9/2022), la quota del 60% era pari in Campania a 62, così che questo è il numero di posti destinabile alle operazioni di mobilità interregionale;

B) che si è proceduto al trasferimento per mobilità interregionale nei ruoli della dirigenza scolastica campana di n. 62 dirigenti scolastici;

C) che tutti i dirigenti scolastici trasferiti in Campania avevano titolo a chiedere la mobilità interregionale ed erano in possesso di precedenza ai sensi della legge n. 104/92, da preferirsi alla ricorrente in base a criteri di graduazione tra le precedenze, predeterminati dall'USR Campania;

D) che, all'esito delle operazioni di mobilità, le sedi scolastiche residue (normo-dimensionate, normo-dimensionate ai sensi della legge di bilancio 2021) sono state conferite in reggenza, ma queste sedi non sarebbero utilizzabili ai fini della domanda cautelare dell'odierna ricorrente

23. Si tratta di asserzioni infondate, ciascuna delle quali, di seguito, si sottopone a critica, così come già fatto in prime cure.

A) Sulla determinazione in n. 62 del 60% dei posti annualmente vacanti.

24. In via preliminare, ai fini di una migliore comprensione, è opportuno richiamare la distinzione delle istituzioni scolastiche in:

- **normo dimensionate** (in sigla “DIME”), ossia le istituzioni scolastiche che hanno un numero di alunni pari o superiore a 600 (o, se sedi disagiate, pari o superiore a 400), come previsto dall'art. 19, comma 5, del d.l. n. 98/2011, conv. in l. n. 183/2011, disposizione nata come transitoria, che però ha mantenuto la sua efficacia sino ad oggi, in forza dell'ultimo periodo del comma 5-ter dello stesso articolo;

- **eccezionalmente normo dimensionate ai sensi della Legge di Bilancio 2021** (in sigla “DIME L.B.”), ossia le istituzioni scolastiche che hanno un numero di alunni pari o superiore a 500 ma inferiore a 600 (o, se sedi disagiate, pari o superiore a 300 ma inferiore a 400), come previsto dall'art. art. 1, comma 978, della legge 178/2020 (Legge di Bilancio 2021), inizialmente solo per l'a.s. 2021/22, ed a



seguito della modifica operata con l'art. 1, comma 343, della l. 30/12/2021, n. 234, anche per gli aa.ss. 2022/23 e 2024/25;

- **sottodimensionate** (in sigla "SOTTO"), ossia le istituzioni scolastiche con un numero di alunni inferiore a 500 (o, se sedi disagiate, inferiore a 300), alle quali, a differenza delle altre, come previsto dalle norme sopra citate, non possono essere assegnati dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato, e devono essere conferite in reggenza a dirigenti scolastici titolari di incarico presso altre istituzioni scolastiche.

25. In Campania, nell'a.s. 2022/2023, quindi al 1/9/2022, le sedi DIME sono 873, le sedi DIME L.B. sono 80 e le sedi SOTTO sono 28 (cfr. **all. 1** prodotto in prime cure dal Ministero resistente, qui prodotto quale **doc. E**).

26. Con la circolare del 14/6/2022 sulle operazioni di mobilità a.s. 2022/23 (**doc. 7**), l'USR Campania ha elencato 114 sedi (tutte sedi DIME) disponibili al 1/9/2022, esprimibili nella domanda di mobilità, ma al contempo precisava che *"il numero delle sedi disponibili (n.114), riportate nell'elenco allegato, non coincide con il numero dei posti vacanti su cui effettuare il calcolo anzidetto (n. 44)"*, ossia il calcolo del 60%.

26.1. Prendendo al momento per valido il numero di 44 posti vacanti e disponibili (ma anticipando sin da ora che è questo il punto *dolens* su cui si tornerà), nella stessa circolare ancora si legge che *"tenuto conto della necessità di dare esecuzione, a far data dal 01/09/2022, alle ordinanze cautelari dei giudici ordinari concernenti la mobilità interregionale (n. 17), potranno essere accettate al massimo n.16 istanze"*, ossia $44 - 17 = 27$, il cui 60% è pari a 16.

26.2. Sennonchè, due circostanze hanno innalzato da 16 a 62 il numero di istanze di mobilità interregionale ritenute accoglibili dall'USR Campania.

26.3. In primo luogo, il legislatore, con l'art. 47, comma 8, del d.l. 30/4/2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29/6/2022, n. 79, ha espressamente chiarito che le sedi DIME L.B. sono *"disponibili per le operazioni di mobilità regionali e interregionali"*, e di conseguenza l'USR Campania, con successiva circolare del 5/7/2022 (**doc. 22**), ha pubblicato l'elenco delle 80 sedi DIME L.B. campane e riaperto i termini per la presentazione delle domande di mobilità, per consentire ai dirigenti scolastici di poter esprimere le loro preferenze anche su queste sedi. In proposito, la difesa erariale dà atto che al numero su cui calcolare la quota del 60% *"va aggiunto il numero delle scuole normo-dimensionate da legge di bilancio; scuole che per l'anno scolastico 2022/2023 sono pari a 80"* (memoria di costituzione in prime cure, p. 8, qui prodotta quale **doc. D**).

26.4. In secondo luogo, la difesa erariale ha riferito in prime cure che il numero delle (asserite) ordinanze cautelari concernenti la mobilità interregionale, da eseguire, inizialmente 17, è salito a 20 (memoria di costituzione in prime cure, p. 7).

26.5. Pertanto, l'USR Campania ha ritenuto di calcolare la quota del 60% delle sedi complessivamente vacanti utilizzando quale base di computo le 44 sedi DIME e le ulteriori 80 sedi



DIME L.B. e sottraendo il numero delle 20 sedi da utilizzare per l'esecuzione delle ordinanze cautelari (originariamente 17). Pertanto, $44 + 80 - 20 = 104$, il cui 60% è pari, appunto, a 62. In proposito, la difesa erariale riferisce che *“In conclusione, deve riconoscersi che il numero di posti destinabili alle operazioni di mobilità ha raggiunto il n. 62 (44 posti vacanti e disponibili, cui si sommano le 80 scuole dimensionate da legge di bilancio [n.d.r., e si sottraggono i posti per eseguire le 20 ordinanze cautelari] per un totale di 104 scuole, su cui calcolare il 60% pari a 62,4 da arrotondarsi matematicamente a 62)”* (memoria di costituzione in prime cure, p. 8).

27. A questo punto, in merito a siffatto calcolo che ha condotto a ritenere accoglibili solo 62 domande di mobilità interregionale, devono richiamarsi le contestazioni sollevate nel ricorso ex art. 700 c.p.c., e che non hanno trovato risposta nelle deduzioni e produzioni del Ministero costituito.

