



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA
SEZIONE LAVORO

In persona dei magistrati

Dott. Vincenzo Pio Baldi	Presidente
Dott. Angela Quitadamo	Consigliere
Dott.ssa Tania De Antoniis	Giudice applicato relatore

Alla pubblica udienza del 28.1.2021, mediante lettura del dispositivo che segue, ha pronunciato

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 90 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2020 promossa con ricorso in appello depositato in cancelleria il 2.4.2020 da


MINISTERO ISTRUZIONE

IN PERSONA DEL LEGALE RAPPRESENTANTE PRO TEMPORE

rappresentata e difesa dall'avvocatura distrettuale dello Stato

APPELLANTE

CONTRO


rappresentata e difesa dall'avv. Versace;

APPELLATA

Avverso la sentenza n. 78/2020 del 5.3.2020 del Tribunale di Ancona in funzione di Giudice del lavoro, avente ad

OGGETTO: scelta della sede di dirigenti scolastici per diritto di precedenza ex art. 33 legge 104/1992.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

APPELLANTE: "Voglia l'adita Corte, e l'Ill.mo Sig. Cons. Relatore per gli atti di rispettiva competenza, previa fissazione della data di udienza, con

decreto in calce al presente atto, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, in accoglimento del presente appello, riformare la sentenza 78/2020 del Tribunale di Ancona con conseguente declaratoria di nullità e/o annullamento e/o inefficacia, ed in ogni caso l'integrale riforma, con ogni conseguente statuizione (anche in punto di ri-assegnazione della ricorrente al ruolo regionale delle Marche) e per l'effetto rigettare integralmente le domande *ex adverso* proposte con ricorso in primo grado sia con riferimento. Con vittoria delle spese di lite e dei compensi difensivi di entrambi i gradi del presente giudizio”

APPELLATO. “Confermare la sentenza n. 78/2020 emessa dal Tribunale di Ancona, Sezione Lavoro. Rigettare - in ogni caso il ricorso *ex art.* 433 c.p.c. perché inammissibile e improcedibile, nullo, generico, infondato in fatto e in diritto e, comunque, sfornito di prova. Condannare parte appellante, anche in considerazione della pretestuosità della domanda, al pagamento del compenso professionale, delle spese ed onorari di causa, oltre Cnap e rimborso *ex art.* 14 t.p., del doppio grado di giudizio con attribuzione al sottoscritto procuratore per dichiarato anticipo.

In via istruttoria disporre l'acquisizione del fascicolo telematico di cui al ricorso n. 1562/2019, già depositato in via telematica”

MOTIVAZIONE

Con sentenza n. 78/2020 il Tribunale di Ancona in funzione di giudice del lavoro accoglieva il ricorso proposto da [REDACTED] dirigente scolastico assegnato alla Regione Marche, che lamentava il mancato riconoscimento del diritto di precedenza nella scelta della sede in ambito nazionale ai sensi dell'art. 33 legge 104/1992, in quanto referente unica per l'assistenza del padre disabile. Il Tribunale rilevava che era documentata in atti la sussistenza dei requisiti in capo alla ricorrente per il riconoscimento dei benefici previsti per l'assistenza a genitori disabili, come era altrettanto pacifico che la ricorrente ha potuto far valere il proprio diritto di precedenza soltanto una volta assegnata la Regione in base alla graduatoria di merito. Evidenziava il Tribunale che la giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere che il diritto alla scelta della sede più vicina al domicilio dell'assistito non è un diritto assoluto, ma va bilanciato con le esigenze economiche e organizzative dell'azienda. Precisava, poi, che gravava sull'amministrazione la prova di non avere sedi disponibili per lo svolgimento delle mansioni, prova che nel caso di specie non era stata fornita. Pertanto, considerata la natura secondaria della disposizione del bando che non può derogare a norme di rango sovranazionale, costituzionale e primario e non rilevando la natura nazionale della procedura concorsuale, riteneva che il riconoscimento del diritto di precedenza soltanto nella fase dell'immissione in ruolo ossia nell'ambito della regione assegnata in virtù del solo criterio della graduatoria di merito ledeva i diritti riconosciuti dalla legge 104/92. La circostanza che nella seconda fase di assegnazione delle sedi, in cui era stata assunta anche la ricorrente, vi era stata l'attribuzione di una sede presso la Regione Molise,

oggetto della pretesa attorea, unitamente alla possibilità di essere assegnata a tale Regione anche in soprannumero, non essendo stato richiesto un posto specifico, determinava la fondatezza e il conseguente accoglimento del ricorso.

