REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Pesaro
Sezione Lavoro

Il Tribunale, nella persona del giudice unico Dott. Maurizio Paganelli ai sensi dell'art. 429 c.p.c., all'udienza del giorno 19/06/2018 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al N. 881/2017 R.G. promossa da:

, rappresentato/i e difeso/i dall'avv. SPINA ELENA,

RICORRENTE

contro:

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, , rappresentato/i e difeso/i dall'avv. PISANI ALESSANDRO,

RESISTENTE

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 09/10/2017, contenente contestuale istanza cautelare ex art. 700, c.p.c., l'istante deduceva di essere docente di scuola primaria, immessa in ruolo all'esito del piano straordinario di assunzioni

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

disciplinato dalla legge 107/2015. In esito a questo procedimento di reclutamento era assegnata nell'anno scolastico 2015/2016 ad un istituto scolastico in provincia di Lecce.

Nell'ambito della procedura di mobilità per l'a.s. 2016/2017 l'istante esprimeva preferenza per gli Ambiti territoriali della provincia di Lecce anche in quanto titolare di precedenza ex art. 33, c. 5 e 7 della L. 104/1992 (unica referente del genitore gravemente disabile).

All'esito della procedura si era vista assegnare l'Ambito della Provincia di Pesaro e Urbino e punti 27 (ai quali si aggiungevano 6 punti). Analoga sorte riceveva la domanda di mobilità presentata nell'ambito della procedura indetta per l'a.s. 2017/2018.

La ricorrente contestava le determinazioni dell'Amministrazione scolastica sotto due profili:

A) Il mancato riconoscimento del diritto di precedenza al figlio del genitore gravemente disabile nell'ambito della mobilità interprovinciale (diritto riconosciuto invece nell'ambito della mobilità provinciale) contrastava con l'art. 33 della L. 104/1992. Richiamava a tal fine anche il disposto dell'art. 601 del d.lgs. 297/1994 ("*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*");

B) Erroneità nel funzionamento del sistema informatico che aveva gestito il procedimento di mobilità e che aveva consentito l'assegnazione di

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eaee32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

ambiti territoriali indicati dalla ricorrente a docenti in possesso di un punteggio inferiore al suo.

La ricorrente concludeva chiedendo di accertare il suo diritto alla precedenza fissata dall'art. 33 della legge 104 del 1992 per l'assistenza,
l'integrazione sociale ed i diritti delle persone disabili e per l'effetto ordinare alla convenuta amministrazione il riesame della posizione della ricorrente e la rettifica della sua posizione ai fini della corretta assegnazione della sede definitiva ex art. 1, comma 108 Ln. 107/2015 ed ai fini della redazione della graduatoria per la mobilità per gli a.s. 2016/2017, nonchè per l'anno 2017/2018 e seguenti.
- nonchè per l'effetto ordinare alle Amministrazioni scolastiche convenute l'assegnazione definitiva della ricorrente nella sede di insegnamento dell'Ambito provinciale di Lecce e/o, comunque, in subordine, in altri Ambiti indicati dall'insegnante nella domanda, in ordine di preferenza, tenuto conto dell'effettiva priorità in base in base al diritto di precedenza ex lege 104/1992 ed al punteggio, con l'attribuzione ai fini del procedimento di assegnazione della sede definitiva di cui alla O.M. 241/2016.

Il Miur si opposta a entrambe le domande della ricorrente evidenziando la legittimità dell'assegnazione all'Ambito territoriale delle Marche 0009 evidenziando che il CCNI sottoscritto in data 08.04.2016 all'art. 13 prevede il diritto di precedenza per il familiare che assiste un congiunto disabile limitatamente al genitore ed al coniuge del disabile ma non anche per il figlio del genitore disabile, per il quale era prevista la precedenza solo per l'assegnazione provvisoria. Poiché nell'ambito del comparto scuola le modalità di attribuzione della sede erano interamente procedimentalizzate doveva ritenersi che l'art. 33, c. 5, della legge 104/1992 consentisse un rinvio

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

alla contrattazione collettiva in funzione di specificazione dei suoi presupposti.