28. In primo luogo, in ricorso (§ 30.3) si è contestato il numero (20) delle sedi detratte dal Ministero da quelle utilizzabili per la mobilità, in asserita esecuzione di ordinanze cautelari, la cui prova grava sul Ministero. A fronte di tale specifica contestazione, il Ministero avrebbe ben potuto e dovuto produrre le 20 ordinanze cautelari, al fine di dimostrarne l'esistenza ed il contenuto e, quindi, provare di aver legittimamente detratto 20 posti da quelli vacanti e disponibili su cui calcolare la quota del 60%. Invece, non solo non le ha prodotte, ma addirittura vana è stata apposita istanza di accesso agli atti presentata dalla ricorrente in data 12/8/2022 (che si produce, **doc. 39**). In proposito si veda, in contenzioso analogo a questo, l'**ordinanza n. 17082/2022 del Tribunale di Velletri (doc. 37, pag. 7)**, ove si legge che *“il Ministero allega, ma a giudizio della scrivente non prova in modo adeguato che 17 posti vacanti e disponibili sono stati assegnati in esecuzione di altrettante ordinanze cautelari [poi addirittura salite a 20!] emesse da vari Tribunali che, tuttavia, non produce nel presente giudizio”*.

29. Altro punto *dolens*, come sopra anticipato, riguarda il modo con cui, delle 114 sedi disponibili, elencate nella circolare del 14/6/2022 (**doc. 7**), l'USR Campania è pervenuto a ritenere vacanti solo 44, su cui effettuare il calcolo della quota del 60%. Nella circolare precisava che:

“il numero delle sedi disponibili (n.114), riportate nell'elenco allegato, non coincide con il numero dei posti vacanti su cui effettuare il calcolo anzidetto (n.44), dovendosi tenere conto:

- delle sedi che abbiano un numero di alunni pari o superiore a 500 alunni (300 per i comuni montani e le piccole isole) ma inferiore a 600 alunni (400 per i comuni montani e le piccole isole) atteso che il diverso limite numerico di cui all'art. 1 comma 978 della lg. 178/2020, come modificato, non dispone l'incremento delle facoltà assunzionali e non dispone l'autorizzazione ad assumere a tempo indeterminato o ad utilizzare tali sedi per la mobilità interregionale;

- del numero dei dirigenti scolastici in posizione di stato (n.19),

- del numero dei dirigenti scolastici perdenti posto per sopravvenuto dimensionamento o sottodimensionamento della sede di titolarità (n.5),

- del numero dei posti attualmente accantonati per contenziosi pendenti (n.1)”.

29.1. Sennonchè, in ricorso (§ 28.3) si è dedotto che un primo rilievo deve essere sollevato in ordine al numero di sedi che l'amministrazione ha sottratto dalle n. 114 disponibili perché da lasciare



libere per i dirigenti scolastici perdenti posto per sopravvenuto dimensionamento o sottodimensionamento della sede di titolarità (n. 5) o per accantonarle nelle more di un contenzioso pendente (n. 1) o per i dirigenti scolastici in posizione di stato (n. 19), ossia i dirigenti che sono temporaneamente titolari di sede nominale, ove non svolgono effettivamente l'incarico dirigenziale per varie ragioni (distacco, aspettativa, ecc.), ma che hanno diritto alla conservazione del posto da dirigente scolastico. In particolare, l'odierna ricorrente ha contestato le suddette cifre (rispettivamente 5, 1 e 19), così che spettava al Ministero resistente darne prova, indicando nominativamente i dirigenti scolastici e le relative situazioni a cui si è riferito nella loro determinazione, mentre a ciò ha del tutto omesso di provvedere.

29.2. Si è altresì dedotto in ricorso (§28.4) che, in ogni caso, anche a voler ritenere corretta la sottrazione di n. 25 sedi (ossia $5 + 1 + 19$) dalle n. 114 sedi disponibili, il secondo rilievo che si solleva è che si sarebbe comunque dovuto pervenire al risultato di 89 (ossia $114 - 25$) e non di 44. Palesemente illogica ed infondata è la motivazione addotta in proposito dalla difesa erariale (memoria di costituzione in prime cure, pp. 6-7): *“il numero delle sedi disponibili e vacanti è risultato pari a n. 44, in quanto in organico devono calcolarsi:*

- n. 19 sedi riservate a dirigenti scolastici in posizione di stato;
- n. 5 sedi riservate a dirigenti scolastici perdenti posto per sottodimensionamento della sede di titolarità;
- n. 28 istituti sottodimensionati e, dunque, non attribuibili in titolarità;
- n. 80 istituti eccezionalmente considerati dimensionati dall'art. 1, comma 978, della legge 178/2020 (legge di bilancio 2021);
- n. 1 sede accantonata per un contenzioso pendente”.

29.2.1. Tale motivazione avversaria è, innanzitutto, illogica, in quanto se dal numero 114 si sottraggono 19, 5, 28, 80 e 1, non si perviene a 44, ma addirittura ad un risultato negativo (ossia -19).

29.2.2. Tale motivazione è, altresì, manifestamente infondata, in quanto le 28 sedi SOTTO e le 80 sedi DIME L.B. **non** erano incluse nell'elenco delle 114 sedi disponibili (tutte sedi DIME), così che giammai possono essere sottratte da queste! Per avere conferma di ciò è sufficiente confrontare le 114 sedi elencate nel **doc. 7**, con le 80 sedi DIME L.B. campane (indicate nell'elenco allegato al doc. 23) ed altresì con le 28 sedi SOTTO campane (indicate, con la sigla SOTTO, nell'elenco allegato al doc. 23).

30. Pertanto, il calcolo con il quale l'USR Campania (v. *supra* § 24.5) è pervenuto a determinare in misura di 62 i posti vacanti e disponibili, utilizzabili per la mobilità interregionale (ossia $44 + 80 - 20 = 104$, il cui 60% è pari, appunto, a 62) è manifestamente errato per difetto, vuoi perché al dato di 44 si è pervenuti operando, dalle 114 sedi suddette, detrazioni che non dovevano essere effettuate (v. *supra* §§ 29.1 e ss.), vuoi perché anche il dato dei 20 posti detratti per l'asserita esecuzione di altrettante ordinanze cautelari è rimasto contestato, senza che controparte abbia fornito prova alcuna di tali ordinanze, il cui numero ha ritenuto arbitrariamente di portare in detrazione.



31. In definitiva, considerato che la base di calcolo su cui computare la quota del 60% è ben più elevata di 104, i posti vacanti e disponibili in Campania, utilizzabili per la mobilità interregionale, sono più dei 62 asseriti dal Ministero resistente (cfr. anche la già citata **ordinanza n. 17082/2022 del Tribunale di Velletri**, prodotta come **doc. 37**), così che residuano ulteriori posti vacanti e disponibili, unica condizione per l'esercizio del diritto di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92, in cui - nel pubblico impiego - si sostanzia l'inciso "*ove possibile*" (v. la costante giurisprudenza, anche di legittimità, citata).

B) Sul numero effettivo di trasferimenti per mobilità interregionale disposti in ingresso nel ruolo della dirigenza scolastica campana.

32. La difesa erariale ha dedotto che "*L'U.S.R. per la Campania ha proceduto al trasferimento per mobilità interregionale nei ruoli della dirigenza scolastica campana di n. 62 dirigenti scolastici*" (memoria di costituzione in prime cure, p. 5), ossia in numero pari ai posti vacanti e disponibili a ciò utilizzabili.