Con ricorso in appello depositato in data 2.4.2020, il Ministero dell'Istruzione impugnava la suddetta pronuncia articolando quattro motivi di appello.

Con il **primo motivo di appello** eccepiva l'impossibilità di esecuzione del provvedimento giudiziale e il difetto di interesse ad agire dell'appellata. A tale proposito rilevava che da un lato il Giudice di prime cure aveva affermato nella parte motiva che l'██████████ poteva essere trasferita anche in soprannumero, dall'altro aveva previsto nel dispositivo che il trasferimento dovesse avvenire su posto vacante. Tenuto conto che nella Regione Molise non vi erano posti vacanti l'ordine giudiziale non poteva essere adempiuto, tanto più che la giurisprudenza riteneva condizione per l'esercizio del diritto di cui all'art. 33 legge 104/92 la presenza di un posto vacante e disponibile. Pertanto, in assenza di posti vacanti veniva meno anche l'interesse ad agire della lavoratrice.

Con il **secondo motivo di appello** lamentava la nullità della pronuncia per difetto di integrazione del contraddittorio, avendo richiesto l'appellata l'accertamento dell'illegittimità degli incarichi a termine assegnati a dirigenti vincitori del suo medesimo concorso nella Regione Molise, sicché diversamente da quanto affermato nella pronuncia impugnata vi era richiesta di un posto specifico.

Con il **terzo motivo di appello** riteneva che non vi fosse violazione della normativa sovranazionale e costituzionale, sussistendo un interesse pubblico al mantenimento dell'assegnazione dell'██████████ ad una sede di servizio nella Regione Marche. Riteneva che nell'ambito della prima assegnazione della sede la normativa nazionale di riferimento non fosse l'art. 33 legge 104/92, ma l'art. 28 comma 1 DPR 487/1994, che prevedeva l'assegnazione della sede all'esito del concorso sulla base della graduatoria di merito. Ciò discendeva dal carattere nazionale della graduatoria, non essendo possibile prevedere per la medesima procedura concorsuale una graduatoria dei soggetti privi di titoli di precedenza e un'altra riservata ai soggetti aventi titolo preferenziale ai sensi della legge 104/92. Evidenziava la sussistenza di un interesse pubblico dell'Amministrazione, che escludeva la fruizione del beneficio in esame nel momento in cui determinasse un grave pregiudizio per la controparte datoriale e per la collettività, incidendo sull'imparzialità dell'Amministrazione che si troverebbe a rimodulare la graduatoria di merito in fase di assegnazione al ruolo regionale prima e di individuazione della sede poi, con sostanziale duplicazione del beneficio oggi vantato a detrimento degli interessi dei controinteressati.

Con il **quarto motivo di appello** rilevava che in ogni caso la pretesa della Occhionero non potesse essere soddisfatta, essendo stata contestata sin dal primo grado la presenza di posti vacanti e disponibili e non era stato né

provato né allegato che non vi sarebbero stati candidati in possesso del diritto di precedenza di cui alla legge 104/92 e in posizione migliore rispetto alla appellata nella graduatoria, che avrebbero scelto la Regione Molise come ambito territoriale di assegnazione, precludendo l'assegnazione di tale regione alla lavoratrice.

Si costituiva e resisteva in giudizio [REDACTED] sostenendo la correttezza della pronuncia di primo grado e richiamando varie pronunce di merito a sostegno della pretesa vantata.

L'appello è infondato e non può trovare accoglimento.