In ogni caso, anche ammesso che la ricorrente avesse diritto alla precedenza, durante le operazioni di mobilità per l'anno 2016/2017 per il posto comune richiesto dall'istante, in provincia di Lecce ove tale preferenza poteva applicarsi avevano ottenuto il trasferimento solo 15 docenti in possesso di precedenza di grado diverso e superiore alla ricorrente. Per l'a.s. 2018/2018 i 6 posti accantonati per i passaggi erano stati assegnati a docenti provenienti dalla scuola dell'infanzia in provincia di Lecce e quindi con diritto di ottenere il movimento professionale con priorità rispetto alla ricorrente; risultavano poi disponibili 21 posti per i trasferimenti interprovinciali assegnati a docenti con precedenza. Erano poi stati assegnati a sette docenti privi di diritto di precedenza ma titolari di punteggio maggiore, i passaggi di ruolo dalla scuola primaria alla scuola dell'infanzia. Rispetto ad essi si poneva la necessità di integrazione del contraddittorio.

In relazione all'ulteriore doglianza concernente il corretto svolgimento delle operazioni di mobilità evidenziava che il punteggio conseguito costituiva un criterio di ordinamento subordinato all'ordine di preferenza indicato nell'istanza da ogni concorrente.

***

Il ricorso va accolto.

La possibilità che l'inciso "ove possibile", contenuto nell'art. 33, c. 5, della legge 104/1992, possa legittimare la previsione, in via generale ed astratta, di deroghe al diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere, è controversa nella giurisprudenza di merito. E' stata tuttavia già decisa dal tribunale di Pesaro con motivazione

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719aae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

che di seguito si riporta e che si condivide, in difetto di puntuali contrari pronunciamenti di legittimità.

Come noto, attraverso l'art. 33 co. 5 della legge n. 104/92 (legge quadro per l'assistenza, integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), il legislatore ha previsto che il lavoratore, il quale assista con continuità un portatore di handicap, purché parente o affine entro il terzo grado, abbia diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio.

Di tale legge, la Corte Costituzionale ".. *ha sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di handicap. Essa incide sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sull'integrazione scolastica; e in generale, detta misure che hanno il fine di superare, o di contribuire a far superare, i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative, e nell'esercizio di diritti costituzionalmente protetti..*" (sent. n. 325/96). La stessa Corte, qualche anno prima (sent. 406/92), aveva, peraltro, ugualmente chiarito che la legge in parola era volta a perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale quello di garantire in tutto il territorio un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap.

Per quanto riguarda l'ambito scolastico, l'art. 601 del d.lgs. n. 297/94 (cd Testo Unico della Scuola) espressamente prevede che l'art. 21 e l'art. 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, si applichino al personale di cui al citato testo unico stabilendo, in particolare, che "*Le predette norme*

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

comportano la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità".

Stante la stretta strumentalità dell'attività di assistenza offerta dal familiare al proprio parente in vista alla concreta realizzazione delle prerogative di rilevanza costituzionale del soggetto handicappato, la giurisprudenza – come visto – ha patrocinato un'interpretazione ampia delle norme appena richiamate. Tale ampiezza, tuttavia, non può – come ovvio – essere indiscriminata (in tal senso si spiega la presenza dell'inciso "ove possibile" contenuto nel co. 5 dell'art. 33) dovendo essa incontrare pur sempre un limite nelle esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro. Sul punto chiara appare la posizione della giurisprudenza di legittimità espressa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 7945/08) che puntualizzavano come "*Il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività*" aggiungendo altresì che grava " *..sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto*".

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

Come detto, l'art. 601 del d.lgs. n. 297/94 espressamente estende l'operatività dell'art 33 co. 5 legge n. 104/92 anche alle operazioni di mobilità.