33. Ammesso (e non concesso, per quanto tutto sopra esposto) che tali posti vacanti e disponibili fossero realmente 62, non risponde al vero che l'USR Campania abbia proceduto al trasferimento per mobilità interregionale di n. 62 dirigenti, bensì soltanto di 60, così che residuano (almeno) ulteriori due posti.

33.1. Infatti, come dedotto in ricorso (§ 30), con il decreto del 15/7/2022 (**doc. 10**), l'USR Campania accoglieva n. 62 domande di mobilità interregionale e dava (asserita) esecuzione a n. 20 provvedimenti giudiziari. Tuttavia, successivamente, come parimenti dedotto in ricorso (§ 30.2), l'USR Campania apportava una modifica al suddetto decreto, con il decreto n. 30565 del 29/7/2022 (**doc. 11**), revocando l'assegnazione di n. 2 sedi a dirigenti scolastici (Marina D'Istria e Antonio Volpe) provenienti da altra regione, che hanno rinunciato alle domande di mobilità interregionale che erano state accolte in loro favore, così che 60 (e non 62) sono i trasferimenti per mobilità interregionale nel ruolo della dirigenza scolastica campana. Ininfluenza su tale numero è, invece, l'esecuzione di un ulteriore provvedimento giudiziario, in favore della d.s. Daniela Vigliotti, in quanto la difesa erariale (memoria di costituzione, p. 8) riferisce che tale esecuzione è avvenuta, su posto divenuto vacante e disponibile a seguito dell'accoglimento della domanda di mobilità in uscita dalla Campania di altra d.s. (Matilde Consalvo).

34. Anche per tale ragione, da sola dirimente ai fini del decidere, è provata la vacanza e disponibilità di almeno 2 posti utilizzabili per la mobilità interregionale.

C) Sulle domande dei dirigenti scolastici accolte dall'USR Campania

35. La difesa erariale ha asserito in prime cure che i posti vacanti e disponibili (62) sono stati assegnati a dirigenti scolastici "*tutti muniti di titolo di preferenza ex lege 104/1992*" (memoria di costituzione in prime cure, p. 2), aventi titolo alla mobilità interregionale e in possesso di titoli di precedenza ai sensi



della legge n. 104/92, preferenziali rispetto a quello della ricorrente, e che, di conseguenza, l'organico sia saturo. Tuttavia, ha omesso di fornire prova di tali asserzioni, che, in ogni caso, sono infondate.

36. Innanzitutto, si deve osservare che nelle produzioni n. 2 e 10 dell'amministrazione resistente in prime cure (qui prodotte come doc. F e G) sono presenti soltanto 38 domande rispetto alle 62 accolte. In particolare, è stata omessa la produzione delle domande dei dd.ss. Attanasio Margherita, Augusto Angela, Balbi Domenico, Boniello Annalisa, Dato Donatella, Di Donato Angela, Esposito Rita, Faiella Tiziana, Incoronato Maria, Mangano Viviana, Marino Antonia, Napolitano Pasquale, Nobler Ivana, Pappalardo Elena, Pelella Anna Pia, Pollio Lucia, Rizzo Maria Antonietta, Ruggiero Renata, Russo Beatrice Rosa, Saviello Concetta, Sorvillo Rosa e Vessella Carmela Rita, tutti dirigenti scolastici le cui domande di mobilità interregionale sono state accolte, come risulta dal decreto del 15/7/2022 (**doc. 10**).

37. In secondo luogo, si deve osservare che si tratta di domande di mobilità, in parte carenti degli allegati che comprovino il possesso dei titoli di precedenza di cui alla l. n. 104/92 e, in altra parte con allegati oscurati - probabilmente per ragioni di malinteso diritto alla *privacy* - finanche nei dati anagrafici dei familiari presenti sulla documentazione medica, così da privarli di riferibilità soggettiva certa.

37.1. In controversia del tutto analoga, relativa alla mobilità dei dirigenti scolastici dello scorso anno scolastico, i Tribunale di Cassino, con ord. 5/10/2021, n. 8923, si è così pronunciato: *“Deve peraltro rilevarsi che l'Amministrazione convenuta neppure ha provato che i quattro dirigenti scolastici ammessi alla mobilità interregionale in ingresso nella Regione Campania per l'a.s. 2021/2022 avevano tutti una posizione migliore rispetto a quella della ricorrente”. [...] Giova rammentare che la scelta della parte resistente di allegare documentazione “oscurata nei dati sensibili e sensibilissimi” non era invero imposta dalla normativa a tutela della privacy, in quanto quest'ultima risulta recessiva rispetto alla necessità di produzione in giudizio dei documenti contenenti dati sensibili e sensibilissimi di terzi per l'esercizio del diritto di difesa (cfr. Cass. civ. n. 3034/2011; Cass. civ. n. 3358/2009). Tale scelta, di contro, ha eliminato ogni efficacia probatoria dei summenzionati documenti quanto alla loro riferibilità soggettiva ai dirigenti scolastici asseritamente titolari di posizioni preferenziali rispetto alla odierna ricorrente”*.

38. Ad ogni modo, sulla base delle produzioni avversarie, si evince che, tra i dirigenti scolastici ai quali è stata concessa la mobilità interregionale (elencati nel decreto del 15/7/2022, **doc. 10**), molti non erano alla scadenza del loro contratto, che per i dirigenti scolastici è un incarico dirigenziale triennale, così che non avevano titolo ad ottenere la mobilità interregionale. Infatti, l'art. 9, comma 4, del CCNL 15/7/2010 stabilisce che si può procedere alla mobilità interregionale *“su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico”*, così che, trattandosi nel caso di specie della mobilità interregionale per l'a.s. 2022/2023, con decorrenza dal 1/9/2022, avevano titolo a parteciparvi solo i dirigenti scolastici i cui contratti erano in scadenza al 31/8/2022 (come quello della ricorrente).

38.1. Dalle stesse domande di mobilità prodotte dal Ministero resistente si evince la scadenza del contratto **al 31/8/2023** quanto ai dd.ss. Odatto Dorotea (all. 10 fasc. Min., pag. 41 di 141), Di Ruocco Grazia (all. 10 fasc. Min., pag. 69 di 141) e Tufarelli Giovanna (all. 10 fasc. Min., pag. 123 di 141), e la



scadenza del contratto addirittura **al 31/12/2024** quanto ai dd.ss. Sessa Bernardino (all. 10 fasc. Min., pag. 19 di 141), Gramazio Antonella (all. 10 fasc. Min., pag. 85 di 141), Miele Nazzareno (all. 10 fasc. Min., pag. 105 di 141), Petrillo Pamela (all. 10 fasc. Min., pag. 109 di 141) e Bosnia Erminia all. 2 fasc. Min., pag. 1 di 27).

38.2. Risulta, quindi, provato *per tabulas* che, quanto meno a 8 dirigenti scolastici, è stata concessa la mobilità interregionale in violazione dell'art. 9, comma 4, del CCNL 15/7/2010, invocato dalla stessa difesa erariale!

