

N. 517/2020 R.G. Lav.



TRIBUNALE ORDINARIO di CUNEO

Il giudice del lavoro, nella persona della dott.ssa Daniela Rispoli
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa iscritta al N. 517/2020 R.G. Lav. promossa da:

████████████████████
con il patrocinio dell'Avv. **VERSACE GIUSEPPE**

RICORRENTE

Contro

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE - GIA' MINISTERO
DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL PIEMONTE
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA**
con il patrocinio dei funzionari **SELLERI ELISABETTA e PARAFIORITI
CONCETTA**

RESISTENTE

Il Giudice,
a scioglimento della riserva assunta in udienza,
sentite le parti, letti gli atti.

Premesso che

████████████████████, dirigente scolastico, immesso nello specifico ruolo come tale
per l'anno scolastico 2019/2020, assegnato all'Istituto Comprensivo
████████████████████ ha chiesto, per quanto qui rileva anche in via
d'urgenza, il riconoscimento del proprio diritto ad ottenere il trasferimento,
nell'ambito delle operazioni di mobilità interregionale per l'anno 2020/2021,
presso sede di lavoro della regione Toscana, in particolare nelle province di
Massa, Lucca e Pisa, deducendo che, illegittimamente, la sua richiesta non era
stata presa in considerazione a seguito della mancata concessione da parte
dell'Ufficio Scolastico Regionale del Piemonte del previsto nulla osta.

Ha allegato in particolare il beneficio di cui all'art 33 L. 104/92, nello specifico
evidenziando di prestare assistenza al padre, con cui risultava convivente.

Costitutosi, il Ministero ha eccepito il difetto di giurisdizione, e, nel merito ha
contestato la fondatezza delle ragioni del ricorrente.

Tanto premesso,

osserva

Tenuto conto dei limiti della cognizione e delle finalità proprie del
procedimento cautelare, la domanda deve essere accolta, nei termini che

seguono.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione, pacifico che le questioni relative alla procedura di mobilità del personale docente appartengano alla giurisdizione del giudice ordinario, e che debba essere qualificato come diritto soggettivo l'interesse pregiudicato da decisioni assunte in materia al Ministero, con poteri riconducibili a quelli propri del datore di lavoro (cfr. da ultimo Cass. 20.02.2020, n. 4318).

Nel caso di specie è indubbio che si controverta in ordine al diritto, espressamente rivendicato, ad ottenere il trasferimento presso la sede ambita, nonostante l'indicazione, tra le molteplici e non sempre coerenti domande formulate nelle conclusioni del ricorso (proposto anche nel merito), dell'annullamento di atti amministrativi, invero "solo" disapplicabili.

Nel merito cautelare è pacifico, e comunque allo stato non contestato, che il padre del ricorrente sia portatore di handicap con connotazione di gravità, prodotti il certificato di invalidità (del 2.12.2019) ed il provvedimento di concessione dei permessi previsti dall'art. 33 della l. 104/92.

L'art. 33, della L. 5 febbraio 1992 n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) prevede, nell'attuale formulazione, al comma 3 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 dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti"*.

Il comma 5 dispone poi 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"*.

L'art. 601 d.l.vo 16.4.1994 n. 297 – testo unico in materia di istruzione – stabilisce poi che *"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"* (co. 1) e che *"le predette norme comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità"* (co. 2).

E' insegnamento giurisprudenziale costante quello secondo cui *"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 di 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 naturale di solidarietà tra i suoi componenti. “(così Cass SS. UU. del 27.3.2008, n. 7945).

Pur se non assoluto, poi (“*ove possibile*”), tale diritto può recedere solo ove incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività (cfr. Cass. civ., n. 18030/2014; Cass. civ. n. 3896/2009; Cass. civ. SS.UU. n. 7945/2008).

Ed è “*onere del datore di lavoro provare la sussistenza di ragioni di natura organizzativa, tecnica o produttiva, che impediscono di accogliere la richiesta di un'assunzione, o anche di trasferimento, presso una sede di lavoro vicina al domicilio della persona disabile che si assiste*”.

La giurisprudenza amministrativa ha coerentemente osservato che “*competete piuttosto all'Amministrazione accertare se, pur in presenza di posti vacanti in organico, si oppongano all'assegnazione alla sede richiesta valutazioni legate ad esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio; di una simile verifica, in particolare, l'Amministrazione è tenuta a dare puntuale motivazione, con adeguata illustrazione delle circostanze che dovessero impedire l'assegnazione/trasferimento oggetto di domanda, anche per evitare un sostanziale svuotamento dell'istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile, sì da dover essere la decisione calibrata sui dati di fatto emergenti dall'istruttoria e fondarsi su specifiche esigenze organizzative interne, non potendosi, in definitiva, l'Amministrazione limitare ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento degli uffici*”. (così T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna), sez. I, 05/04/2016, n. 379).