L'art. 40 del d.lgs. n. 165/01 in materia di pubblico impiego prevede che, quanto alla mobilità, la contrattazione collettiva sia consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

Ne discende, pertanto, che non può – in linea di massima – ammettersi che la contrattazione collettiva introduca, a livello generale ed astratto, limitazioni al diritto derivante dall'art. 33. Se infatti, come recentemente ammesso dalla giurisprudenza (cass n. 585/16) è lecito introdurre forme di graduazione delle precedenze nell'ambito delle operazioni di trasferimento del personale ove giustificate da scelte logiche e comprensibili (ad es. modulando le precedenze in base alla tipologia di menomazione) viceversa non pare ammissibile per il contratto collettivo – in difetto di una copertura legislativa – limitare discrezionalmente in termini generali ed astratti tout court la possibilità del lavoratore che ne possegga i requisiti di beneficiare di esercitare il diritto alla prescelta.

Così ricostruite in termini generali le coordinate normative ed interpretative di riferimento, è pacifico ed incontestato che il CCNI 08.04.2016 regolante la mobilità dell'a.s. 2016/17 all'art. 13 non attribuisse al parente di secondo grado il diritto di precedenza riconoscendo tale possibilità soltanto in favore di coloro i quali prestano assistenza al coniuge o al figlio con disabilità. L'art. 14 del citato contratto, infatti, è chiarissimo nel precisare che "*il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7,della legge n. 104/92,in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle*

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

operazioni di mobilità; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale".

Detta impostazione non è mutata nemmeno con riguardo ai movimenti per l'a.s. 2017/2018 (vd CCNI).

Una simile scelta, alla luce di quanto detto sin qui, non pare consentita.

Con essa i contratti collettivi, infatti, non modulano l'esercizio del diritto di precedenza nella scelta del familiare ma rimuovono in via generale ed arbitraria tale prerogativa per i coloro i quali non assistono figli o coniuge in relazione alle operazioni di mobilità territoriale sancendone l'operatività soltanto a livello di mobilità annuale (utilizzazioni e assegnazioni provvisorie) ed introducendo così un declassamento che né trova fondamento normativo né appare giustificato in concreto.

Infatti, quanto al primo profilo l'art. 601 del Testo Unico sulla scuola sancisce anzitutto l'operatività dell'art. 33 nell'ambito delle operazioni di mobilità senza alcuna limitazione (quindi comprendendovi anche quella territoriale su sede definitiva) mentre, quanto al secondo profilo, a mente l'onere gravante sulla parte datoriale di fornire prova delle circostanze ostative all'attuazione della precedenza e della consistente lesione che verrebbe arrecata alle esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro nulla si dice da parte del reclamato.

Tanto premesso, poichè è pacifico che in relazione alle operazioni di mobilità per l'anno 2017/2018 la ricorrente avrebbe ottenuto collocazione prioritaria nell'ambito del passaggio di ruolo interprovinciale, il ricorso va accolto.

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39

Non si reputa sussistente nella fattispecie un'ipotesi di litisconsorzio necessario poiché non ci si trova al cospetto di un vero e proprio rapporto plurisoggettivo tale da rendere la pronuncia nei confronti di uno solo di essi *inutiliter data*. Il conflitto in oggetto è essenzialmente tra il ricorrente ed il Miur e concerne le modalità di svolgimento della procedura di mobilità. Gli altri partecipanti al procedimento sono meri controinteressati in quanto possibili destinatari di effetti riflessi della pronuncia e non propriamente litisconsorti.

Resta assorbita la domanda cautelare e l'ulteriore profilo di illegittimità proposto.

Si compensano le spese di lite atteso la natura fortemente controversa della questione sottoposta, che ha prodotto orientamenti difformi anche all'interno di questo ufficio.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattese, accoglie il ricorso e per l'effetto dichiara il diritto della ricorrente a fruire, nell'ambito del procedimento di mobilità interprovinciale, della precedenza assicurata dall'art. 33 della L. 104/1992; per l'effetto dispone che l'Amministrazione convenuta assegni all'istante il conseguente ambito territoriale.

Pesaro li 19.06.2018.

IL GIUDICE

Dott. Maurizio Paganelli

Firmato Da: ZAGAGLIA ANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5eba6e310df9a719eae32e3ede4227eb - Firmato Da: PAGANELLI MAURIZIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 144d39