39. A questo punto, occorre passare ad occuparsi dei titoli di precedenza di cui alla l. n. 104/92.

39.1. Le fattispecie che vengono in rilievo sono due:

1) la fattispecie di cui all'**art. 21 della l. 104/92** (c.d. a titolo personale) è relativa al caso in cui sia il lavoratore ad essere personalmente persona con *handicap* (anche ex art. 3, comma 1, stessa legge, quindi non necessariamente in situazione di gravità ex art. 3, comma 3) ed al contempo con invalidità civile superiore ai 2/3 (67%);

2) la fattispecie di cui all'**art. 33, comma 5, della l. 104/92** (c.d. per assistenza a familiare) è relativa al caso in cui il lavoratore assiste un familiare con *handicap* in situazione di gravità ex art. 3, comma 3, stessa legge (in tal caso non essendo sufficiente un handicap lieve ex art. 3, comma 1).

39.2. Rispetto a tali fattispecie, l'art. 601 del d.lgs. n. 297/1994 (T.U. Istruzione) specifica che *“Gli articoli 21 e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104 [...] comportano la precedenza in sede di mobilità”*.

39.3. Di conseguenza, l'USR Campania, con circolare del 14/6/2022 (doc. 7), ha stabilito che:

“Le precedenze di cui alla legge 104/92 saranno trattate secondo il seguente ordine:

a) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 a titolo personale e, congiuntamente, 33 legge 104/1992 per assistenza a familiare disabile ex art. 3 comma 3;

b) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 a titolo personale;

c) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 per assistenza a più di un familiare disabile ex art. 3 comma 3;

d) Precedenza ai sensi della legge 104/1992 per assistenza a familiare disabile ex art. 3 comma 3.

A parità di condizioni concernenti le precedenze di cui sopra prevarrà il dirigente scolastico con la maggiore anzianità di ruolo”.

39.4. La difesa erariale riferisce che i dirigenti scolastici trasferiti in Campania erano **“tutti muniti di titolo di preferenza ex lege 104/1992”** (memoria di costituzione, p. 2) [circostanza rivelatasi non vera, v. *infra* § 35 e ss.] e che, quindi, tra di essi, si è tenuto conto dei suesposti criteri di graduazione; in particolare, in considerazione del numero limitato di posti vacanti e disponibili, la mobilità interregionale è stata concessa in favore di tutti i dirigenti con ruolo anteriore al 2019, che si trovavano nella condizioni *sub a), b), c) o d)* ed ai dirigenti con ruolo 2019 o successivo, che si trovavano nelle condizioni *sub a), b) o c) e*, quindi, non anche ai dirigenti che - come la ricorrente - sono stati immessi in ruolo dal 2019 e che si trovavano nella condizione *sub d)*, ossia che prestano assistenza ad un solo familiare disabile grave ex



art. 3 comma 3 (memoria di costituzione, pp. 10-11) [circostanza quest'ultima rivelatasi non vera, v. *infra* § 41].

39.5. Sennonché il Ministero resistente, non producendo le domande di mobilità (complete di allegati non omissati) di tutti i dirigenti scolastici, ha omesso di fornire la prova delle sue deduzioni e tanto già sarebbe sufficiente, a fronte della contestazione, sollevata in ricorso (§§ 31-31.1) in merito alla mancanza di titoli di precedenza in capo ad alcuni dd.ss. beneficiari della mobilità interregionale.

40. Tuttavia, nel frattempo, l'odierna ricorrente ha potuto acquisire, mediante accesso agli atti presso l'USR Campania, copia delle domande di mobilità di alcuni dirigenti scolastici che si producono complete di allegati, dalle quali si evince l'assenza di titolo di precedenza ex legge 104/92 almeno in relazione almeno ai seguenti 4 dirigenti scolastici:

- 1) **Imperatrice Alessandro:** nella sua domanda di mobilità (**doc. 28**) non dichiara alcuna precedenza ai sensi della legge 104/92, né la documenta, ma rappresenta soltanto una – irrilevante, ai fini che ci riguardano - esigenza di ricongiungimento familiare con figlio minore di 3 anni, ex art. 42-bis d.lgs. 151/2001 (**doc. 28**, pag. 2); esigenza irrilevante, vuoi perché tale norma - a differenza della l. n. 104/92 - prevede solo la facoltà di una assegnazione temporanea e non già il diritto di precedenza in fase di mobilità (trasferimento definitivo), vuoi perché lo stesso Ministero resistente ha determinato, quali criteri di precedenza nelle operazioni di mobilità interregionale, il possesso dei titoli di cui alla l. n. 104/92 e affermato in questa sede (memoria di costituzione, p. 2) - ma contrariamente al vero - che i dirigenti scolastici trasferiti in Campania erano tutti in possesso di titoli di precedenza di cui alla legge n. 104/92;
- 2) **Buono Tiziana:** nella sua domanda di mobilità (**doc. 29**) dichiara precedenza ai sensi della legge 104/92 sia a titolo personale, sia per assistenza a familiare (**doc. 29**, pag. 1), precedenza che però non sussiste; infatti, quanto alla precedenza a titolo personale, è allegato un verbale di accertamento di *handicap* ex art. 3, comma 1, l. n. 104/92 (doc. 29, pag. 18), non è allegato alcun verbale di accertamento della propria invalidità civile (quindi non ricorre la fattispecie di cui all'art. 21, che richiede anche l'invalidità); quanto alla precedenza per assistenza a familiare, sono allegati un (irrilevante) verbale di accertamento di invalidità civile al 67% e un verbale di accertamento di *handicap* ex art. 3, comma 1, l. n. 104/92 (doc. 29, pag. 5-16) (quindi non ricorre la fattispecie di cui all'art. 33, comma 5, che richiede un *handicap* in situazione di gravità ex art. 3 comma 3), verbali riferiti a tale Celio Mariarosaria, senza che peraltro sia allegata alcuna autocertificazione attestante che si tratti di familiare e che sia assistito dalla istante;
- 3) **D'Anna Gelsomina:** nella sua domanda di mobilità (**doc. 30**) dichiara precedenza ai sensi dell'art. 21 legge 104/92 a titolo personale (doc. 30, pag. 2), precedenza che però non sussiste; infatti, è allegato un verbale di accertamento di *handicap* ex art. 3, comma 1, l. n. 104/92 (**doc. 30**, pag. 8), mentre non è allegato alcun verbale di accertamento della propria invalidità civile (quindi non ricorre la fattispecie di cui all'art. 21, che richiede anche l'invalidità);



4) **Rizzo Maria Antonietta**: nella sua domanda di mobilità (**doc. 31**) dichiara precedenza ai sensi della legge 104/92 per assistenza a familiare (**doc. 31**, pag. 1), precedenza che però non sussiste; infatti, non è allegato alcun verbale di accertamento di handicap ex art. 3, comma 1, l. n. 104/92 (quindi non ricorre la fattispecie di cui all'art. 33, comma 5, che richiede un handicap in situazione di gravità ex art. 3 comma 3).