Nel caso di specie il MIUR ha giustificato il diniego al nulla osta emesso dall'Ufficio scolastico regionale Scolastico Regionale per il Piemonte sulla base di quanto previsto dall'art. 9, comma 4, del CCNL Area V 2006/2009, dall'art. 15, comma 5, del bando di concorso 23 novembre 2017, n. 1259 nonché sulla scorta delle indicazioni operative contenute nella nota ministeriale 5 giugno 2020, prot. n. 14232.

L'art. 9, comma 4, del CCNL Area V, nella attuale formulazione prevede: “*Su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza, è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% complessivo dei posti vacanti annualmente (...)*”

L'art. 15, comma 5, del bando di concorso 23 novembre 2017, n. 1259 prevede che: “*i dirigenti scolastici assunti a seguito della procedura concorsuale definita dal presente bando sono tenuti alla permanenza in servizio nella regione di iniziale assegnazione per un periodo pari alla durata minima dell'incarico dirigenziale previsto dalla normativa vigente*”

Per altri versi con la nota ministeriale 5 giugno 2020, prot. n. 14232, il Ministero, nel fornire indicazioni operative per disciplinare le operazioni di mobilità dei dirigenti, raccomanda di tenere “*in debita considerazione, oltre ai criteri normativi e contrattuali sopra richiamati, la disciplina prevista dalla Legge n. 104/1992*”.

A fronte del rilievo costituzionale dei diritti riconosciuti dalla legge 104/92, e dell'inequivocità del disposto dell'articolo 601 del decreto legislativo n. 297/1994 ("Tutela dei soggetti portatori di handicap"), che stabilisce, in maniera netta 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", non può sostenersi che le disposizioni del CCNL e del bando di concorso possano costituire l'espressione di quelle ragioni organizzative idonee a limitare l'esercizio del diritto di cui alla l. 104/92, dal momento che dette ragioni devono ravvisarsi in specifiche esigenze concrete fondate su puntuali circostanze fattuali e non possono dunque risolversi in una scelta aprioristica e generalizzata di esclusione di determinati soggetti dalla fruizione dei benefici.

Né, per quanto sopra detto, può incombere sul lavoratore (quanto meno nella presente fase cautelare) l'onere di allegare e dimostrare che nella sede di destinazione, tenuto conto della necessaria valorizzazione dei benefici di cui all' art. 33 invocato, e della graduazione delle preferenze, vi sia disponibilità effettiva di posti.

Deve al riguardo precisarsi che in questa fase può solo accertarsi in via provvisoria il diritto del ricorrente a partecipare alla mobilità interregionale (diritto negato a monte dal MIUR), con il riconoscimento della beneficio, mentre nessuna indagine può essere compiuta in questa sede in ordine alla comparazione della posizione del ricorrente con quella degli altri dirigenti aspiranti al trasferimento presso la Regione Toscana.

Sussiste inoltre il *periculum in mora* necessario all'accoglimento della domanda cautelare poiché, nei tempi necessari all'instaurazione del giudizio di merito, gli interessi tutelati dall'art. 33, comma 5, della l. n. 104/92 risulterebbero irrimediabilmente violati, posto che il padre disabile verrebbe a lungo privato dell'assistenza che la disciplina speciale intende assicurargli e che il ricorrente non sarebbe in grado di prestare in considerazione della notevole distanza tra la sede presso cui attualmente presta servizio e il comune di residenza dell'assistito (Carrara), con potenziale compromissione delle sue condizioni di vita.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, con riferimento al riconoscimento del diritto del ricorrente alla preferenza sui posti vacanti della Regione Toscana con priorità per il Comune di Carrara, e le Province di Massa Carrara, Lucca, o Pisa, spettando poi all'Amministrazione convenuta di determinare sulla base di detto riconoscimento il trasferimento del ricorrente presso una delle sedi (vacanti e disponibili) viciniori alla residenza dell'assistito tra quelle indicate nella domanda di mobilità, secondo l'ordine di preferenza dallo stesso espresso

P.Q.M.

Visti gli artt. 669 bis ss e 700 c.pc.

dichiara il diritto del ricorrente ad essere assegnato nella sede di lavoro della Regione Toscana, con priorità per il comune di Carrara e per le province di

Massa Carrara, Lucca, Pisa, od altra vacante comunque compatibile con le esigenze assistenziali, più vicina al comune di Carrara ,e, per l'effetto, ordina al MIUR ed agli UUSSRR Piemonte e Toscana, ciascuno per quanto di propria competenza, di adottare ogni provvedimento atto ad assegnare il ricorrente in organico nella sede di lavoro della Regione Toscana, presso una delle sedi (vacanti e disponibili) viciniori al comune di Carrara, tra quelle indicate nella domanda di mobilità, secondo l'ordine di preferenza dallo stesso espresso;

spese al merito

Cuneo, 11.11.2020

Il Giudice
Daniela Rispoli