Con riferimento al **primo motivo di appello**, va innanzitutto sottolineato che il dispositivo della pronuncia impugnata va letto alla luce della motivazione contestuale, nella quale si legge *“il fatto, poi, che, allo stato, esistano o meno altri posti vacanti non ha rilevanza assorbente (di qui la mancata integrazione del contraddittorio con l'eventuale perdente posto), non avendo la ricorrente chiesto un posto specifico, con conseguente possibilità di essere assegnata presso la regione Molise anche in soprannumero”*. Il dispositivo va, pertanto, interpretato nel senso che l'assegnazione va fatta preferibilmente su posti vacanti con diritto di scelta in capo alla lavoratrice; in mancanza di posti vacanti, il trasferimento dovrà comunque essere attuato anche in soprannumero. Letto in tal modo il dispositivo, è evidente l'interesse ad agire dell'appellata e la concreta possibilità di esecuzione del comando giudiziale.

Si aggiunga che, se da un lato la giurisprudenza richiamata nell'atto di appello ritiene che la vacanza del posto è presupposto indefettibile per il riconoscimento del diritto di cui all'art. 33 legge 104/1992, dall'altro va evidenziato che tale presupposto andava verificato, come correttamente fatto dal giudice di prime cure, al momento dell'assegnazione della sede, avvenuta nella seconda fase di utilizzo della graduatoria, allorquando a seguito della rinuncia di alcuni candidati questa veniva riaperta per l'assunzione dei soggetti posizionatisi dopo il numero 1985. Orbene, non è contestato dall'appellante e peraltro risulta dagli atti di causa (doc. 5 fascicolo di primo grado amministrazione appellante) che tra le sedi messe a disposizione dei candidati chiamati nella seconda fase risulta anche la Regione Molise assegnata al candidato collocato in posizione 1990, prima della [REDACTED] collocata nella posizione 1996. Si ritiene, pertanto, che sussisteva il presupposto del posto vacante e disponibile, in quanto la stessa amministrazione aveva deciso per la sua copertura mettendolo a disposizione dei candidati assunti nella seconda tornata.

Parimenti infondato risulta essere il **secondo motivo di appello**, laddove sostiene la nullità della pronuncia per mancata integrazione del contraddittorio.

Al riguardo, la Suprema Corte in tema di integrazione del contraddittorio nell'ambito di controversie analoghe ha sancito che l'integrazione è necessaria nel momento in cui si chiedi la riformulazione della graduatoria (Cass. 17324/2005); al contrario, nel caso di specie si lamenta la lesione del diritto a

scegliere una sede prossima al congiunto assistito ai sensi della legge 104/92, con richiesta di trasferimento nella Regione Molise senza pretesa di ottenere l'assegnazione di una determinata sede specifica, cosicché non risultano determinati né determinabili i dirigenti scolastici assegnatari di sedi rispetto ai quali la presente pronuncia, ove di accoglimento della domanda, produrrebbe effetti diretti. Peraltro, la possibilità di trasferire l'interessata anche in soprannumero esclude viepiù l'esigenza di integrazione del contraddittorio. Sul punto, ritiene il Collegio che, a fronte di un comportamento dell'amministrazione lesivo di un beneficio spettante al lavoratore, questi ha diritto ad ottenere il bene della vita illegittimamente sottratto a prescindere dagli assetti occupazionali posti in essere dall'amministrazione in violazione delle norme primarie vigenti.

Non si condividono neppure le doglianze contenute nel **terzo motivo di appello**. Al riguardo, va rilevato che l'interesse pubblico che deve essere posto in bilanciamento con la tutela della salute del disabile cui è finalizzata la disposizione di cui all'art. 33 legge 104/92 non può essere quello a mantenere l'interessata nella sede a lei assegnata nella Regione Marche, nel momento in cui tale assegnazione risulti essere stata illegittima, in quanto una simile interpretazione si risolverebbe nel consolidamento di una situazione *contra ius* impedendo la tutela giurisdizionale del diritto vantato. Al contrario, l'interesse pubblico che va bilanciato con l'interesse tutelato dall'art. 33 legge 104/1992 deve essere quello sussistente al momento della scelta della sede, quando l'appellata chiede di esercitare il diritto all'assegnazione della sede più vicina al familiare disabile assistito.

Quanto alla normativa primaria di riferimento che doveva essere tenuta presente dal bando di concorso come norma speciale ma pur sempre subordinata alla prima, pur essendo indubbio l'interesse dall'amministrazione a che la graduatoria di merito sia fatta valere per la scelta della sede nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost., è altresì vero che tale interesse va bilanciato con quello di eguale rango costituzionale della tutela della salute del disabile cui è finalizzata la disposizione di cui all'art. 33 legge 104/1992.