41. Infine, non risponde al vero nemmeno l'asserzione della difesa erariale secondo cui *“sono state prese in considerazione le richieste di mobilità dei dirigenti scolastici entrati in ruolo nel 2019 e titolari sia dei diritti derivanti dall'art. 3, comma 3, della legge 104/1992 per assistenza a familiare, che dei diritti derivanti dall'art. 3, comma 3, della legge 104/1992 a titolo personale ovvero per assistenza ad altro familiare (in sostanza, con due titoli di precedenza ex lege 104/1992)”* (memoria di costituzione in prime cure, p. 1), in quanto risultano, invece, essere state accolte anche domande di mobilità presentate da dirigenti scolastici entrati in ruolo nel 2019 e che prestano assistenza ad un solo familiare disabile in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 (ossia con unico titolo di precedenza, in particolare quello previsto dall'art. 33, comma 5, della legge 104/92, ed indicato con la lettera d) nella scala di graduazione delle preferenze di cui *supra* § 39.3).

41.1. A tal proposito si producono le domande dei seguenti dirigenti scolastici, immessi in ruolo nel 2019 e con un unico titolo di precedenza (assistenza a familiare disabile in situazione di gravità ex art. 3 comma 3), al pari della ricorrente:

1) **Puzo Loredana**: nella sua domanda di mobilità (**doc. 32**) dichiara immissione nel ruolo dei dirigenti scolastici dal 1/9/2019 (doc. 32, pag. 1) e un unico familiare (padre) con handicap ex art. 3 comma 3 (doc. 32, pag. 2);

2) **Sorvillo Rosa**: nella sua domanda di mobilità (**doc. 33**) dichiara immissione nel ruolo dei dirigenti scolastici dal 1/9/2019 (doc. 33, pagg. 1 e 51) e un unico familiare (nonna) con handicap ex art. 3 comma 3 (doc. 33, pag. 2);

3) **Valle Giuseppe**: nella sua domanda di mobilità (**doc. 34**) dichiara immissione nel ruolo dei dirigenti scolastici dal 1/9/2019 (doc. 34, pag. 1) e un unico familiare (padre) con handicap ex art. 3 comma 3 (doc. 34, pag. 2).

41.2. Anche tali censure sono state tutte ritenute fondate, in contenzioso analogo a questo, dall'**ordinanza n. 17082/2022 del Tribunale di Velletri (doc. 37, pagg. 7-8)**, ove si legge che *“quanto ai requisiti soggettivi dei dirigenti che hanno ottenuto il trasferimento in Campania, si osserva che, dalle domande di mobilità prodotte dalla difesa della ricorrente in allegato alle note autorizzate del 10.10.2022 -acquisite in corso di causa previa domanda di accesso agli atti-, risulta che i sottoelencati dirigenti scolastici non erano in possesso di un valido titolo di precedenza ex L. 104/1992 o, a parità di titoli rispetto alla ricorrente, non vi è prova che avessero una maggiore anzianità di servizio o altri titoli di prelazione”*.

41.3. Trattasi di questione già ritenuta dirimente, ai fini dell'accoglimento del ricorso, in contenzioso analogo a questo, anche dalla Corte di Appello di Campobasso, nella sentenza n. 119/2021



(doc. 38, pag. 13), ove si legge che *“il Miur non ha documentato che tutti i dirigenti trasferiti in Campania si trovassero in tale situazione e che avessero, dunque, diritto al trasferimento con preferenza rispetto a chi, come la Concilio, avesse fatto valere l'esigenza di assistenza ad un congiunto disabile. E, anzi, l'appellante ha dimostrato che almeno per uno dei dirigenti trasferiti in Campania, tale Lieto Attilio, la documentazione prodotta in allegato alla domanda di mobilità (all. 17), dimostra l'assenza di una situazione di handicap grave”*.

D) Sulle sedi vacanti e disponibili, residue alle operazioni di mobilità, e conferite in reggenza e sulla loro asserita inutilizzabilità ai fini della domanda cautelare dell'odierna ricorrente.

42. A tutto ciò si aggiunga che nell'ordinanza reclamata si è ulteriormente erroneamente affermato che *“anche la suggestione di considerare tra i posti che sarebbero potuti essere attribuiti alla ricorrente anche quelli assegnati in reggenza non può essere accolta. Da una parte, è il MIUR che, con scelta discrezionale e insindacabile, valuta le Regioni con maggiori scoperture per le quali è necessario provvedere ad una copertura stabile. Dall'altra, le sedi scolastiche attribuite in reggenza non possono essere computate de plano fra i posti vacanti e disponibili, poiché possono essere costituite da sedi sottodimensionate, che in quanto tali non possono avere un dirigente scolastico titolare, oppure anche da sedi normo-dimensionate presso le quali è preposto un dirigente scolastico in posizione di incarico nominale e la cui posizione è cionondimeno coperta in reggenza per varie ragioni che ne possono giustificare la non presenza in servizio, quali a mero titolo esemplificativo le assenze per maternità o per malattia”* (ord. reclamata, pagg. 4-5).

43. Occorre fare chiarezza sui posti vacanti e disponibili, residui a conclusione delle operazioni di mobilità, e sull'utilizzo che l'USR Campania ne ha fatto, mediante conferimento di incarichi di reggenza. Partiamo dalle seguenti asserzioni della controparte:

(a) *“Ai sensi dell'art. 9, comma 4, del C.C.N.L. - Area V del 15.7.2010, la mobilità interregionale avviene nel limite del 30% dei posti annualmente vacanti nei ruoli della Regione di destinazione”* e che *“L'art. 9 del C.C.N.L. di Area del 2010 riserva, per l'effetto, il restante 70% alle immissioni in ruolo, ferma restando la priorità temporale assegnata alle operazioni di mobilità rispetto alle medesime immissioni in ruolo”* (memoria di costituzione in prime cure, p. 14).

(b) *“In relazione all'anno scolastico 2022/2023, il D.L. n. 4 del 27.1.2022 ha aumentato tale percentuale al 60%, ma non ha comunque mutato la restante normativa”*, così che, in tale anno scolastico (oggetto di causa), per l'effetto, il restante 40% (e non 70%) dei posti vacanti e disponibili è riservato alle immissioni in ruolo, ossia alle nuove assunzioni da concorsi, che, però, in Campania, nell'a.s. 2022/2023 sono state pari a zero (all. 1 prodotto dal Ministero resistente, qui prodotto come **doc. E**);

(c) In Campania, nell'a.s. 2022/2023, *“il numero delle domande di mobilità interregionale accoglibili è limitato al 60% dei posti vacanti e disponibili”* (memoria di costituzione, p. 2) e tale quota del 60% è stata determinata dall'USR Campania in 62, così che il restante 40% (pari a 42) delle sedi vacanti e disponibili (normo dimensionate, in sigla “DIME”, e normo dimensionate ai sensi della Legge di Bilancio 2021, in sigla “DIME L.B.”), residui alle operazioni di mobilità, è stato assegnato in reggenza (memoria di



costituzione, p. 9), ossia mediante incarichi temporanei a dirigenti che sono già titolari, con contratto a tempo indeterminato, in altra sede vicina, così come sono state assegnate in reggenza anche le 28 sedi sottodimensionate, in sigla "SOTTO", queste in quanto per legge non possono essere assegnate a dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato (né mediante mobilità, né mediante nuove assunzioni) e devono essere conferite in reggenza.

43.1. Ebbene, con decreto n. 32639 del 24/8/2022 (**doc. 23**; si segnala che il *file* corretto del documento 23 non è quello allegato al ricorso, ma quello depositato - a correzione - in data 9/9/2022), l'USR Campania ha assegnato in reggenza, oltre alle 28 sedi SOTTO, anche n. 64 sedi DIME e DIME L.B., quindi ben più del 40% di sedi vacanti e disponibili, residue alle operazioni di mobilità, e questo perché - secondo quanto riferisce la difesa erariale (memoria di costituzione, p. .) - le reggenze sono utilizzate (anche) per garantire che nella regione restino non assegnate a dirigente titolare un numero di sedi normo dimensionate (indipendentemente se DIME o DIME L.B.) pari a quello delle sedi affidate per incarico nominale, ossia il cui titolare nominale è un dirigente scolastico che si trova in "*posizione di stato*" (distaccato presso altre amministrazioni o in aspettativa) e che potrebbe ritornare in servizio in qualsiasi momento, in forza del suo diritto *ope legis* o *ope contractus* alla conservazione del posto. In particolare, al momento dello svolgimento della mobilità, i dirigenti in posizione di stato in Campania erano pari a 19 (cfr. memoria di costituzione, p. 6).

43.2. Di conseguenza:

(a) quanto alle sedi sottodimensionate, conferite in reggenza per obbligo di legge, la difesa erariale deduce che "*non possono essere affidate a dirigenti scolastici che fanno istanza di mobilità interregionale in entrata*" (memoria di costituzione, p. 4);

(b) quanto alle sedi normo dimensionate, che sono conferite in reggenza, in quanto numericamente riservate a dirigenti scolastici in posizione di stato, la difesa erariale deduce che "*non è possibile utilizzarle né per coprire le richieste di mobilità interregionale, né per nuove immissioni in ruolo*" (memoria di costituzione, p. 5).

43.3. Tuttavia, come detto, le sedi DIME e DIME L.B. conferite in reggenza sono state 64, di queste solo 19 sono sedi riservate a dirigenti scolastici in posizione di stato sono 19 (memoria di costituzione, p. 6), mentre tutte le altre non sono altro che quel 40% di sedi vacanti e disponibili, residue alle operazioni di mobilità e rimaste inutilizzate per le immissioni in ruolo (che, in Campania, sono state pari a zero), e temporaneamente assegnate in reggenza. Quanto all'utilizzo di tali sedi vacanti e disponibili (solo oggetto di temporanea reggenza), al fine di consentire l'esercizio dei diritti di cui alla legge n. 104/92 (eventualmente in esecuzione di ordinanza cautelare), non vi sono gli ostacoli che, invece, la difesa erariale solleva rispetto alle reggenze conferite sulle sedi sottodimensionate, nonché su quelle normo dimensionate che servano a copertura di sedi riservate a dirigenti in posizione di stato.



43.4. Peraltro, non è nemmeno vera la circostanza (la quale, comunque, se fosse vera, sarebbe solo conseguenza dell'operato dell'amministrazione) che *"l'adozione di un provvedimento cautelare favorevole alla dott.ssa Sacco comporterebbe inevitabilmente una riedizione del potere amministrativo, con conseguente estromissione di uno dei dirigenti già trasferiti in Campania, dal momento che il numero delle domande di mobilità interregionale accoglibili è limitato al 60% dei posti vacanti e disponibili"* (memoria di costituzione, p. 2). Basti pensare, infatti, che l'amministrazione ottempera alle ordinanze cautelari, intervenute nel corso dell'anno scolastico, in sede di operazioni di mobilità dell'a.s. successivo, detraendo le sedi necessarie all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, da quelle vacanti e disponibili per la mobilità interregionale di quell'anno; in proposito, è la stessa difesa erariale a riferire che *"le sedi vacanti e disponibili possono essere destinate, tra l'altro, all'ottemperanza di eventuali ordinanze cautelari adottate nell'ambito di contenziosi originati dalle operazioni di mobilità interregionale dei precedenti anni scolastici?"* (memoria di costituzione, p. 7).

43.5. Proprio per la ragione appena vista, a tutela del diritto cautelato, è opportuno che codesto Ill.mo Giudice, anche nel caso in cui sia ordinata l'assegnazione della ricorrente al ruolo regionale della Campania, sospenda – sino a quanto tale provvedimento non fosse eseguito dall'amministrazione – il decreto dell'USR Molise che allontana la ricorrente dalla sede di Isernia, dove prestava servizio al momento in cui è stato iniziato il presente procedimento, e ciò onde evitare che, per tutta la durata necessaria alla esecuzione dell'ordinanza cautelare, la ricorrente (e, ancora più, l'anziana madre, disabile grave) subisca gli effetti pregiudizievoli della palese violazione del divieto di trasferimento di cui subito appresso si dirà.

SUL FUMUS BONI IURIS IN ORDINE ALLA DOMANDA PROPOSTA IN VIA SUBORDINATA: ORDINE DI ASSEGNAZIONE DELLA RICORRENTE AL SEDE DI SERVIZIO DI ISERNIA DALLA QUALE È STATA ILLEGITTIMAMENTE TRASFERITA IN VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI CUI ALL'ART. 33, COMMA 5, SECONDA PARTE, DELLA L. N. 104/1992.

44. Sulla domanda proposta in via subordinata, il Giudice di prime cure erroneamente non ha ravvisato il *fumus* con la seguente motivazione: *"Quanto alla assegnazione alla sede di Larino, le considerazioni sopra enunciate consentono poi di ritenere la legittimità, atteso che da un lato l'USR Molise ha positivamente valutato le competenze e la professionalità della ricorrente quali rispondenti alle esigenze organizzative e all'interesse pubblico della Amministrazione convenuta e, d'altro canto, tale scelta non contrasta col diritto alla assistenza del familiare disabile, atteso che esso non è un diritto assoluto e illimitato, dovendo invece essere temperato con l'interesse della collettività in materia di servizio pubblico alla scuola e, comunque, potendo essere soddisfatto "ove possibile" (ord. reclamata, pag. 5).*

45. La difesa erariale ha ritenuto in prime cure che *"Le cesure avversarie risultano prive di qualsivoglia fondamento, anche in relazione alle determinazioni assunte dall'U.S.R. Molise a seguito del mancato trasferimento in Campania della ricorrente"* (memoria di costituzione, p. 16).



45.1. In altre parole, l'Avvocatura dello Stato sostiene che, dato che la ricorrente non è stata trasferita in Campania, nella sede più vicina al domicilio della madre che assiste, sarebbe legittimo trasferirla ancora più lontano. Trattasi di una obliterazione totale dei diritti delle persone disabili e di una palese violazione di un espresso divieto di legge.

46. Il decreto n. 5593 del 15/7/2022 (doc. 13) con il quale USR Molise non ha confermato la dott.ssa Emilia Sacco nell'incarico presso l'I.I.S. "Fermi-Mattei" di Isernia, dove ha prestato servizio fino al 31/8/2022, e ne ha invece disposto il trasferimento, a decorrere dal 1/9/2022, presso l'Istituto Omnicomprensivo "Magliano" di Larino (CB), non reca alcuna motivazione, a differenza di quanto riferisce la difesa erariale secondo cui tale assegnazione sarebbe stata disposta *"CONSIDERATO che l'Istituto omnicomprensivo Magliano di Larino ha la peculiarità di comprendere al suo interno l'Istituto tecnico agrario, uno dei pochi in Italia con annesso convitto e che la dirigente Sacco è l'unica ad aver maturato la necessaria esperienza, avendo diretto, nel triennio precedente, l'Istituto Fermi Mattei formato da due Istituti Tecnici di una certa rilevanza"*.