Orbene, come rilevato sia nella pronuncia impugnata sia negli altri precedenti di merito versati in atti, la giurisprudenza di merito e di legittimità è coerente nell'affermare che il diritto di scelta della sede sancito dall'art. 33 citato non è un diritto assoluto tanto che il legislatore ritiene che possa essere riconosciuto "ove possibile". Tale ultimo inciso evoca la necessità di bilanciare l'interesse del privato cittadino e della tutela della salute del disabile assistito, sancito dall'art. 32 Cost, con l'interesse della parte datoriale al libero esercizio dell'attività economica, previsto dall'art. 41 Cost., che si unisce nel caso della pubblica amministrazione all'esigenza del buon andamento ed imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione tutelato dall'art. 97 Cost.

Per tali ragioni, la Cassazione ha ritenuto di affermare che il diritto (di cui all'art. 33 legge 104/92) non è assoluto e privo di condizioni ed implica un

recesso del diritto stesso, ove risulti incompatibile con le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, poiché in tali casi, soprattutto per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico, potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 1396/2006, 7945/2008, 585/2016).

La recente pronuncia di legittimità n. 6550/2019, ricordata anche nella sentenza di primo grado, ha, peraltro, sottolineato che grava sull'amministrazione l'onere di provare l'impossibilità di assegnare il dipendente in sedi in cui risultavano posti disponibili per lo svolgimento delle mansioni.

Nel caso concreto, lo si ribadisce, la circostanza che l'amministrazione avesse indicato sedi nella Regione Molise da coprire con l'assunzione di candidati, tra cui la ██████████ avvenuta nella seconda tornata, fa ritenere sussistenti posti vacanti e disponibili su cui poteva essere esercitato il diritto alla scelta della sede sancito dall'art. 33 legge 104/1992.

Né può sostenersi che tale norma di legge non possa trovare applicazione in presenza di altre disposizioni di norma primaria che disciplinano l'accesso tramite concorso, in particolare considerando l'art. 28 comma 1 DPR 487/1994, per il quale le amministrazioni provvedono ad immettere in servizio sulla base dell'ordine di avviamento e di graduatoria integrata. Ed infatti, trattasi di due disposizioni entrambe di rango primario che devono essere coordinate l'una con l'altra. Il coordinamento, in particolare, viene effettuato nell'ambito della scuola dall'art. 601 del d.lgs. 297/1994, testo unico in materia di istruzione, il quale, al primo comma, sancisce che gli artt. 21 e 33 della legge 104/1992 «si applicano al personale di cui al presente testo unico», mentre, al secondo comma, dispone che tali norme «comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità».

Si deve, pertanto, concludere che l'art. 33 comma 5 della L. n. 104/1992, per il quale il dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità «ha diritto o scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede» è pienamente applicabile nel caso di specie ed integra una disposizione di legge imperativa che non può in alcun modo essere derogata dal bando di concorso, trattandosi di norma che è espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie «resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap» (Corte Cost. 213/2016, 19/2009, 233/2005). L'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità ed idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica [Corte Cost. n. 213/2016; n. 158/2007 e n. 350/2003].

A fronte di tale chiaro impianto normativo deve ritenersi nulla per contrasto con norma imperativa la disposizione del bando di concorso di cui all'art. 15, commi 2 e 3 per la quale: 2". *I vincitori sono assegnati ai ruoli regionali sulla base dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dai vincitori stessi all'atto dello scorrimento della graduatoria, nel limite dei posti vacanti e disponibili ciascun anno e in ciascun USR. 3. ... Nell'assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992*".