46.1. Trattasi di motivazione non nota alla ricorrente, non indicata in alcun documento agli atti del giudizio e, laddove contenuta in atti non noti e non prodotti, certamente postuma rispetto al decreto del 15/7/2022, che ha disposto l'assegnazione, ed alla immediata conseguente contestazione avanzata dalla ricorrente mediante reclami e diffide all'amministrazione (doc. 14 e 15).

47. In ogni caso si tratta di una motivazione, che ove esistente, sarebbe stata comunque irragionevole e infondata, per una serie di ragioni.

47.1. In primo luogo, perché è impensabile e totalmente indimostrato che la dott.ssa Sacco, dirigente con il minor numero di anni di servizio (essendo stata assunta a decorrere dal 1/9/2019, in esito all'ultimo concorso), sia *"l'unica"* (sic!) nell'organico di una intera regione ad avere l'esperienza necessaria alla direzione di un Istituto Omnicomprensivo (come se si trattasse di dirigere una centrale nucleare), come peraltro ce ne sono altri, nella stessa regione, cfr. doc. 13, con altrettanti dirigenti scolastici che li hanno diretti, con ben più anni di esperienza rispetto ricorrente, neo-assunta).

47.2. In secondo luogo, l'asserita indispensabilità della ricorrente alla guida dell'I.O. "Magliano" di Larino è smentita clamorosamente dal rilascio del nulla osta (doc. 9) dello stesso USR Molise al trasferimento della ricorrente in Campania. Infatti, qualora la ricorrente fosse stata realmente indispensabile in Molise, *"a garantire la salvaguardia dell'Istituto Omnicomprensivo di Larino"* (sic!), integrante quelle *"esigenze organizzative"* che, a dire dell'Avvocatura erariale, prevarrebbero, nel bilanciamento di interessi, rispetto allo stesso diritto di cui all'art. 33, comma 5, legge n. 104/92 (in ciò sostanziosi l'inciso *"ove possibile"*) (memoria di costituzione, p. 17), allora l'USR Molise non le avrebbe dovuto concedere nemmeno il nulla osta al trasferimento in Campania. Avendoglielo concesso, ciò è prova che l'amministrazione scolastica molisana può fare a meno della dott.ssa Sacco.

48. In ogni caso, in punto di diritto, la difesa erariale sbaglia totalmente prospettiva, prendendo posizione solo sulla asserita prevalenza delle sopra riportate esigenze organizzative rispetto al diritto del



familiare lavoratore della persona con handicap, in quanto non assoluto ma condizionato dall'inciso "*ove possibile*". Sennonché, tale norma (art. 33, comma 5, **prima parte**, della l. n. 104/92) è quella che viene in rilievo laddove la ricorrente, a fronte della sua richiesta di mobilità, pretenda dall'amministrazione il trasferimento vicino al domicilio del disabile (ed è ciò che vale per la domanda di mobilità verso la Campania), mentre non è tale norma che si applica nel caso in cui la ricorrente contesti la sua assegnazione, senza sua richiesta, in altra sede di servizio (Larino) più lontana al domicilio del familiare disabile (Napoli) rispetto alla sede di servizio attuale al momento del ricorso (Iserina). In questo secondo caso, vengono in rilievo, da un lato, la disciplina sulla conferma degli incarichi a scadenza, per la quale si rinvia al ricorso (§§ 33.3-33.9), dall'altro lato, il divieto di trasferimento di cui all'art. 33, comma 5, **seconda parte**, della l. n. 104/92, per il quale si rinvia al ricorso (§§ 40-40.3).

48.1. In merito a quest'ultima norma, sia qui appena il caso di segnalare come l'inciso "*ove possibile*" sia contenuto solo nella prima parte e non anche nella seconda parte dell'art. 33, comma 5, circostanza valorizzata dalla Suprema Corte, SS.UU., nella sentenza n. 9/7/2009, n. 16102, questione di massima di particolare importanza, rimessa alla decisione delle Sezioni Unite proprio per dirimere la specifica questione se le ragioni organizzate del lavoratore debbano essere oggetto di bilanciamento anche nella ipotesi in cui sia contestato un trasferimento. Diversamente, la sentenza Cass. Civ. n. 7945/2008, menzionata dalla difesa erariale (memoria di costituzione, p. 17), è stata decisa dalle SS.UU. non in funzione nomofilattica ex art. 374 co. 2 c.p.c. (come quella sopra citata e peraltro successiva), ma solo perché uno dei motivi di ricorso atteneva alla giurisdizione ex art. 374 co. 1 c.p.c. e, peraltro, in quel caso veniva in rilievo la prima parte dell'art. 33, comma 5, e non già la seconda parte (divieto di trasferimento), come invece nel nostro caso.

48.2. Le Sezioni Unite sono state precise nell'affermare che, nel caso di specie, "*il diritto di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, mentre non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, non è invece attuabile ove sia accertata, in base ad una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, la incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro*" (c.d. incompatibilità ambientale, grave ipotesi estrema, che non ricorre nella specie).

VIII. SUL PERICULUM IN MORA.

49. Come dedotto e documentato la ricorrente è il referente unico per l'assistenza della madre, persona con handicap in situazione di gravità certificato.

49.1. L'attuale sede di servizio della ricorrente (Isernia) è distante dal domicilio della madre (Napoli) circa 108 km e, a causa della mancanza di collegamenti diretti, occorrono, a seconda degli orari,



da 2 ore e mezza ad oltre 3 ore di percorrenza per l'andata mattutina (cfr. estratto da Google Maps, [doc. 25](#)) ed altrettanto tempo per il ritorno serale. La sede presso la quale la ricorrente dovrà prestare servizio dal 1/9/2022 (Larino) è addirittura ancora molto più lontana dal domicilio della madre, ossia a circa 205 km, senza possibilità di collegamenti che consentano alla ricorrente di viaggiare, così che vi è l'imminente rischio che l'assistenza alla madre, che la ricorrente ha sinora portato innanzi viaggiando molte ore ogni giorno, con indicibili sacrifici personali e con evidenti pregiudizievoli difficoltà, possa improvvisamente cessare dal 1/9/2022, data a partire dalla quale la ricorrente sarà costretta a prendere dimora a Larino, stante l'impossibilità di raggiungere quotidianamente tale lontanissima sede di lavoro da Napoli.

49.2. Trattasi di distanze che pregiudicano estremamente la possibilità per la ricorrente di continuare a prestare la necessaria assistenza alla madre. Pertanto, la chiesta cautela è necessaria ad evitare, nel tempo che occorrerebbe per la definizione di un giudizio di merito, una grave compromissione di diritti di rilevanza costituzionale, non riparabile per equivalente.

49.3. *Ex multis*, in casi del tutto analoghi: **Trib. Napoli Nord, ord. caut. n. 49741/2019**, "*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 alla 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 risarcibile per equivalente) compromissione del relativo diritto*"; analogamente, **Trib. Foggia, ord. n. 28633/2019**; **Trib. Reggio Calabria, decr. n. 98/2020**; **Trib. Grosseto, ord. n. 1625/2019**; **Trib. Alessandria, ord. n. 145/2020**; **Trib. Terni, ord. n. 3222/2020**; **Trib. Pesaro, ord. n. 2347/2020**).

Tutto ciò premesso e considerato in fatto ed in diritto, la dott.ssa Emilia Sacco, rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata come in epigrafe,

RICORRE

all'On. Le Tribunale di Isernoa in funzione di Giudice del Lavoro, in composizione collegiale, affinché letto il ricorso, fissata l'udienza di discussione e assegnato il termine per la notifica, siano accolte le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Giudice adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e/o deduzione, in accoglimento del presente reclamo ed in riforma dell'ordinanza impugnata,

a) in via principale, ordinare al Ministero dell'Istruzione, ai sensi dell'art. 33, comma 5, prima parte, della legge n. 104/92, di assegnare la ricorrente al ruolo dei dirigenti scolastici della Campania, con conferimento dell'incarico di dirigente scolastico nella istituzione scolastica vacante - anche se



temporaneamente conferita in reggenza ad altro dirigente scolastico titolare in altra sede - più vicina al domicilio della madre Maria Criscuolo in Napoli, ove necessario anche previa disapplicazione di ogni atto e provvedimento in contrasto con il suddetto diritto;

b) in via subordinata, ordinare al Ministero dell'Istruzione, ai sensi dell'art. 33, comma 5, seconda parte, della legge n. 104/92, di conferire alla ricorrente l'incarico di dirigente scolastico presso l'I.I.S.S. "Fermi-Mattei" di Isernia, sua attuale sede di servizio;

c) in ogni caso, nelle more della esecuzione dell'ordine di cui sopra, sospendere l'efficacia del provvedimento datoriale, adottato dal Ministero dell'Istruzione – Ufficio Scolastico Regionale per il Molise, con decreto n. 5593 del 15/7/2022, nella parte in cui, a decorrere dal 1/9/2022, assegna all'odierna ricorrente Emilia Sacco, l'incarico di dirigente scolastico dell'Istituto Omnicomprensivo "Magliano" di Larino, e, per l'effetto, disporre la permanente efficacia, in capo all'odierna ricorrente, dell'attuale incarico di dirigente scolastico dell'I.I.S.S. "Fermi-Mattei" di Isernia, ordinando al Ministero dell'Istruzione di adottare ogni atto utile a garantire l'immediata osservanza dell'emanando provvedimento.

In via istruttoria:

Si chiede di acquisire il fascicolo processuale informatico del procedimento cautelare di prime cure (R.G. n. 310/2022).

Si producono in copia:

- fascicolo di parte ricorrente del procedimento cautelare in corso di causa (atti e produzioni dal n. 1 al n. 34);
- copia della memoria di costituzione dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso nel procedimento cautelare di prime cure;
- copia degli allegati n. 1, 2 e 10 prodotti dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso nel procedimento cautelare di prime cure;
- copia dei verbali delle udienze del 12/9/2022 e del 10/10/2022;

Altresì si producono i seguenti ulteriori documenti (proseguendo, per semplicità, nella numerazione di quelli già prodotti nel procedimento cautelare di prime cure):

- 35) copia conforme all'originale dell'ordinanza cautelare reclamata;
- 36) nota prot. 4382/07-04 del 21/8/2020 (diritto ai permessi ai sensi della l. n. 104/92);
- 37) ordinanza n. 17082/2022 del 25/10/2022 del Tribunale di Velletri, sez. lav.;
- 38) sentenza n. 119/2021 del 31/08/2021 della Corte di Appello di Campobasso, sez. lav.;
- 39) istanza di accesso agli atti presentata dalla ricorrente il 12/8/2022.

Ai fini della dichiarazione di valore, si dichiara che il presente giudizio ha un valore indeterminato e, pertanto, il contributo unificato, ridotto della metà, è pari ad € 259,00.

ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DI NOTIFICA EX ART. 151 C.P.C.



La scrivente difesa,

premesso

che nel procedimento cautelare di prime cure, a scioglimento della riserva assunta nella prima udienza, il Tribunale, con provvedimento del 19/9/2022, *“ritenuta la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei contro-interessati, nella specie i dirigenti degli istituti scolastici delle Regioni Campania e Molise cui sia stato conferito un incarico di dirigenza, in accoglimento di domande di mobilità interregionale, ovvero di reggenza, a decorrere dal 1.9.2022 e successivamente”* e *“ritenuto altresì che sussistano particolari circostanze che legittimano la notificazione nelle forme di cui all'art.151 cpc, atteso l'elevato numero dei contro-interessati e l'eccessiva onerosità del reperimento in tempi ragionevoli degli indirizzi di residenza di ciascuno dei potenziali contro-interessati”*, autorizzava *“parte ricorrente a notificare il ricorso unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di discussione e al presente, nei termini di legge, ai controinteressati ai sensi dell'art. 151 cpc, mediante pubblicazione sul sito istituzionale del Ministero dell'Istruzione e degli Uffici Scolastici Regionali della Campania e del Molise”*;

che per le medesime ragioni, anche nel procedimento di reclamo che ha natura di fase di impugnazione, atteso l'elevato numero di controinteressati e l'impossibilità di reperirne gli indirizzi di residenza, è impossibile o comunque estremamente difficile e costoso provvedere alla notifica del presente ricorso nei modi ordinari, anche in considerazione delle esigenze di celerità proprie del procedimento cautelare;

che il Ministero dell'Istruzione e gli Uffici Scolastici Regionali per la Campania e per il Molise dispongono di area del proprio sito internet istituzionale destinata alla pubblicazione di atti processuali da notificare con modalità diverse da quelle ordinarie previste dalla legge;

chiede

all'Ill.mo Tribunale adito,

di autorizzare

ai sensi dell'art. 151 c.p.c., la notificazione del presente ricorso e dell'emanando decreto di fissazione dell'udienza, ai dirigenti scolastici ai quali è stato conferito un incarico di dirigenza scolastica, in accoglimento di domande di mobilità interregionale, o incarico di reggenza, in istituzioni scolastiche delle regioni Campania e Molise, a decorrere dal 1/9/2022, mediante la pubblicazione del presente ricorso e dell'emanando decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti sul sito internet istituzionale del Ministero dell'Istruzione e degli Uffici Scolastici Regionali per la Campania e per il Molise.

Con osservanza.

Roma, 8 novembre 2022



Avv. Prof. Andrea Saccucci

Avv. Matteo Magnano

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Io sottoscritto Avv. Matteo Magnano, quale procuratore e difensore di Emilia Sacco, attesto che la presente copia informatica è conforme alla copia informatica del corrispondente atto estratto dal fascicolo informatico RG 486/2022 del Tribunale di Isernia, sez. lav.

Roma, 13.01.2023

Avv. Matteo Magnano