Pertanto, ritenuta la piena applicabilità del disposto dell'art. 33 legge 104/1992 sin dalla scelta degli ambiti regionali, va rilevato che l'amministrazione non ha individuato alcun interesse pubblico che verrebbe leso dall'esercizio del diritto di scelta della sede prima dell'assegnazione dell'ambito regionale. A tale proposito non può avere rilievo la circostanza che la graduatoria in esame è nazionale, elemento che al contrario avvalorava l'esigenza di esercitare il diritto di cui all'art. 33 legge 104/1992 prima dell'individuazione della Regione di destinazione, rischiando in caso contrario di vanificare del tutto l'interesse del disabile in assenza di un interesse contrario in capo all'amministrazione procedente. Ed infatti, tutti i candidati che si decide di assumere sono stati ritenuti idonei ad occupare uno dei posti vacanti e disponibili individuati dall'amministrazione, sicché è indifferente, in assenza di diversa allegazione e prova della datrice di lavoro, quale candidato venga destinato ad un ambito territoriale piuttosto che ad un altro.

Né una simile operazione rendeva necessario stilare due distinte graduatorie, essendo sufficiente che nella medesima graduatoria si desse precedenza nella scelta a chi potesse vantare il diritto di precedenza per cui è causa.

Ancora si osserva che la precedenza nella scelta conferita sia in sede di assegnazione del ruolo regionale sia in sede di assegnazione della sede all'interno di tale ambito non implica una duplicazione di benefici, in quanto il diritto vantato è sempre il medesimo, per tutelare il quale è necessario assicurare la scelta con precedenza in entrambe le fasi distinte con cui l'amministrazione ha assegnato le sedi vacanti e disponibili, ossia assegnazione dell'ambito regionale e assegnazione all'interno di esso della singola sede di destinazione.

Ed infatti, l'interpretazione sostenuta nell'atto di appello determinerebbe un *vulnus* per l'interessato che non potrebbe essere affatto recuperato con l'esercizio del diritto di scelta nella fase di assegnazione della singola sede nell'ambito regionale, in quanto una volta assegnato ad una regione molto distante dal domicilio del familiare da assistere la scelta di una sede o dell'altra nell'ambito di tale regione è del tutto irrilevante per il lavoratore. Pertanto, o il diritto di precedenza viene riconosciuto in relazione ad entrambe le fasi o il diritto in oggetto rischia di essere gravemente compromesso.

Va, infine, disatteso anche il **quarto motivo di appello** in quanto l'attuale carenza di posti vacanti e disponibili non può incidere su un diritto che andava esercitato al momento della scelta, allorquando per le ragioni

esposte è pacifico e documentato che vi era almeno un posto vacante e disponibile nella Regione Molise, oggetto di pretesa. Quanto alla prova e all'allegazione che non vi fossero altri candidati in possesso di punteggio maggiore e di un eguale diritto alla scelta della sede ex art. 33 legge 104/92 che avrebbero scelto la Regione Molise come ambito territoriale di assegnazione, va rilevato che nel momento in cui si afferma che a fronte della lesione del diritto all'assegnazione di una sede nella Regione Molise esso riconosciuto anche in soprannumero, viene meno da un lato l'esigenza di integrazione del contraddittorio dall'altro l'esigenza di valutare se l'applicazione di tale criterio di preferenza nei confronti di tutti i candidati avrebbe in ogni caso permesso di assegnare l'interessata alla Regione Molise. Si aggiunga che, sia per il principio di vicinanza della prova sia per il principio già richiamato, per il quale grava sull'amministrazione l'onere di provare l'impossibilità di assegnare il dipendente a sedi disponibili al momento dell'assunzione, gravava sull'appellante l'onere di individuare ulteriori candidati che potevano vantare il medesimo diritto di precedenza nella scelta e che erano interessati alla medesima Regione per cui è causa.

Per tali motivi l'appello va rigettato con condanna dell'appellante al pagamento delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

A- La Corte, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello e conferma la pronuncia di primo grado;

B- Condanna il Ministero dell'Istruzione a rifondere a [] le spese di lite che liquida in Euro 3.310,00 per compenso professionali oltre I.V.A., rimborso delle spese forfettarie al 15% (del compenso totale), esborsi e contributo alla cassa di previdenza forense.

Ancona, 28.1.2021

IL GIUDICE estensore

(Dr. Tania De Antoniis)

(Atto sottoscritto digitalmente)

IL PRESIDENTE

(Dr. Vincenzo Pio Baldi)

(Atto sottoscritto digitalmente)